



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

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2011

( 65116 )

Radicación N° 09-021413

21 NOV 2011

VERSIÓN PÚBLICA

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales y, en especial de las previstas en los numerales 15 inciso 1 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y en los numerales 13 y 14 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010

CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 10958 del 6 de marzo de 2009, esta Entidad abrió investigación en contra de las empresas Colmédica Entidad Promotora de Salud S.A. –COLMEDICA EPS- (hoy ALIANSALUD<sup>1</sup>), Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A., Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada –CAFAM COLSUBSIDIO-, Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S.A. –SALUD TOTAL S.A., Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. –EPS SOS S.A.-, Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A., SUSALUD Suramericana Medicina Prepagada (hoy EPS SURA<sup>2</sup>), Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo –SALUDCOOP-, Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A., Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. –CAFESALUD EPS-, Entidad Promotora de Salud SANITAS S.A. –EPS SANITAS S.A.-, Entidad Cooperativa Solidaria de Salud –ÉCOOPSOS-, Compensar EPS Entidad Promotora de Salud Caja de Compensación Familiar COMFENALCO ANTIOQUIA, Caja de Compensación Familiar COMFENALCO del Valle del Cauca, Humana Vivir S.A. Entidad Promotora de Salud y Administradora del Régimen Subsidiado<sup>3</sup>, con el fin de determinar si dichas empresas actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1663

<sup>1</sup> Por Escritura Pública No. 1478 de Notaría 39 de Bogotá D.C. del 19 de Mayo de 2010, inscrita el 26 de mayo de 2010 bajo el número 01386350 del Libro IX, la sociedad cambió su nombre de: COLMEDICA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y también podrá utilizar la denominación COLMEDICA EPS o COLMEDICA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, por el de: ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. pero también podrá utilizar las denominaciones ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD y/o ALIANSALUD EPS S.A. y/o ALIANSALUD EPS.

<sup>2</sup> Mediante Escritura Pública No. 1524 del 24 de agosto de 2009, de la Notaría 14 de Medellín, registrada el 17 de septiembre de 2009, en el Libro IX, bajo el número 13045, mediante el cual se modifica el nombre de la sociedad, quedando su denominación así: EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., pudiendo usar la sigla EPS SURA.

<sup>3</sup> Por Escritura Pública No. 14256 de la Notaría 29 de Bogotá D.C. del 11 de noviembre de 2004, inscrita el 19 de noviembre de 2004 bajo el número 962837 del Libro IX, la sociedad de la referencia cambió su nombre de: HUMANA VIVIR S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD y podrá usar la sigla HUMANA VIVIR S.A. EPS, por el de: HUMANA VIVIR S.A. EPS ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y ADMINISTRADORA DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO y podrá usar la sigla de HUMANA VIVIR S.A. EPS ARS.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

de 1994 y lo dispuesto en el artículo 5, numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994 y si la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral –ACEMI- infringió lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Decreto 1663 de 1994.

En el mismo acto administrativo se ordenó investigar a los señores: Fernando Robledo Quijano, representante legal de COLMEDICA EPS, Piedad Cecilia Pineda Arboleda, representante legal de COOMEVA EPS S.A., Juan Carlos Fernández Manotas, representante legal de FAMISANAR LTDA, Claudia María Sterling, representante legal de SALUD TOTAL S.A., Octavio de Jesús Ayala Moreno, representante legal de EPS SOS S.A., Gabriel Mesa Nicholls, representante legal de SUSALUD, Carlos Gustavo Palacino Antia, representante legal de SALUDCOOP, María Fernanda Isaacs Cabral, representante legal de CRUZ BLANCA, Aníbal Rodríguez Guerrero, representante legal de CAFESALUD EPOS, Milciades Castillo Escobar, representante legal de SANITAS EPS, María Magdalena Flores Ramos, representante legal de ECOPSOS; Néstor Rodríguez Ardila, representante legal de COMPENSAR EPS; Ricardo F Sierra Caro, representante legal de COMFENALCO Antioquia, Felice Grimoldi Rebolledo, representante legal de COMFENALCO Valle, Nohra Jeaneth Méndez Rivera, representante legal de HUMANA VIVIR S.A. ESP y Juan Manuel Díaz Granados, representante legal de ACEMI, con el propósito de determinar si habrían autorizado, ejecutado o tolerado la conducta contraria a la libre competencia imputada a las personas jurídicas investigadas, de conformidad con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

**SEGUNDO:** Que el 31 de marzo de 2011, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, una vez finalizada la etapa probatoria, presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado<sup>4</sup> con el resultado de la correspondiente actuación. En la misma fecha, como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio traslado del Informe a los investigados.

En las conclusiones del Informe se manifestó:

*“Esta Delegatura, como se mostrará abajo, encontró diversas pruebas que señalan que las EPS agremiadas en ACEMI realizaron el mencionado acuerdo anticompetitivo con el fin de determinar las condiciones de la prestación y el alcance de la cobertura. En dicho acuerdo, ACEMI sirvió como instrumento de difusión y coordinación y fue participe activo del mismo, toda vez que tomó decisiones e impartió recomendaciones y directrices respecto de la cobertura del POS y los conceptos que debían ser tenidos en cuenta al momento de suministrar información a los entes reguladores.*

(...)

*En efecto, esta Delegatura encontró diversas pruebas que señalan que las EPS-C agremiadas en ACEMI realizaron un acuerdo anticompetitivo para intentar ocultar o falsear la información remitida a los entes reguladores, afectando la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud, lo cual se constituye en*

<sup>4</sup> Documento obrante en el Cuaderno Público N° 38, Folios 8717a 8835.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*una violación de lo dispuesto en el numeral 10 del Artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, para las EPS-C y el artículo 4 del citado Decreto para ACEMI (...)*

(...)

*Finalmente, esta Delegatura encuentra importante destacar, en relación con el papel de ACEMI en la presente conducta, que lo que se reprocha no es la actividad implícita en el desarrollo de las agremiaciones, sino la utilización de éstas como escenario o instrumento para infringir las normas sobre libre competencia, bien sea para prevenir, distorsionar o abstenerse de competir, de manera tal que las actividades desarrolladas por las asociaciones no deben tener como objeto el intercambio de información privada entre sus agremiadas (...).”*

De acuerdo con lo anterior, la Delegatura para la Protección de la Competencia recomendó al Superintendente de Industria y Comercio sancionar con la multa máxima a COLMEDICA, COOMEVA, FAMISANAR, SALUD TOTAL, SOS, SUSALUD, SALUDCOOP, CRUZ BLANCA, CAFESALUD, SANITAS, COMPENSAR, COMFENALCO ANTIOQUIA, COMFENALCO VALLE, HUMANA VIVIR, por haber infringido el artículo 3 y el artículo 5 numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994 y a ACEMI por haber infringido los artículos 3 y 4 del Decreto 1663 de 1994 y no sancionar a ECOPSOS.

Adicionalmente, recomendó sancionar a los señores Carlos Gustavo Palacino, representante legal de SALUDCOOP, Octavio de Jesús Ayala Moreno, representante legal de SOS, Juan Carlos Fernández Manotas, representante legal de FAMISANAR, Piedad Cecilia Pineda Arbeláez, representante legal de COOMEVA, Felice Grimoldi Rebolledo, representante legal COMFENALCO, Gabriel Mesa Nicholls, representante legal SUSALUD, Aníbal Rodríguez Guerrero, representante legal CAFESALUD, Ricardo F Sierra Caro, representante legal COMFENALCO ANTIOQUIA, y a Juan Manuel Díaz-Granados, representante legal ACEMI por haber ejecutado y/o tolerado las conductas anticompetitivas imputadas a las empresas investigadas y no sancionar a Milciades Castillo Escobar representante legal de SANITAS, Claudia María Sterling, segundo suplente del representante legal de SALUD TOTAL, Néstor Ricardo Rodríguez, representante legal de COMPENSAR, Nohra Jeaneth Méndez representante legal de HUMANA VIVIR S.A., Fernando Robledo Quijano, representante legal de COLMÉDICA.

**TERCERO:** Que del Informe Motivado se corrió traslado a los investigados quienes presentaron sus observaciones. Dado que los argumentos presentados se encuentran expuestos en la Resolución de sanción resulta necesario remitirse para tal efecto, a dicho acto administrativo.

**CUARTO:** Que luego de haber oído al Consejo Asesor de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Superintendente de Industria y Comercio profirió la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, en la que se decidió que algunos de los investigados violaron las normas de protección de la competencia y se les impuso sanciones pecuniarias. Las empresas sancionadas fueron las siguientes:

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**“ARTÍCULO PRIMERO:** Declarar que las empresas Colmédica Entidad Promotora de Salud S.A., COLMEDICA ahora ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., ALIANSALUD; Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A., COOMEVA; Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada Cafam Colsubsidio, en adelante FAMISANAR; Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S.A., SALUD TOTAL; Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A., SOS; Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Suramericana Medicina Prepagada, SUSALUD ahora EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., EPS SURA; Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo, SALUDCOOP; Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A., CRUZ BLANCA; Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A., CAFESALUD; Entidad Promotora de Salud SANITAS S.A. – E. P. S., SANITAS; Compensar EPS Entidad Promotora de Salud, en adelante COMPENSAR ahora PROMOTORA COMPENSAR SAS PROPENSAR<sup>5</sup>; Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, E.P.S. COMFENALCO ANTIOQUIA; Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, E.P.S. COMFENALCO VALLE; Humana Vivir S.A. EPS HUMANA VIVIR y la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral –ACEMI, infringieron lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Declarar que las empresas Colmédica Entidad Promotora de Salud S.A., COLMEDICA ahora ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., ALIANSALUD; Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A., COOMEVA; Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada Cafam Colsubsidio, en adelante FAMISANAR; Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S.A., SALUD TOTAL; Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A., SOS; Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Suramericana Medicina Prepagada, SUSALUD ahora EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., EPS SURA; Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo, SALUDCOOP; Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A., CRUZ BLANCA; Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A., CAFESALUD; Entidad Promotora de Salud SANITAS S.A. – E. P. S., SANITAS; Compensar EPS Entidad Promotora de Salud, en adelante COMPENSAR ahora PROMOTORA COMPENSAR SAS PROPENSAR; Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, E.P.S. COMFENALCO ANTIOQUIA; Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, E.P.S. COMFENALCO VALLE y Humana Vivir S.A. EPS HUMANA VIVIR, infringieron lo dispuesto en el artículo 5, numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994”.

**ARTÍCULO TERCERO:** Declarar que la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral –ACEMI- infringió lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994”.

<sup>5</sup> Por medio de la Resolución No. 48186 de 9 de septiembre de 2011, se aclaró la Resolución No. 46111 en el sentido de que la EPS COMPENSAR no ha cambiado su razón social por el de PROPENSAR, sino que se trata de dos personas jurídicas independientes.



**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*defectos septales cardíacos y ductus con catéter, el 75% de las EPS reportadas en la base de datos lo califican como un procedimiento con cobertura del POS. Sin embargo, el consenso considera que no debe ser cubierto por el plan señalado. En el caso de la Miringocentesis con colocación de válvula o diábolo, el 50% de las EPS de la base consideran el procedimiento como cubierto dentro del POS. Sin embargo, el consenso lo determina como no cubierto. Haciendo un ejercicio similar, es posible concluir que, para el resto de los 12 procedimientos presentados en la tabla, existe la intención y la capacidad de que por lo menos una EPS preste estos procedimientos y los catalogue como cubiertos dentro del POS, pese a que el consenso recomienda excluirlo.*

*De esta forma queda clara la implicación del consenso propuesto por ACEMI y sus agremiadas: restringir la oferta de servicios dentro del POS y a través de este mecanismo generar un cambio estructural en la forma como quedan identificados los factores que permiten calcular los valores asociados a la UPC dentro del sistema. Pero la conducta señalada como anticompetitiva no se limita a lo anteriormente expuesto. De hecho, no solamente esta Superintendencia reprocha la iniciativa de acordar en aras de restringir procedimientos que puedan ser ofrecidos por las EPS, reprocha y considera como anticompetitivo a su vez, a la luz de la normatividad de protección de la competencia, el hecho de que a través de la agremiación se tomen decisiones colectivas para todas las EPS en cuanto a lo que debe ser tenido en cuenta como procedimientos a ser cubiertos dentro del POS.*

*Considera esta Entidad que no es la agremiación ni ninguno de sus asociados quienes deben llevar la iniciativa para reunirse y acordar cuál va a ser la oferta de servicios a ofrecer dentro del sector. En particular, no se justifica la realización de consenso alguno tendiente a afectar el listado contenido en el POS. Debe ser la autoridad competente reguladora en este sector quien, haciendo uso de la información suministrada de forma independiente por cada uno de los agentes que componen el mercado, determine aquellos procedimientos calificados como obligatorios a ser prestados por parte de cada EPS.*

*Por último, en lo que respecta a la actividad gremial ejercida por las asociaciones como ACEMI, no desconoce este Despacho el derecho que les asiste de representar a sus agremiadas y de gestionar proyectos ante el Gobierno; sin embargo, cuando las actividades ejercidas exceden los límites del derecho de asociación y tienen la potencialidad de alterar la libre competencia, como ocurre en este caso, el interés público debe prevalecer.*

*(...)*

*De lo anteriormente expuesto, en lo que se refiere a la conducta de acuerdo basada en un consenso para la determinación de los contenidos del POS, es posible concluir lo siguiente:*

- Se reconoce la existencia de dificultades en la definición y entendimiento del POS, las cuales han sido enunciadas por los diferentes agentes que*

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

participan en el mercado y por la propia Corte Constitucional. No obstante, dicha incertidumbre no justifica la conducta investigada en donde lo reprochable es la actuación consensuada de las investigadas para determinar el contenido del plan, lo cual influye en la competencia que debe primar entre las EPS-C.

- El principal incentivo para la realización del acuerdo sobre las coberturas del POS lo constituye el hecho de que las EPS-C compiten en la captura de afiliados con las coberturas que ofrecen. Por lo tanto, acordar artificialmente cuáles procedimientos no hacen parte del plan, permite a quienes realizan el acuerdo de manera conjunta y en detrimento de los mismos afiliados dejar de competir.
- Si bien este Despacho se aparta del reconocimiento del valor de los recobros como elemento del precio de aseguramiento en salud realizado por la Delegatura, es claro que dicho valor debe ser reconocido como un ingreso para las EPS-C.
- Se comparte la posición de la Delegatura en lo que se refiere a la cobertura de prestaciones ofrecida como factor de competencia percibido por los afiliados, quienes de acuerdo con dichas coberturas pueden tomar una decisión de escogencia entre EPS. A pesar de lo anterior, para la estructuración de la infracción, basta con demostrar que existe una relación de competencia entre las EPS, tal como lo prevé el numeral 8 del artículo 5 del Decreto 1663. Esto independientemente de los factores en que se base dicha competencia.
- La infracción basada en el consenso sobre los contenidos del POS, es analizada por esta Entidad bajo la modalidad de objeto, razón por la cual, no es necesario evaluar elementos probatorios de su efecto en el mercado.
- Las pruebas que sustentan la conducta endilgada, deben ser interpretadas en su conjunto y entenderse como piezas que componen el acuerdo anticompetitivo. Por lo tanto, no es aceptable un análisis individualizado de las mismas, cuando la infracción es sistemática y sostenida en el tiempo.
- Si bien las asociaciones ejercen actividades cuyo fin es la protección de un determinado sector, es reconocido a nivel internacional y nacional que dichas actividades, en casos como el analizado exceden los límites del derecho de asociación y pueden afectar el libre y transparente desarrollo de los mercados. En especial, cuando el intercambio de información entre competidores genera acuerdos tácitos que potencialmente afectan el correcto funcionamiento de los mercados.
- Los estudios de la Defensoría y la Contraloría incluidos en el Informe Motivado, no se constituyen en sí mismos como elementos probatorios que sustentan la conducta. Sin embargo, se trata de documentos serios y sustentados que permiten a esta Entidad tener un conocimiento más extenso y claro sobre el sector de la salud en Colombia.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

- La existencia de regulación en alguno de los sectores económicos del país, no implica que en virtud de la misma, no sea posible aplicar el régimen general de protección de la competencia.

**6.3. CONDUCTA CONSTITUTIVA DE AFECTACIÓN A LA DEBIDA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE ASEGURAMIENTO EN SALUD**

(...)

*Este Despacho encontró que las imputaciones efectuadas por la Delegatura en su Informe Motivado fueron acertadas. De la valoración del material probatorio, se pudo establecer la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las EPS agremiadas en ACEMI, con la colaboración y dirección de ésta última, que tuvo como objeto impedir la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud.*

*Se logró establecer que existía diferencia entre la información suministrada por las EPS a las autoridades y aquella compartida en el seno de la asociación y que las EPS-C conocían la no correspondencia existente, situación que sin lugar a dudas tiene la potencialidad de afectar el correcto y suficiente flujo de información para con los reguladores del sector. Adicionalmente, ACEMI en el desempeño de su actividad gremial, excedió los fines y medios legales que puede perseguir y de los que se puede valer para ejercer su función como gremio y representar a las personas jurídicas que agrupa, sirviendo por tanto como escenario de intercambio de información que dadas las circunstancias concretas del mercado analizado y como ya se manifestó en el presente acto administrativo, propició la realización de un acuerdo anticompetitivo.*

*Es así como en la investigación se demostró que la información solicitada por ACEMI a sus agremiadas era información que permitía a cada una de las EPS-C conocer la forma de funcionamiento de sus competidoras, las estrategias comerciales y las características y cantidades de prestaciones de servicios propiciando condiciones de mercado de no competencia.*

*Para este Despacho, el concepto de transparencia en el mercado de aseguramiento en salud tiene dos enfoques, a saber: (i) interacción entre los competidores del sistema y (ii) la relación entre dichos competidores y las autoridades regulatorias. En este orden de ideas, la información que las EPS reportan se constituye como un insumo esencial para el funcionamiento del sistema ya que es base para la determinación de la UPC, así como para determinar los valores pagados por servicios NO POS por parte del FOSYGA.*

(...)

*Sobre este respecto, es importante resaltar que la información que las EPS reportan en sí misma es un insumo esencial para el funcionamiento del mercado de aseguramiento en salud y del sistema, por cuanto es necesaria para la determinación, por un lado de la prima (UPC) y por el otro, de las inclusiones que*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*se deben hacer de los riesgos cubiertos, así como para conocer sobre las suma de dinero que el sistema, a través del FOSYGA, tendrá que reconocer a las EPS por la prestación de servicios adicionales al plan de beneficios, que como se mencionó anteriormente, se ven obligadas a prestar para garantizar el derecho a la salud.*

*De igual forma, esta información se requiere para que los entes de control del SGSSS verifiquen el adecuado desempeño del sistema, el nivel de consecución de los fines a cumplir, la correcta utilización de los recursos de carácter público, el aumento en la cobertura de los afiliados y la sostenibilidad financiera del mismo.*

*(...)*

*Al respecto, no se desconoce que la solicitud realizada por ACEMI a sus agremiadas se encontrara referida a la Nota Técnica que habría de presentar al MPS, lo que llama la atención, es el hecho de que ACEMI necesitara verificar la veracidad de la información que sus EPS agremiadas habían enviado previamente al Ministerio para la elaboración del estudio de suficiencia, cuando según lo manifestado por las EPS investigadas, ACEMI y sus apoderados, la información utilizada para la elaboración de la mencionada Nota Técnica tiene como fuente de información que ha sido remitida a los entes de regulación<sup>6</sup>.*

*De otra parte, no se considera que la solicitud estuviera encaminada a buscar la modificación de la información para remitirla nuevamente al MPS, por cuanto la misma ya había sido enviada, punto sobre el cual se encuentra en la misma línea que los apoderados de las investigadas.*

*Sin embargo, si se tomara como cierta la afirmación presentada por los apoderados, respecto de que la información enviada al MPS era revisada por ACEMI como el tercero que aplicaba las mallas de validación, para garantizar su calidad y veracidad, así como para cumplir con los estándares y formatos de envío de la misma al MPS, lo lógicamente esperado es que dicha información no tuviera que ser nuevamente objeto de verificación y revisión por parte de ACEMI quien se supone ya había llevado a cabo esta labor de forma preliminar al envío de la información, pues no resulta lógico que para la presentación de su Nota Técnica impartiera instrucciones sobre la forma y el contenido en que la información debe ser*

---

<sup>6</sup> En diligencia de testimonio practicada el 9 de marzo de 2010 al señor CARLOS ALFONSO MONTOYA MEJÍA, en su calidad de Gerente de Salud de SANITAS manifestó: "Pregunta Apoderado Sanitas: Anteriormente usted indicó que Sanitas remite información a ACEMI, por favor indíqueme al Despacho si esa información es conocida por el ministerio de protección social?

Respuesta: Si hay alguna de esas informaciones que se remiten a ACEMI que son conocidas previamente por el ministerio de la protección social, por ejemplo suficiencia de UPC, eh periodicamente el Ministerio o anualmente el ministerio pide la relación de las frecuencias de servicios y los costos promedios de los servicios para calcular la suficiencia de UPC, del siguiente año basada en el año anterior, me explico, para poder calcular la de 2010 piden la de 2008, para analizarla en el 2009 y determinar la suficiencia de 2010, esa información uno se la entrega al ministerio y copia de esa información se le manda a ACEMI para que ACEMI haga sus análisis para mirar a ver el análisis global de esa información dentro del sistema de las empresas afiliadas a ACEMI. Testimonio obrante en CD en el Cuaderno No. 17.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*remitida a ACEMI con el único propósito de ser verificada para que concuerde con la que previamente habrían enviado las EPS al MPS.*

*Si dicha información se encontrara libre de vicio, error o en este caso se encontrara completa y no se hubieran ocultado algunos de los datos reportados, no tendría ACEMI por qué estar revisando nuevamente la información y mucho menos impartiendo instrucciones en su envío para su posterior correspondencia con aquella previamente remitida al Ministerio, con el fin de que fuera acorde a la que presentaría posteriormente ACEMI como base para la realización de su Nota Técnica.*

*(...)*

*Partiendo de lo anterior, se debe entender que empíricamente se ha evidenciado que en condiciones normales de mercado los participantes no están dispuestos a develar la información que les es propia, como aquella que se refiera a sus costos, estrategias comerciales, desarrollos tecnológicos, infraestructura, entre otros, principalmente porque esto permitiría que sus competidores, valiéndose de ese conocimiento, adquirieran ciertas ventajas dentro del escenario competitivo. No obstante lo anterior, existe diversa información que se intercambia dentro de los mercados competitivos que pretende generar eficiencias sectoriales, siendo en ocasiones suministrada por todos los agentes, y encontrándose por tanto al acceso de todos los participantes del mercado.*

*De otra parte, existen intercambios de información directos, que son aquellos que se realizan explícitamente entre los agentes del mercado o indirectos que son aquellos que se realizan a través de un tercero, como es el caso de una asociación de competidores o una agremiación que sirve de escenario para dicha labor, sin que en uno u otro caso se deban entender como anticompetitivos en sí mismos. Lo anterior, implica la necesidad de observar las circunstancias propias de cada caso, teniendo en cuenta las características específicas de la información que se intercambia y el mercado en el que se efectúa.*

*(...)*

*De conformidad con las consideraciones expuestas en el presente acápite, específicamente frente a la existencia de un acuerdo anticompetitivo llevado a cabo por las EPS-C investigadas y agremiadas en ACEMI, cuyo objeto fue impedir la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud, este Despacho concluye lo siguiente:*

- *Que el concepto de transparencia en el mercado de aseguramiento en salud se enfoca especialmente desde el punto de vista de las relaciones que existen entre (i) los agentes que participan del sistema como es el caso de las EPS quienes son competidores entre sí y (ii) desde el punto de vista de la relación de éstas con las autoridades del SGSSS.*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

- *Se verificó que la información que las EPS reportan en sí misma es un insumo importante para el funcionamiento del mercado de aseguramiento en salud y del sistema, por cuanto es necesaria para la determinación, por un lado de la prima (UPC) y por el otro, de las inclusiones que se deben hacer de los riesgos cubiertos. Así mismo, permite conocer la suma de dinero que el sistema, a través del FOSYGA, tendrá que reconocer a las EPS por la prestación de servicios adicionales al plan de beneficios.*
- *Se reconoce la existencia de asimetrías de la información, en los posibles escenarios negociables que en éste se presenten especialmente a la información que debe ser reportada por parte de las EPS a los entes del SGSSS. Que en especial dentro de este mercado se concibió que las EPS al reportar la información debían brindarla de manera real, veraz y con estándares de calidad apropiados con el fin de que la regulación respondiera a las circunstancias y necesidades propias del mercado.*
- *Que la información que es remitida por las EPS al MPS es de carácter desagregado por cuanto, como se adujo, es necesario que éste conozca la información de costos, frecuencias, servicios, usuarios etc., de forma detallada para elaborar el estudio de suficiencia de la UPC. No obstante, la información requerida por el MPS y presentada por cada EPS no se divulga al público por parte de esta autoridad con las características anotadas. En efecto, los estudios de suficiencia para los años 2004 a 2008 no han presentado información que permita conocer al detalle la actividad desarrollada por cada EPS ni al público en general ni a las EPS que participan del SGSSS.*
- *Que ACEMI fungía como tercero verificador de la información a reportar por las EPS a través de la aplicación de las mallas de validación previo al envío de la información al Ministerio. En este sentido, encontró como también ACEMI requería de sus agremiadas una comparación y verificación de la información que ya se encontraba en poder del MPS, con la que era reportada a ACEMI para la presentación de su Nota Técnica, lo que muestra un conocimiento de la agremiación y de las EPS de la existencia de información discordante, lo que no sucedería si fuera completa y reflejara la realidad.*

**6.4. RESPECTO A LA CONDUCTA CONSTITUTIVA DEL INTENTO DE FIJAR DE MANERA INDIRECTA EL PRECIO DE ASEGURAMIENTO EN SALUD**

(...)

*Al respecto, los actores que participan en el mercado de salud en Colombia no pueden realizar acuerdos que tengan por objeto o como efecto definir los precios o tarifas ya sea de forma directa o indirecta. Como se mencionó, en el mercado de aseguramiento en salud del régimen contributivo, el precio del aseguramiento está compuesto por una prima, que en este caso es la Unidad de Pago por Capitación que se encarga de cubrir los costos de los servicios de salud que se encuentran incluidos en el POS.*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*Adicionalmente, el precio del aseguramiento en salud, a diferencia de otros mercados de seguros, tiene características especiales, en particular al reconocer que la prima del seguro es definida por el Estado, en cabeza de la CRES, quien es la encargada de definir anualmente el valor de la UPC, teniendo como insumo la información que las EPS reportan anualmente al MPS para el estudio de suficiencia.*

*Es así como cualquier alteración al conjunto de información reportada por cada una de las EPS genera sensibles consecuencias para el regulador en el proceso de formación de la UPC. En el presente caso, como se ha mostrado en las secciones anteriores y como correctamente lo plantea el Informe Motivado, el hecho de haberse generado un consenso para afectar la lista de procedimientos cubiertos por el POS, unido a que la información reportada al MPS no reflejaba la realidad de los datos contables de las EPS involucradas en la investigación, evidencia un mecanismo indirecto cuyo objeto era el de impactar el valor de la UPC, lo que induce a una fijación artificial de ésta última en un nivel distinto al que se hubiera obtenido de no llevarse a cabo el acuerdo que aquí se reprocha.*

(...)

*De esta manera, cualquier afectación de la información solicitada por el regulador se traduce en elementos capaces de inducir a una distorsión de la forma mediante la cual se fija la UPC, lo que conlleva a la creación de un mecanismo artificial y reprochable de fijación indirecta de un precio en el sector de la salud en Colombia.*

(...)

*Por el contrario, los recobros al FOSYGA por concepto de servicios NO POS prestados por las EPS, constituyen ingresos que éstas reciben como resultado de un ejercicio ex post realizado por el regulador, con el fin de reconocer gastos causados por la prestación de servicios que de acuerdo con el SGSSS no hacen parte del riesgo asegurable definido en este caso como POS. Además, es fundamental reconocer que a diferencia de lo que ocurre con la UPC, no existe frente a los recobros argumento alguno relacionado con el riesgo o incertidumbre para su cálculo y por tal razón, mal haría este Despacho en reconocerlo como parte del precio del seguro del Régimen Contributivo de salud en Colombia.*

*A pesar de lo anterior, este Despacho comparte plenamente la afirmación de la Delegatura, según la cual, la implementación de un acuerdo para definir los servicios de salud a ser cobijados por el POS, junto con la afectación de la transparencia en la información solicitada por el Regulador, conlleva a que de manera indirecta haya una alteración en la forma como se calcula la UPC y por tanto, exista un mecanismo de fijación artificial y reprochable de la misma.*

(...)

*Al respecto, este Despacho reitera que bajo circunstancia alguna califica la información aportada por las EPS-C agremiadas en ACEMI como la única fuente*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*de información a partir de la cual es calculada la UPC. Sin embargo, para efectos de conocer los procedimientos de salud ofrecidos durante una vigencia específica, la evolución de usuarios afiliados, los costos incurridos en la prestación del servicio, entre otros, son las EPS-C la fuente directa de consulta, por cuanto, este tipo de información, a nivel desagregado resulta sensible y privada.*

*Así, mal haría este Despacho en calificar como acertada la línea argumental propuesta por el Apoderado de la EPS SANITAS cuando sugiere que, por no representar la información cuestionada la única fuente para el cálculo de la UPC, no existe mecanismo de afectación indirecta del precio al que la presente resolución hace referencia.*

*(...)*

*Frente a este punto, resulta fundamental para este Despacho señalar que lo que acá se califica como comportamiento anticompetitivo es que, a través de las dos conductas arriba señaladas, se hayan configurado las condiciones para fijar indirecta y artificialmente la UPC, que, como ya se dijo, resulta un componente fundamental del precio de aseguramiento de la salud en Colombia. Independientemente de que este precio fuese forzado al alza o a la baja, lo que acá se reprocha es que el alcance de las conductas tuvieran la potencialidad de auspiciar un cambio en la UPC, cambio que no ocurriría de no haberse llevado a cabo ninguna de las dos conductas ya expuestas.*

**6.4.3. Conclusiones frente a la conducta de fijar indirectamente el precio de aseguramiento en salud**

- *Se reconoce que las EPS-C agremiadas en ACEMI y la agremiación misma a través del acuerdo tendiente a definir el listado de procedimientos POS junto con las conductas tendientes a limitar la transparencia de la información requerida por el regulador para determinar la Unidad de Pago por Capitación, crearon un mecanismo tendiente a fijar la UPC, y por tanto definieron indirectamente el precio de aseguramiento en salud.*

- *Contrario a lo afirmado por la Delegatura, este Despacho reconoce que el precio del aseguramiento en salud no está constituido por los recobros generados al FOSYGA. Por el contrario, comparte la posición de algunos de los apoderados quienes señalan que la UPC junto con los copagos y las cuotas moderadoras son los tres elementos fundamentales del precio de aseguramiento en salud.*

- *En línea con la conclusión anterior, todos aquellos argumentos que han sido expuestos por los apoderados tendientes a exonerar responsabilidad de sus poderdantes centrados en argumentos relacionados con los recobros al FOSYGA, este Despacho no los considera de recibo. Por el contrario, comparte la posición de la Delegatura cuando afirma que las conductas que acá se reprochan terminan por afectar y fijar indirectamente el precio de aseguramiento de la salud en Colombia”*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

(...)

*Por todo lo anterior, este Despacho determina que ACEMI, COLMEDICA, COOMEVA, FAMISANAR, SALUD TOTAL, SOS, SUSALUD, SALUDCOOP, CRUZBLANCA, CAFESALUD, SANITAS, COMPENSAR, COMFENALCO ANTIOQUIA, COMFENALCO VALLE, HUMANA VIVIR. serán multadas cada una con DOS MIL salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 s.m.m.l.v.), lo que equivale a MIL SETENTA Y UNO MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT (\$1.071.200.000).*

(...)

*Para el caso de los señores CARLOS GUSTAVO PALACINO ANTIA, representante legal de SALUDCOOP, NÉSTOR RICARDO RODRÍGUEZ ARDILA, representante legal COMPENSAR, CLAUDIA MARÍA STERLING, representante legal de SALUD TOTAL, FELICE GRIMOLDI REBOLLEDO, representante legal de COMFENALCO VALLE, OCTAVIO DE JESÚS AYALA MORENO, representante legal de SOS, y FERNANDO ROBLEDO QUIJANO, representante legal de COLMEDICA; la suma equivalente a CIENTO TREINTA salarios mínimos mensuales legales vigentes ( 130 s.m.m.l.v.) lo que equivale a SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS MCT (\$69.628.000) a cada uno.*

*Para el caso de los señores MARÍA FERNANDA ISAACS CABRAL, representante legal de CRUZ BLANCA, GABRIEL MESA NICHOLLS, representante legal de SUSALUD, PIEDAD CECILIA PINEDA ARBOLEDA, representante legal de COOMEVA, ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO, representante legal de CAFESALUD, y JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MANOTAS, representante legal de FAMISANAR, quienes asistieron a las reuniones de ACEMI, la suma equivalente a CIENTO CUARENTA Y NUEVE salarios mínimos mensuales legales vigentes (149 s.m.m.l.v.) lo que equivale a SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS MCT (\$79.804.400) a cada uno.*

*Para el caso de JUAN MANUEL DIAZ-GRANADOS, como representante legal de ACEMI, asociación que promovió y coordinó la conducta, se impondrá la suma equivalente a CIENTO SESENTA Y OCHO salarios mínimos mensuales legales vigentes (168 s.m.m.l.v.) lo que equivale a OCHENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS PESOS MCT (\$89.980.800).*

*Para el caso de MILCIADES CASTILLO ESCOBAR, representante legal de la empresa SANITAS E.P.S., RICARDO SIERRA CARO, representante legal de COMFENALCO ANTIOQUIA y NOHRA JEANETH MÉNDEZ RIVERA, representante legal de HUMANA VIVIR S.A., este Despacho no encontró evidencia que permitiese constatar que efectivamente hubiesen tolerado, ejecutado o autorizado las conductas que se reprochan en la presente Resolución”.*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**QUINTO:** Los apoderados de los investigados presentaron recursos de reposición contra la decisión mencionada, exponiendo los argumentos que se enlistan a continuación, los cuales serán expuestos con mayor detalle al momento de analizarlos.

**5.1. Entidad Promotora de Salud EPS SURA S.A. (SUSALUD EPS)**

El Apoderado de la EPS SURA S.A. presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- Caducidad de la facultad sancionatoria
- Vulneración del derecho al debido proceso
  - o Violación al principio de congruencia
  - o La SIC decidió limitar las pruebas decretadas
  - o La infracción de las normas en que ha debido fundarse por falta de aplicación de la Constitución Política de Colombia
  - o Violación del derecho de defensa y contradicción
  - o Indebida Valoración de las Pruebas
- Se incurrió en nulidad por falta de aplicación del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009
- Imprecisiones de la Resolución recurrida en cuanto a la definición del mercado relevante
  - o Las imprecisiones sobre el entendimiento del mercado incluidas en la Resolución de sanción.
  - o Las imprecisiones y errores en los que sigue incurriendo la Superintendencia.
    - Para la Superintendencia, “parte de la cobertura en servicios que otorgan las EPS a sus afiliados puede ser recobrada al FOSYGA”.
    - Para el Despacho se encuentra probado que en la cobertura de aseguramiento, se ejerce presión competitiva entre los diferentes agentes aseguradores.
    - El ingreso por los recobros de servicios y procedimientos prestados e incluidos en el POS, se constituye como otra posibilidad de ingresos.
    - Las EPS pueden tener un incentivo para competir, incluyendo en sus prestaciones de servicios de salud no incluidos en el POS.
    - Las EPS pueden tener un incentivo para competir, negando la prestación de servicios de salud incluidos o no en el POS, con el fin de solicitar mayores reembolsos ante el FOSYGA y así obtener mayores ingresos.
- En cuanto al supuesto consenso.
  - o Inexistencia de un consenso entre las EPS.
    - Las actividades desarrolladas por las EPS tuvieron origen en la iniciativa del Gobierno.
    - Inexistencia de una prueba que demuestre el supuesto consenso.
    - Indebida valoración de las pruebas que sustentan la existencia del supuesto consenso.
  - o El comportamiento de EPS SURA.
  - o Las EPS no compiten ofreciendo mayores coberturas.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

- Los usuarios de las EPS no se han visto afectados con las conductas investigadas.
- Los recobros no son un ingreso de la EPS.
- La conducta no tenía por objeto celebrar un acuerdo para definir el contenido del POS.
- Las EPS no compartieron información comercial sensible.
- La información que EPS SURA recibió y remitió de ACEMI.
- En cuanto a la supuesta afectación de la debida transparencia en el mercado.
  - La inexistencia de pruebas en el expediente que permita demostrar que la información es diferente.
  - En cuanto a las pruebas que sustentan esta acusación.
  - La información remitida por las EPS al Ministerio de la Protección Social era divulgada al público.
- En cuanto al supuesto acuerdo para fijar indirectamente el precio de aseguramiento en salud.
  - No es cierto que se haya remitido información acordada.
  - No es cierto que se haya afectado la UPC de manera indirecta.
- Violación del principio de proporcionalidad de las sanciones.
  - La SIC ha violado el derecho a la igualdad de la EPS SURA.
    - Sobre los efectos reales o potenciales de la conducta.
    - Sobre la naturaleza del mercado afectado.
    - Sobre la participación del mercado y el patrimonio de mi representada como factor de dosificación.
    - En el presente caso si se presentan factores de atenuación de la sanción.
      - EPS SURA no se enriqueció con las conductas investigadas
      - La solicitud del Estado sobre la definición de procedimientos POS.
      - La buena fe en las actuaciones de EPS SURA.
      - EPS SURA no tiene ningún antecedente en estos casos.

**5.2. Gabriel Mesa Nicholls**

El Apoderado de Gabriel Mesa Nicholls presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- Los problemas estructurales del sector salud
- La información reportada por EPS SURA fue veraz confiable y correspondía a la realidad
- Las funciones que desempeñaba en la EPS
- La cuantía de la sanción es exagerada

**5.3. Entidad Promotora de Salud SALUD TOTAL S.A.**

El Apoderado de la SALUD TOTAL S.A. presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

- La facultad sancionatoria de la SIC había caducado para la fecha de expedición del acto sancionatorio.
  - o El acto sancionatorio califica que la conducta de las investigadas infringió una pluralidad de normas del Decreto 1663 de 1994.
  - o El contenido y alcance probatorio de los documentos mencionados en el acto sancionatorio.
    - La SIC indicó que la extensión del comportamiento reprochado se dio entre marzo de 2007 y el 5 de diciembre de 2008.
    - Los hechos en que se basó la decisión sancionatoria tuvieron ocurrencia hace más de tres años.
    - Las dos únicas pruebas en que se pretende basar la SIC para extender y darle continuidad a los efectos de la conducta sancionada, no tienen el valor demostrativo que se les quiere dar en el acto sancionatorio.
  - o No se ha acreditado la unidad de intención.
- Frente a la supuesta realización de una conducta constitutiva de consenso. Infracción a los artículos 3 y 5, numeral 8, del Decreto 1663 de 1994.
  - o El acto sancionatorio no define y mucho menos prueba, el supuesto consenso para restringir la competencia.
  - o No se probó la capacidad o idoneidad de del supuesto consenso para restringir la competencia.
  - o La SIC hace una valoración errónea de las pruebas.
  - o El acto sancionatorio no prueba la existencia del consenso.
  - o Las coberturas de procedimientos, medicamentos y dispositivos médicos que otorga Salud Total a sus afiliados, derivan de su propia interpretación frente a los contenidos y alcances del POS.
  - o La conducta que sanciona el consenso no está tipificada en las normas sobre protección de la competencia.
- Frente a la supuesta realización de un acuerdo para ocultar o falsear la información e impedir la debida transparencia en el mercado de servicios de salud.
  - o La información enviada por ACEMI correspondía a datos agregados e históricos.
  - o La diferencia existente entre la información reportada al MPS y la reportada a ACEMI.
  - o El correo electrónico enviado por Juan pablo Rueda, Director Técnico de Salud total, a Nancy García Pardo, Gerente Informática de la misma empresa, estaba relacionado con la información entregada a ACEMI para la realización de la Nota Técnica.
- Frente a la supuesta realización de un acuerdo con el objeto de fijar precios, violatoria del artículo 5, numeral 1 del Decreto 1663 de 1994.
  - o No está acreditado el supuesto base.
  - o No está acreditada una relación causal directa.
  - o No está acreditado que el supuesto acuerdo realizado entre las EPS agremiadas en ACEMI tuviera la capacidad o potencialidad de alterar o manipular el cálculo de la UPC.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

- La SIC sancionó por cargos y supuestos distintos a los de la Resolución de Apertura de Investigación, violando los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

**5.4. Claudia María Sterling Posada**

El Apoderado de Claudia María Sterling Posada presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- La empresa SALUD TOTAL no incurrió en las conductas anticompetitivas que le son atribuidas en la Resolución No. 4611 de 2011
- La responsabilidad del representante legal no se colige sino que debe demostrarse en el proceso
- La SIC incurrió en error, por cuanto no existe prueba que demuestre que Claudia María Sterling Posada incurrió en la responsabilidad prescrita en el artículo 4, numeral 16 del Decreto 2153 a la vez que desatendió otras pruebas que demuestran lo contrario
- El Superintendente se apartó de la conclusión y recomendación que el Superintendente Delegado expresó en el Informe Motivado, sin explicar ni motivar las razones para ello
- La decisión recurrida se produjo habiendo operado el fenómeno de la caducidad sancionatoria en torno a mi representada

**5.5. Entidad Promotora de Salud SANITAS S.A.**

El Apoderado de SANITAS S.A. presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- Nulidad procesal
- Vulneración del derecho al debido proceso en el trámite de la investigación
- La SIC no se pronunció sobre todos los argumentos expuestos en el escrito de opiniones al Informe Motivado.
  - Los investigados no tuvieron conocimiento de la denuncia que dio origen a la investigación y la SIC pretermitió instancias procesales.
  - No existe independencia entre la instancia que instruye la investigación y la que adopta la decisión respecto de la misma.
- En cuanto al supuesto acuerdo para definir el contenido del POS.
  - Por tratarse de asuntos sometidos a intervención del Estado, los mismos no son objeto de aplicación de las normas de libre competencia.
  - No es cierto que las EPS tengan un incentivo a negar servicios contenidos en el POS para obtener ingresos por recobros.
  - No es cierto que las EPS nieguen servicios.
  - No es cierto que se hubiese demostrado que las EPS tuviesen un consenso para determinar el contenido del plan.
  - Análisis de las pruebas que la SIC invoca para demostrar que las EPS hicieron un acuerdo para determinar el contenido del plan.
  - Los recobros son dineros que las EPS reciben por concepto de servicios que le corresponde al Estado prestar.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

- o No es cierto que la conducta tenga “por objeto” celebrar un acuerdo para definir el contenido del POS.
- o No es cierto que las EPS compartieran información confidencial.
- En cuanto al supuesto acuerdo para afectar al debida transparencia en el mercado.
  - o Análisis de las pruebas que la SIC invoca para demostrar que las EPS hicieron un acuerdo para afectar la transparencia en el mercado.
  - o Análisis de las pruebas que la SIC invoca para cuestionar el intercambio de información entre las EPS.
- En cuanto al supuesto acuerdo para fijar indirectamente el precio de aseguramiento en salud.
- Caducidad.
- Violación del principio de proporcionalidad de las sanciones.
  - o La SIC ha violado el derecho a la igualdad de SANITAS.
    - Sobre los efectos reales o potenciales de la conducta.
    - Sobre la naturaleza del mercado afectado.
    - Sobre la participación del mercado y el patrimonio de mi representada como factor de dosificación.
  - o En el presente caso sí se presentan factores de atenuación de la sanción.
    - Sobre la situación financiera de SANITAS.
    - La solicitud del Estado sobre la definición de procedimientos del POS.
    - La conducta procesal de SANITAS.

**5.6. Aníbal Rodríguez Guerrero**

El señor Aníbal Rodríguez Guerrero, actuando en nombre propio, presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- Se violó el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo por duplicidad del acto administrativo que decide la actuación administrativa
- Se violó el inciso 6 del artículo 3 del Código Contencioso Administrativo al no dar a Aníbal Rodríguez un trato imparcial e incurrir en discriminación
  - o Tratamiento discriminatorio para ANIBAL RODRIGUEZ GUERRERO frente a otros representantes Legales de EPS investigadas
  - o Tratamiento discriminatorio para Aníbal Rodríguez Guerrero frente a otros partícipes en la conducta que no son sancionados
- Violación de los artículos 155 numeral 1 literal b; 171 numeral 8 y parágrafo 1, 153 numeral 8. ley 100 de 1993 y del acuerdo 31 del consejo nacional de seguridad social en salud
  - o La SIC omite considerar que ACEMI hace parte del Consejo Nacional de Seguridad Social y como tal integra el ente regulador del sistema
  - o Inexistencia de la prueba indiciaria de la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las EPS y ACEMI para aumentar sus ingresos por recobros
  - o El Consenso no es ilegítimo por que el sistema en salud se rige por el principio de concertación

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

- o Incertidumbre sobre el alcance temporal del supuesto acuerdo anticompetitivo
- Violación de los artículos 169 y 172 numeral 1 de la Ley 100 de 1993, y de los artículos 7, 17 y 28 del Decreto 806 de 1998
  - o Las EPS no pueden competir a través de la interpretación del POS
  - o La competencia en cobertura de servicios está en los planes complementarios, no en las incertidumbres del POS
  - o Las EPS pueden dar servicios NO POS por razones de costo efectividad, lo que no genera una competencia comercial
- Violación de los artículos 6 numeral 3.3 de la Ley 1151 de 2007, del Acuerdo 31 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de la Resolución 4144 de 1999 del Ministerio de Salud
  - o No hay reserva sobre la información relevante para el ejercicio de las funciones del CNSSS
  - o La revisión de la información por las EPS y ACEMI es un proceso ordenado por la ley
  - o La asimetría de información no puede ser evaluada solo respecto de la relación EPS – reguladores
- Violación del artículo 4 numeral 16 del Decreto 2153 de 1992

**5.7. COMPENSAR, COMFENALCO ANTIOQUIA, COMFENALCO VALLE y los señores Néstor Ricardo Rodríguez y Felice Grimoldi Rebolledo**

El apoderado de COMPENSAR, COMFENALCO ANTIOQUIA, COMFENALCO VALLE y los señores Néstor Ricardo Rodríguez y Felice Grimoldi Rebolledo, presentaron como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- Inexistencia de conductas o comportamientos restrictivos de la competencia imputados a sus poderdantes.
  - o El Plan Obligatorio de Salud y su indeterminación.
  - o La información que compartieron las EPS.
  - o La determinación de la Unidad de Pago por Capitación UPC.
- La Resolución impugnada se basa en pruebas que no han sido controvertidas dentro del trámite de la investigación.
- La Resolución que se impugna no decidió respecto a la supuesta conducta de obstrucción de la investigación y no motivó la apertura de una nueva investigación. La Superintendencia decidió no aplicar lo establecido en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.
- La Resolución que se impugna no analizó las conductas de los señores Néstor Rodríguez y Felice Grimoldi.
- La Resolución que se impugna aplicó las sanciones establecidas en la Ley 1340 norma que no es aplicable a la investigación.
- La facultad sancionatoria de la administración se encuentra caducada
- En lo que respecta a los representantes legales.
  - o Consideraciones generales sobre las sanciones a los representantes legales en una investigación por prácticas comerciales restrictivas.
  - o El comportamiento del señor Néstor Rodríguez.
  - o El comportamiento del señor Felice Grimoldi.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

#### **5.8. SALUDCOOP, CRUZ BLANCA Y CAFESALUD EPS, GRUPO SALUDCOOP**

Los apoderados de SALUDCOOP, CRUZ BLANCA Y CAFESALUD EPS, GRUPO SALUDCOOP, presentaron como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- Carencia total de pruebas que involucren la responsabilidad del Grupo Saludcoop en las prácticas sancionadas.
- La SIC está sancionando el derecho de opinión expresado por las EPS en el seno de su agremiación, donde se debaten criterios que afectan el sector y que son debatidos por múltiples estamentos a nivel nacional.
- La SIC desconoce las deficiencias en la reglamentación del sistema y sanciona a las EPS por ejercer su derecho a presentar criterios relacionados con la indefinición del POS y con la insuficiencia de la UPC.
- La SIC pretende erróneamente que las EPS deban competir con la incertidumbre del POS en lugar de propender por su correcta y suficiente reglamentación.
- La Resolución impugnada no aporta explicaciones válidas frente a la negación de pruebas oportunamente solicitadas.
- La SIC impone consecuencias diferentes a los representantes de las EPS, no obstante tener ellos la misma participación en el seno de ACEMI.

#### **5.9. Carlos Gustavo Palacino Antía y María Fernanda Isaacs**

Los apoderados de Carlos Gustavo Palacino Antía y María Fernanda Isaacs, presentaron como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- Carencia total de pruebas que involucren la responsabilidad del grupo Saludcoop en las prácticas sancionadas
- La SIC está sancionando el derecho de opinión expresado por las EPS en el seno de su agremiación, donde se debaten criterios que afectan el sector y que son debatidos por múltiples estamentos a nivel nacional
- La SIC desconoce las deficiencias en la reglamentación del sistema y sanciona a las EPS por ejercer su derecho a presentar criterios relacionados con la indefinición del POS y con la suficiencia de la UPC
- La SIC pretende erróneamente que las EPS deban competir con la incertidumbre del POS en lugar de propender por su correcta y suficiente reglamentación
- La Resolución impugnada no aporta explicaciones válidas frente a la negación de pruebas oportunamente solicitadas
- La SIC impone consecuencias diferentes a los representantes de las EPS a pesar de tener la misma participación en el seno de ACEMI

**5.10. Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral ACEMI, Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada Cafam Colsubsidio, Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. SOS S.A., Aliansalud EPS S.A. (antes Colmédica Entidad Promotora de Salud S.A.), Coomeva Entidad Promotora de Salud**

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

El apoderado de Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral ACEMI, Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada Cafam Colsubsidio, Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. SOS S.A., Aliansalud EPS S.A. (antes Colmédica Entidad Promotora de Salud S.A.), Coomeva Entidad Promotora de Salud, presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- La Resolución recurrida es contraria al principio constitucional del debido proceso porque la SIC no probó la existencia de un acuerdo que tuviera por objeto restringir la competencia y por lo tanto se produjo una violación del principio de presunción de inocencia.
  - o Violación del debido proceso por valoración inadecuada de las pruebas practicadas en el trámite. La SIC no tuvo en cuenta los contraindicios demostrados en el expediente.
  - o La SIC omitió tener en cuenta elementos trascendentales en la investigación.
  - o La justificación de la SIC sobre la ausencia de una prueba directa de las conductas investigadas no es aplicable al caso concreto.
- La Resolución violó el debido proceso al sancionar por una conducta que no es per se anticompetitiva, sin hacer una valoración debida del entorno económico.
- La Resolución viola el debido proceso porque la SIC carecía de competencia para haberla proferido al haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria.
- La Resolución viola el debido proceso en otros aspectos.
  - o Al imponer una sanción con base en pruebas de las que los investigados no se pudieron defender.
  - o Violación al debido proceso en el decreto y la práctica de pruebas.
- La Resolución viola el debido proceso por desconocer la independencia entre el funcionario instructor y el funcionario decisor.
- El Sistema de Seguridad Social en Salud sí es un sistema de seguros y aplican las normas sobre información de este tipo de sistemas.
- El legislador no previó competencia en materia de cobertura del POS, y por lo tanto, no son aplicables las normas sobre libre competencia.
- La posición de la SIC sobre las facultades de ACEMI desconocen totalmente el derecho constitucional de asociación.
- La Resolución viola el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas.
- Comentarios adicionales en materia probatoria.

**5.11. Fernando Robledo Quijano**

El apoderado de Fernando Robledo Quijano presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- La Resolución viola el principio de presunción de inocencia y la proscripción de la responsabilidad objetiva.
- La Decisión viola el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**5.12. Piedad Cecilia Pineda Arbeláez**

El apoderado de Piedad Cecilia Pineda Arbeláez presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- La Resolución viola el principio de presunción de inocencia y la proscripción de la responsabilidad objetiva.
- La Decisión viola el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas.

**5.13. Octavio de Jesús Ayala**

El apoderado de Octavio de Jesús Ayala presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- La Resolución viola el principio de presunción de inocencia y la proscripción de la responsabilidad objetiva.
- La Decisión viola el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas.

**5.14. Juan Carlos Fernández Manotas**

El apoderado de Juan Carlos Fernández Manotas presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- La Resolución viola el principio de presunción de inocencia y la proscripción de la responsabilidad objetiva.
- La Decisión viola el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas.

**5.15. Juan Manuel Díaz Granados**

El apoderado de Juan Manuel Díaz Granados presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- La Resolución viola el principio de presunción de inocencia y la proscripción de la responsabilidad objetiva.
- La Decisión viola el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas.

**5.16. Humana Vivir S.A.**

El apoderado de Humana Vivir S.A. presentó como argumentos del recurso de reposición los siguientes:

- Quebrantamiento del derecho al debido proceso por desconocimiento de principios constitucionales.
  - o Principio de legalidad.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

- o Principio de la reserva de ley.
- o Principio de tipicidad o taxatividad.
- o Principio de presunción de inocencia.
- o Principio de proporcionalidad.
- o Principio de la doble instancia.
- Quebrantamiento del debido proceso por insuficiente motivación del acto administrativo.
- Quebrantamiento del debido proceso por omitir la debida valoración probatoria
- Quebrantamiento al derecho a la libre asociación.
- En cuanto a las pruebas.
- Análisis de las pruebas que fundamentan la decisión.
- Respecto de los cargos imputados.
  - o Conducta restrictiva de consenso.
  - o Conducta constitutiva de afectación de la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud.
  - o Conducta constitutiva de intento de fijar de manera indirecta el precio de aseguramiento en salud.
- En el caso ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad.

**SEXTO:** Que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, 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. Por lo anterior, no proceden las solicitudes de decreto de pruebas presentadas por algunos de los investigados.

**SÉPTIMO:** Observa el Despacho que la EPS HUMANA VIVIR S.A. presentó el recurso de reposición el 21 de septiembre de 2011, cuando el plazo que tenía para hacerlo vencía el 19 de septiembre de 2011. Lo anterior, por cuanto el término de 5 días que se tiene para presentar los recursos se cuenta a partir de la fecha de desfijación<sup>7</sup> del edicto de notificación que para el caso de esta EPS tuvo lugar el 12 de septiembre de 2011. En consecuencia, en virtud de lo establecido en el artículo 53 del Código Contencioso Administrativo, el recurso presentado será rechazado.

**OCTAVO:** Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos en tiempo, pronunciándose en primer lugar sobre los argumentos relacionados con las conductas imputadas, en segundo lugar sobre los argumentos de naturaleza procesal, en tercer lugar en relación con la responsabilidad de los representantes legales y, por último, sobre la dosificación de las sanciones.

Antes de entrar a analizar los argumentos presentados en los recursos de reposición, este Despacho considera indispensable describir las características y condiciones en que se presentó la infracción sancionada.

---

<sup>7</sup> Es importante señalar que en estos casos el término de fijación del edicto es de 3 días, de acuerdo con lo señalado en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**I. LA INFRACCIÓN SANCIONADA**

La infracción por la cual se impusieron las respectivas sanciones en la Resolución aquí recurrida, está compuesta por tres conductas que a pesar de desconocer diferentes artículos del Decreto 1663 de 1994 hacen parte de una misma secuencia de actividades ejercidas por las empresas sancionadas, que llevaron a esta Entidad a concluir la existencia de una práctica comercial restrictiva en la modalidad por objeto, reprochable a la luz de la normas vigentes.

En primer lugar, la evidencia obrante en el expediente da cuenta de una unificación de criterios por parte de las EPS y la Asociación involucrada, respecto a las definiciones de los procedimientos y dispositivos que deberían o no ser reconocidos como parte del POS. Debe tenerse en cuenta que para esta Entidad es sancionable el hecho de que se hayan realizado reuniones, intercambiado información sensible y estructurado parámetros de referencia comunes, independientemente de dos factores argüidos por la mayoría de los apoderados, a saber: (i) el eventual consenso no solo para restringir sino para incluir servicios en el POS y (ii) el hecho de que los consensos realizados se hubieran o no interiorizado e implementado al interior de cada EPS. Adicionalmente, para este Despacho, ACEMI ejerció como coordinador y partícipe de la actuación realizada<sup>8</sup>.

La estructuración del consenso para definir los contenidos del POS como acuerdo anticompetitivo, parte de premisas relacionadas con el funcionamiento del mercado específico. En primer lugar, el reconocimiento de que existe una incertidumbre en la definición del POS y que es precisamente a partir de la misma que emerge una relación de competencia entre las EPS, basada en la captura de afiliados y en donde las coberturas ofrecidas tienen un papel importante. Como segundo aspecto, se tiene que los elementos que sustentan la realización del acuerdo deben ser evaluados de forma articulada y que por tratarse de una conducta por objeto, no es necesario demostrar los efectos.

Vale la pena adicionar en este aspecto que como se analizó en el Acto recurrido, a pesar de que las asociaciones ejercen actividades cuyo fin es la protección de un determinado sector, éstas no pueden exceder los límites del derecho al libre y transparente desarrollo de los mercados.

La segunda de las conductas que compone el núcleo de la infracción realizada, está compuesta por el acuerdo para afectar la transparencia de la información relacionada con la prestación de los servicios de salud, la cual debe ser remitida a los entes regulatorios. Específicamente, la norma se refiere a la prohibición para que se efectúen

---

<sup>8</sup>El correo electrónico enviado por Lucía Torres, funcionaria de ACEMI, a la Lista de correos ACEMI, con asunto "Circular 20070073-RC-RS-información trasplantes 2000 a 2006", de fecha 5 de marzo de 2007, muestra lo siguiente:

"De forma URGENTE, solicitamos a todas las entidades que nos envíen a más tardar el día 7 de marzo de 2007, antes de las 4:00 p.m., la siguiente información: "1. Pacientes que recibieron trasplantes o retransplantes (POS y NO-POS) y tratamiento farmacológico de inmunosupresores (POS y NO-POS) en las EPS durante los períodos 2000 a 2006, incluyendo el costo anual del tratamiento farmacológico (...)."

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

acuerdos que tengan como objeto o como efecto impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud.

Frente a este cargo, fue posible evidenciar que se presentaban diferencias entre la información enviada a las entidades regulatorias y los datos que se compartían entre las EPS y la Asociación, quien ejerció como coordinador y partícipe de los acuerdos realizados. Se logró establecer que la información solicitada por ACEMI a sus agremiadas era información que permitía a cada una de las EPS-C conocer la forma de funcionamiento de sus competidoras, las estrategias comerciales y las características y cantidades de prestaciones de servicios estableciendo de manera artificial las condiciones de competencia.

Esta Entidad considera que las actividades realizadas al interior de la Asociación, de la forma como fueron probadas en el expediente, muestran que existió un propósito anticompetitivo por parte de las investigadas el cual debe ser analizado de manera independiente al carácter sensible o no de la de la información intercambiada. Es decir, no descarta este Despacho que en ciertas ocasiones el compartir información sensible pueda constituirse como un hecho no reprochable y que bajo ciertas circunstancias tal intercambio no represente una condición necesaria para configurar un comportamiento anticompetitivo. La ilegalidad de la conducta deberá ser analizada en cada caso concreto, de acuerdo con las particularidades del mercado y de la actuación de los agentes que hacen parte del mismo.

En este caso, además de que la información compartida para esta Entidad es sensible, existe en el expediente un acervo documental que da cuenta de los propósitos que se buscaban con dicho intercambio. Tanto en los testimonios como en los correos y demás pruebas documentales que se analizarán posteriormente, se demuestra la intención de unificar comportamientos con el ánimo de limitar la competencia y determinar de manera artificial los aspectos fundamentales del mercado. En otras palabras, las conductas relacionadas con el intercambio de información no solo son reprochables de manera asilada, sino que constituyen el mecanismo que permitió a los investigados coordinar su comportamiento en el mercado y, en consecuencia, dejar de comportarse como competidores que son.

Finalmente, el elemento que compone el trípode de la infracción al régimen lo constituye la conducta de fijación indirecta de precios. Las Empresas hoy sancionadas mediante el acuerdo tendiente a definir el listado de procedimientos POS, junto con las conductas tendientes a limitar la transparencia de la información, estructuraron un mecanismo tendiente a fijar la UPC, y por tanto definieron indirectamente el precio de aseguramiento en salud. Frente a este eslabón de la infracción, debe reconocerse que en el precio de aseguramiento en salud no se encuentra incluido el monto de los recobros ante el FOSYGA, siendo los elementos de dicho precio la UPC, los copagos y las cuotas moderadoras. No obstante, los recobros siguen interpretándose como ingresos de las EPS.

Así, la infracción sancionada es de carácter complejo, y debe cada una de las conductas que la componen ser analizada de forma articulada. Cada una de ellas infringe uno o varios de los artículos del Decreto 1663 de 1994 y confluyen en la

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

violación del artículo 3, lo cual no quiere decir que se trate hechos independientes unos de otros, sino que por el contrario, hacen parte de la realización sistemática de una infracción mayor compuesta por todas, en la modalidad de conductas por objeto y que se encuentran encuadradas todas ellas, como se señaló en la decisión y se reitera ahora, dentro de la violación al artículo 3 del Decreto 1663 de 1994.

A continuación se presentan cada una de las conductas objeto de sanción así como los argumentos que frente a ellas fueron expuestos por los diferentes apoderados y las consideraciones que sobre los mismos tiene esta Entidad.

**II. RESPECTO A LA CONDUCTA CONSTITUTIVA DE CONSENSO**

**1. INTRODUCCIÓN**

De acuerdo con los escritos presentados, existen dos temas que, según varios de los apoderados, no son bien aplicados por esta Entidad en la Resolución atacada y que se relacionan directamente con la naturaleza de la conducta sancionada, por lo que deben ser analizados antes de entrar a responder los demás argumentos presentados en los recursos. Por una parte, se reiteran los cuestionamientos a la posición asumida respecto al análisis de la conducta por objeto y por la otra, se expresan desacuerdos sobre la existencia e interpretación del “consenso”, como eje de la investigación. A continuación se realizará un análisis de los mencionados temas, en el cual se evaluarán los argumentos presentados por los recurrentes.

Para el Apoderado de ACEMI y otras, esta Superintendencia debió demostrar la realización de acuerdos con el propósito de restringir los servicios de salud, de afectar la transparencia y de fijar precios. Considera específicamente que en cada caso la SIC “(...) debía demostrar exactamente sobre qué asuntos recayeron los supuestos acuerdos, y no limitarse a manifestar genéricamente que las EPS acordaron algo, pero no se sabe exactamente qué fue”.

Por su parte, los apoderados de SANITAS y SUSALUD alegan conjuntamente que existió una contradicción en la Resolución recurrida, basada en el hecho de que en uno de sus apartes se afirma que el objeto está constituido por la potencialidad de la conducta y en otro se señala que en este tipo de conductas, no es necesario demostrar dicha potencialidad. Agregan que las conductas de las EPS no fueron modificadas en ningún momento, lo cual prueba que no existió ningún acuerdo.

Sobre la potencialidad de la conducta sancionada, el Apoderado de SALUD TOTAL manifiesta que la misma debió ser demostrada dentro del periodo probatorio ya que, en su concepto, en ningún aparte de la Resolución recurrida se evidencia que el consenso realizado para presentar una propuesta regulatoria tuviera la capacidad, idoneidad y/o potencialidad de restringir los servicios de salud.

Para este Despacho, como ya se expuso en el Acto recurrido, las normas Colombianas prevén la existencia de conductas consideradas anticompetitivas por su solo objeto. Es así como, el Decreto 2153 de 1992 en los numerales 1 a 10 del artículo 47 señala de

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

manera clara que las infracciones emanadas de acuerdos pueden ser realizadas a través de esta modalidad.

Es aplicable igualmente el anterior raciocinio a las conductas contenidas en el Decreto 1663 de 1994, teniendo en cuenta que su redacción utiliza un mismo lenguaje frente al tema. En efecto, el numeral 8 de la norma se refiere a aquellos acuerdos entre competidores que tengan por objeto o como efecto abstenerse de prestar un determinado servicio de salud, mientras el 10 señala como anticompetitivos aquellos acuerdos que tengan por objeto o como efecto el abstenerse de proveer información no reservada a los usuarios, así como ocultar o falsear la información, y en general impedir la debida transparencia en el mercado. Igual situación ocurre con el artículo 3 de la norma constitutiva de la prohibición general.

No obstante lo anterior, los argumentos presentados por los recurrentes no se refieren a la existencia o no de conductas por objeto, sino al grado probatorio que debe existir para la demostración del “objeto” y si la evidencia obrante es o no suficiente para la decisión tomada. Frente al punto en cuestión, se hace necesario en primer lugar describir las interpretaciones que existen, para luego señalar cuál de éstas es la que está asumiendo la Superintendencia en el caso bajo estudio y la razón para hacerlo.

La primera aproximación se basa en una definición de objeto como la potencialidad que tiene una conducta para causar daño en un mercado específico, sin ser requerido que el resultado se presente. Esta posición está plasmada en decisiones internacionales como caso *T-Mobile Netherlands BV and Others v Road van de Nederlands Mededingings autoriteit* del Tribunal de Justicia Europeo<sup>9</sup>, referido por el Apoderado de SANITAS en su escrito de opiniones al Informe Motivado, así como en el caso de ASONAV resuelto por esta Entidad y citado en la Resolución atacada.

Frente a esta posición, es importante mencionar que la conducta por objeto por definición no requiere demostración de los efectos, sino evidenciar que es potencialmente peligrosa para el mercado. Al respecto, vale citar el caso ASONAV<sup>10</sup> en el que la Entidad afirmó:

*“...el objeto en la norma es entendido como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado anticompetitivo se produzca, tenemos entonces que este elemento se hace plausible con el comportamiento realizado, pues sin más miramientos, surge de bulto un acuerdo por parte de los distintos agentes marítimos investigados para fijar un valor único a la divisa que es utilizada para la cancelación de fletes”.*

Una segunda posición, asumida por esta Superintendencia en el presente caso, se basa en el hecho de que las conductas por objeto no requieren demostración ni de sus efectos, ni de la potencialidad de la afectación. Basta con que se encuentre evidencia suficiente de la realización de la conducta específica y de que dicha conducta tenga

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de fecha 4 de junio de 2009, Asunto C-8/08.

<sup>10</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 7969 de 2001 adicionada y corregida por la Resolución No. 13328 de 2001, en contra de ASONAV.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

como objeto restringir la competencia o establecer artificialmente las condiciones de un mercado para considerarla reprochable. Para este Despacho, no es necesario demostrar potencialidad alguna cuando la misma norma imprime a las conductas por objeto la vocación de afectación. Sobre este punto, esta Entidad ya se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“Así las cosas, la normatividad aplicable a casos como el que nos ocupa, indica que por objeto un acuerdo es anticompetitivo si la norma que lo prohíbe considera que el mismo tiene la potencialidad de causar un daño, siendo su naturaleza potencial de ser restrictiva de la competencia definida mediante la misma norma. Así, tanto el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como el numeral 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, consideran que los acuerdos dirigidos a limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas o tengan por objeto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos son acuerdos que, por su objeto, son anticompetitivos”<sup>11</sup>.*

En similar sentido se pronunció la Entidad en Resolución No. 00670 de 2001:

*“La perceptiva legal en materia de competencia es bastante celosa en cuanto al proceso de formación de precios, en esa medida, no solo permite sino además exige que sea cada productor quien determine autónomamente el precio de sus distintos productos o servicios, es éste el sustento en que se erige el número 1 del artículo 47 y su propia razón de ser. Así, merece rechazo tanto el acuerdo que está orientado a la fijación de un precio –objeto- aunque no produzca una afectación final sobre el mercado, como el que sin tener por objeto su determinación artificial, termina generando ese resultado en el mercado –efecto-”.*

Sin embargo, se debe tener en cuenta que en las dos posiciones no se trata del reconocimiento o suficiencia de elementos probatorios que sustenten si existe la potencialidad de afectación, como lo pretenden los apoderados, sino de si este tipo de conductas son en su esencia potencialmente peligrosas. No puede desconocerse el pronunciamiento del Consejo de Estado incluido en la Resolución de sanción, el cual señala:

*“Lo anterior tiene sentido si se observa que el tenor literal del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contentivo de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios -sea cual sea su naturaleza- es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios.*

*Es por ello, que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio- y que dicho sea de paso, no demostró-, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era*

<sup>11</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23850 del 29 de abril de 2011.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios<sup>12</sup>. (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, coinciden los apoderados en que el texto de la Resolución recurrida presenta contradicciones frente a este tema. En su concepto, por una parte se reconoce la primera de las posiciones arriba presentadas y por la otra se afirma expresamente que no es requerido determinar la potencialidad en las conductas por objeto. Para efectos de aclarar el punto en cuestión, se transcribirán los apartes relacionados.

En el párrafo completo en donde se hace referencia a los casos de ANATO y ASONAV, se señaló:

*“Igualmente, en el caso ANATO, al referirse al objeto de las normas de competencia y su aplicación, la SIC indicó que la norma analizada proscribía tanto el objeto como el efecto de la conducta, de manera que la simple configuración de cualquiera de estos aspectos es suficiente para considerar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia. Siendo así, encontramos que el objeto se define como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado o el fin con que se produce una acción u operación, sin que sea necesario que el resultado esperado se produzca (...)”.*

Para los recurrentes la mención que se realiza sobre la posición planteada en el caso citado genera una contradicción con la propuesta que expone posteriormente la Superintendencia. No obstante, al leer la totalidad de los argumentos relacionados con el tema, es más que clara la posición asumida por esta Entidad.

En la siguiente página del Acto recurrido se manifestó:

*“Así las cosas, la normatividad aplicable a casos como el que nos ocupa, determina que las conductas por objeto son en su esencia anticompetitivas sin que exista siquiera la necesidad de analizar su potencialidad anticompetitiva, y mucho menos demostrar sus efectos en el mercado.”*

*“En efecto, el sólo hecho de generarse un consenso para determinar cuáles procedimientos deberían ser o no ser reconocidos como parte del POS, tiene por objeto la alteración del normal funcionamiento del mercado, independientemente de las funciones regulatorias de las Entidades en el sector y, como consecuencia, se limita o anula la presión competitiva que debería existir en relación con la afiliación de nuevos usuarios.” (Subrayado fuera de texto)*

Posteriormente al referirse al caso Norteamericano citado por el apoderado de SANITAS, expresamente se señaló:

*“Como se dijo, esta Entidad no desconoce el análisis realizado por el Tribunal en su decisión, sino que considera que el legislador colombiano eliminó la necesidad de evaluar la idoneidad o potencialidad de la conducta en aquellos casos en”*

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, Expediente No. 00365-01.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

donde la misma indica que se trata de una infracción por objeto (...). (Subrayado fuera de texto)

Como puede observarse, esta Entidad fue clara en la forma como planteó su posición y en señalar que las conductas cuyo objeto es anticompetitivo, son potencialmente dañinas para el mercado porque el legislador así lo consideró. No comparte por lo tanto este Despacho la supuesta contradicción alegada cuando de una lectura desprevenida de los apartes señalados, se observa fácilmente el direccionamiento de la argumentación expuesta en la Resolución sancionatoria.

A pesar de todo lo anterior y de que esta Superintendencia no lo considera necesario para estructurar la infracción, en el caso estudiado, las conductas realizadas por las empresas y la asociación sancionadas tuvieron la potencialidad de afectar el mercado de salud. Basta con recordar que la participación de las EPS involucradas alcanza a cubrir el 80% de los usuarios afiliados al Régimen Contributivo y que ACEMI agremia a la mayoría de EPS de dicho régimen para dimensionar la aptitud de la infracción para desequilibrar y/o afectar el sector de la salud, el cual tiene una sensibilidad especial debido a su relación directa con el derecho fundamental a la vida.

En todo caso, no sobra recordar que incluso la Corte Constitucional en diferentes decisiones de tutela señaló que las EPS no prestaban servicios a pesar de que los mismos estuvieran incluidos en el POS. En efecto, en la Sentencia T-760 de 2008 se hizo referencia a algunos de esos casos e incluso se llamó la atención al Gobierno y a las empresas sobre la mencionada práctica. En efecto, se señaló:

*“Ambos eran negados por su EPS bajo el argumento de que no se encontraban incluidos en el POS y el accionante estaba obligado a acudir a la red pública. La Corte reiteró su jurisprudencia sobre la violación del derecho a la salud ante la negativa a suministrar un servicio claramente incluido en el POS o en el POS-S. Sostuvo que “[r]especto de los exámenes y medicamentos solicitados es preciso introducir ciertas precisiones con el propósito de determinar el alcance de las obligaciones de la entidad prestadora. En efecto, el actor afirma que la entidad se ha negado a practicar los exámenes de carga viral, CD3, CD4 y CD8. Al respecto cabe precisar que dichos exámenes están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud de conformidad con el artículo 74 de la Resolución 5261 de 1994 y el Acuerdo 254 de 2003, y que por lo tanto la negativa de la entidad prestadora constituye una violación del derecho fundamental a la salud del Sr. López Beleño. En efecto, como antes se consignó una vez se ha definido legal y reglamentariamente el alcance del derecho a la salud mediante la inclusión de una prestación específica en el Manual de Medicamentos o en el Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del POS o del POS-S, las entidades prestadoras de salud están obligadas a suministrarlos a sus afiliados, por tal razón en el caso concreto CAFESALUD EPS tiene la obligación de practicar los exámenes en cuestión sin que sea posible repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía por el valor de estas prestaciones. En tal sentido se modificará el fallo de primera instancia.”<sup>13</sup>*

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T-434 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*Si bien en diferentes oportunidades, tanto en caso de negación como de retraso en el suministro de los contenidos del POS, la Corte ha adoptado medidas, éstas han estado dirigidas a resolver los casos concretos. Es claro que el problema persiste y ha venido aumentando ya que cada día más ciudadanos deben acudir a la tutela para acceder a servicios de salud a los que en muchos casos tienen derecho, tal y como lo indica la Defensoría del Pueblo en el informe antes mencionado, “[e]n el año 2005 se interpuso un total de 224.270 tutelas, un 13% más que en el 2004 y un 160% más que en 1999.”<sup>14</sup>*

*6.1.4.1.2. En conclusión, el Estado deja de proteger el derecho a la salud cuando permite que la mayoría de violaciones sean claros irrespetos a dicho derecho, en los que se obstaculiza a las personas el acceso a servicios contemplados en los planes obligatorios de salud, ya financiados. Mantener los incentivos y desincentivos que no promueven el goce efectivo del derecho, así como no ejercer adecuadamente las facultades de vigilancia y control,<sup>15</sup> han permitido que se mantenga esta situación constante de vulneración reiterada y en modo alguno justificable, del derecho a la salud de las personas, por parte de muchas de las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios”.*

La Sentencia, tantas veces citada por los apoderados muestra como las conductas aquí sancionadas pueden tener repercusiones bastante representativas en el sistema de salud Colombiano. Por lo tanto, a pesar de no ser necesaria la demostración de la potencialidad de un efecto nocivo, son más que visibles las dimensiones que pueden tener las decisiones que tomen la mayoría de las EPS del Régimen Contributivo.

Por otra parte, en lo que respecta a la supuesta violación al principio de confianza legítima, es relevante citar la definición que sobre el mismo ha realizado la Corte Constitucional:

*“El principio de confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede alterar, de manera súbita, unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que les otorgue a*

<sup>14</sup> Defensoría del Pueblo (2007): *La Tutela y el Derecho a la Salud. Período 2003 - 2005*. D. Mejía Villegas (Resp.). Bogotá.

<sup>15</sup> Las deficiencias en la vigilancia y el control han sido reconocidas en el pasado como un factor que contribuye a la ineficiencia del gasto en salud, evidenciándose estas fallas en el control interno, la interventoría de los contratos y en la precaria supervisión y seguimiento a los diferentes agentes. [Al respecto ver, entre otros documentos, El malestar en la salud, de J. Campos, M. Rivera y M. Castañeda, Funcionarias de la Contraloría Delegada para el Sector Social, CGR, en *Economía Colombiana*, Revista de la Contraloría General de la República. N° 303, 2004]. Uno de los principales objetivos que busca el Congreso de la República mediante la Ley 1122 de 2007 es el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios, adoptando, entre otras medidas, acciones para fortalecer las funciones de inspección, vigilancia y control (art.1, Ley 1122 de 2007). Recientemente, en un estudio conjunto de la Procuraduría General de la Nación y el Centro de Estudios De Justicia se indica al respecto que “a pesar del esfuerzo de fortalecer el subsistema y de los ajustes que se le han hecho, las labores de inspección, vigilancia y control siguen fragmentadas, desarticuladas y dispersas, por lo que aun en su propia lógica económica el sistema tiene serias limitaciones prácticas.” [Procuraduría General de la Nación y De Justicia, *El derecho a la salud*, 2008].

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*éstos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica”<sup>16</sup>.*

Al observar la anterior definición, no se encuentra cómo el mencionado principio pueda adecuarse a la situación bajo estudio. En efecto, no existe una alteración súbita de las reglas de juego que regulaban las relaciones con los particulares, ni cambios bruscos ni intempestivos de regulación. Se trata de una posición jurídica que no solo ha sido respaldada por el Consejo de Estado, sino que ha sido expuesta por la Entidad en anteriores oportunidades, lo que desvanece la afirmación del apoderado de SALUD TOTAL sobre una supuesta decisión súbita y sin explicación<sup>17</sup>.

Otro de los argumentos presentados por parte del citado Apoderado, se basa en la aparente ausencia de tipicidad de la conducta que, según él, emana de la siguiente afirmación realizada en el acto atacado: *“Por último considera esta Entidad que no es aceptable la realización de un consenso o acuerdo frente a puntos o temas centrales para la competencia ni siquiera cuando el mismo se realiza en el marco de un procedimiento regulatorio (...)”<sup>18</sup>.*

De acuerdo con la ingeniosa posición del Abogado, para esta Superintendencia no es relevante si el consenso tenía o no por objeto la restricción de los servicios de salud, sino que éste haya existido, con lo que se estaría desconociendo la adecuación típica de la conducta. Debe hacerse referencia por parte del Despacho a la manifestación citada por el Abogado, con el fin de explicar nuevamente el sentido de la misma. Frente al Acta 006 del Comité Médico 27/08/2007, esta Entidad señaló:

*“Al respecto, este Despacho, luego de revisar el elemento probatorio, reconoce que hubo un error de transcripción en el Informe Motivado respecto a la fecha del acta en mención, toda vez que la misma es la del 27 de julio de 2007 y no la de 27 de agosto de dicho año. No obstante, no se comparte la interpretación realizada por el Apoderado respecto al propósito de las actividades llevadas a cabo al seno de la Asociación. Independientemente del momento, antes o después del acta del 03 de agosto, los elementos que componen la prueba siguen encaminados a la demostración de una unificación de criterios respecto a las condiciones del mercado por parte de las EPS, quienes debían evaluar financieramente las consecuencias de la implementación del consenso, lo que a todas luces denota una conducta común para evaluar la conveniencia de las inclusiones o exclusiones de servicios en el POS.”*

*Por último, considera esta Entidad que no es aceptable la realización de un consenso o acuerdo frente a puntos o temas centrales para la competencia, ni siquiera cuando el mismo se realiza en el marco de la búsqueda de un pronunciamiento regulatorio de una entidad como la CNSS que es el ente*

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2004.

<sup>17</sup> Al respecto, también resulta importante señalar que en la Resolución No. 23890 del 29 de abril de 2011 se dijo lo siguiente: “Al ser una prohibición por objeto, la norma, no sólo indica el estándar de prueba que pretende necesitar para definir a la conducta como restrictiva, sino que también determina que tales actos tienen una peligrosidad tal que, el mero acuerdo, es por él mismo restrictivo”.

<sup>18</sup> Resolución No. 46111 de 2011. Página 116.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*encargado de definir o establecer las variables o los mecanismos que definen la competencia en sector.”* (Subrayado fuera de texto)

A pesar de la intención de extraer de su contexto la manifestación realizada, es claro que la misma se refería a que el unificar criterios respecto a condiciones del mercado entre competidores, debe ser considerado anticompetitivo independientemente de que la justificación por parte de las empresas involucradas sea la de gestionar un pronunciamiento regulatorio. La tipificación sigue siendo la misma, los acuerdos que tengan como objeto una restricción al mercado son anticompetitivos. Cuando en el fragmento citado se hace referencia a la unificación de criterios sobre condiciones del mercado debe entenderse que ése es uno de los elementos que compone el objeto anticompetitivo sancionado.

Esta Entidad en ningún momento está desconociendo la estructura de la norma, ni obviando la demostración de alguno de sus elementos. Por el contrario, a lo largo de la Resolución sancionatoria se hizo referencia a la evidencia que da cuenta del objeto que hacía anticompetitivo el consenso aún cuando estuviera revestido por una propuesta regulatoria. Es por lo tanto infructuoso el esfuerzo del Apoderado para encontrar a toda costa aparentes violaciones a los principios que rigen el derecho administrativo sancionador.

Teniendo en cuenta estas consideraciones preliminares, pasa el Despacho a analizar los demás argumentos presentados en los recursos de reposición.

**2. ARGUMENTOS DE LOS APODERADOS**

**2.1. Respecto a las pruebas que sustentan la realización de la conducta**

Coinciden varios de los recursos de reposición presentados en dos afirmaciones. Por un lado, se aduce que las pruebas que sustentan la conducta constitutiva de consenso no son idóneas y suficientes, y por el otro, se señala que varias de las pruebas supuestamente favorables para las investigadas no fueron tenidas en cuenta por la Superintendencia.

Para el Apoderado de ACEMI y otras, esta Entidad no probó la existencia de acuerdos anticompetitivos, vulnerando la presunción de inocencia y no practicando una investigación integral. Afirma que se *“dejó de considerar todas las pruebas que favorecen a los investigados y comprueban su inocencia, pruebas que al mismo tiempo rompen los indicios analizados que fueron tomados como base de la sanción”*.

Por su parte, el Apoderado de SALUD TOTAL considera que a pesar de las pruebas que obran en el expediente que en su concepto demuestran que el alcance del consenso no era para definir las coberturas a prestar a sus afiliados, sino para presentar una propuesta de actualización ante el Gobierno. Añade en su escrito que: *“(…) la SIC sancionó a las EPS por la realización de un acuerdo anticompetitivo para limitar el contenido del POS, sólo que en ninguna parte de su decisión precisó los elementos concretos en que las sancionadas acordaron dejar de competir”*.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Se alega por parte de algunos apoderados que en la Resolución sancionatoria no se realizó una descripción sobre cuáles fueron los servicios o coberturas que se acordaron incluir y/o excluir de los programas de atención a los usuarios y se considera inadecuada la forma como se estructuró la prueba indiciaria para demostrar el acuerdo anticompetitivo.

En la misma línea, los apoderados de SALUDCOP y otros, señalan que en el Acto administrativo impugnado las pruebas se limitan a los correos electrónicos originados en ACEMI y firmados por funcionarios de dicha Asociación pero que no pueden comprometer la responsabilidad de los destinatarios de dichos correos.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho se referirá en primera instancia al concepto de prueba indiciaria para luego entrar a analizar nuevamente cada uno de los elementos probatorios que se tuvieron en cuenta en la Resolución recurrida, así como los argumentos expuestos en los recursos frente a éstos. Finalmente, se analizarán las pruebas que de acuerdo con la opinión de los recurrentes sustentan la no existencia de la infracción sancionada.

**2.1.1. La prueba indiciaria como eje de la investigación**

De acuerdo con los escritos presentados por los apoderados de las investigadas, el análisis de las pruebas que sustentan la realización de la infracción sancionada es erróneo. Para varios de ellos, se trató de una mala aplicación de la prueba indiciaria, toda vez que en su criterio la misma estuvo mal construida y no fueron tenidos en cuenta los contraindicios propios de su análisis.

Así, según los apoderados de SANITAS y SUSALUD no hay un hecho probado que conlleve a concluir la existencia de un consenso entre las EPS y hacen referencia a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del año 2010 que frente al tema señala entre otras cosas que la prueba indiciaria: *“(...) impone al juzgador que a partir de determinado hecho plenamente probado en el proceso como lo exige el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil y valiéndose de una operación mental lógica apoyada en las reglas de la experiencia, pueda establecer un hecho desconocido”*.

En el mismo sentido, el Apoderado de ACEMI y otras hizo referencia a que se presentó una violación al debido proceso, debido a que en su concepto esta Entidad realizó una valoración inadecuada de las pruebas y omitió estudiar y pronunciarse sobre las pruebas que demuestran exactamente lo contrario a lo concluido, es decir, los contraindicios.

Considera el abogado que *“En sana lógica jurídica, todos estos elementos hacen descartable entender las conductas de mis representadas como prácticas comerciales restrictivas de la competencia, pues rompen la unidad que deben tener los indicios para constituir prueba idónea para determinar responsabilidades e imponer sanciones”*.

Se aduce como eje de dichos contraindicios por varios de los abogados, que las actividades realizadas por las EPS investigadas y ACEMI se circunscribían a la

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

presentación de propuestas regulatorias al Gobierno Nacional y que el intercambio y búsqueda de unificación de opiniones frente a las coberturas del POS se realizó únicamente con la intención de beneficiar al sistema de salud Colombiano.

Para el señor Anibal Rodríguez Guerrero *“la prueba indiciaria de existencia de un pacto anticompetitivo como antecedente generador el aumento de recobros, pierde valor probatorio cuando se tiene en cuenta que el fenómeno de recobros no es exclusivo de las EPS agremiadas en ACEMI”*.

El indicio es un hecho conocido del cual se infiere uno desconocido. La prueba basada en indicios se compone de tres elementos a saber: (i) un hecho conocido o indicador; (ii) un hecho desconocido; y (iii) una inferencia lógica, en la que partiendo del hecho conocido se logra deducir la existencia del hecho que se pretende conocer. Los indicios pueden ser necesarios o contingentes. La doctrina ha entendido por indicio necesario aquél hecho que de manera infalible e inequívoca, demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado. El indicio es contingente cuando un efecto dado puede tener varias causas probables, la pluralidad de éstos últimos puede ser plena prueba<sup>19</sup>.

Contrario a las posiciones planteadas por los apoderados, la presente investigación cuenta con un gran número de pruebas directas que demuestran que los investigados actuaron en contra de las normas de protección de la competencia. En el expediente obran tanto pruebas documentales como testimoniales que evidencian diferentes piezas que componen la infracción, pero que no son solo inferencias provenientes de prueba indiciaria.

En efecto, está demostrado que los investigados se reunieron con el fin de acordar la forma en la que se debía interpretar el POS y en consecuencia, determinar qué procedimientos se encontraban incluidos y cuáles no (cuadro consenso – testimonios, entre otros). Así mismo, se probó que acordaron la forma en la que dentro de cada EPS se debía realizar el análisis correspondiente frente a cada procedimiento (flujograma) y que modificaban o en algunos ocultaban la información que enviaban a los entes de regulación (correos electrónicos, entre otros).

Confunden los apoderados la valoración del material probatorio obrante en el expediente con una supuesta sustentación de la conducta únicamente a través de la prueba indiciaria. Se desconoce igualmente que la posición planteada que en el acto sancionatorio aquí recurrido se afirmó que el análisis realizado debía ser en conjunto pero sin obviar el valor que representaba cada prueba vista de manera individual.

Siguiendo lo anterior, esta Entidad estudió las pruebas contenidas en el expediente, explicando en cada caso las razones por las que consideraba que demuestran la existencia de la infracción sancionada. No puede por lo tanto, confundirse el hecho de que los apoderados no compartan la interpretación plasmada en la Resolución

---

<sup>19</sup> Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional. Décima Sexta Edición.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

recurrida, con que efectivamente no se haya realizado una valoración probatoria adecuada.

Como ya se explicó, la sanción impuesta emana de la realización de una conducta por objeto, lo cual implica que no es requerido demostrar la existencia de efectos en el mercado provenientes de la infracción. Por esta razón, no tienen asidero las manifestaciones sobre ausencia de sustento probatorio o respecto a si efectivamente se implementó por cada una de las EPS individualmente consideradas el acuerdo acusado.

Se busca desdibujar con las posiciones planteadas, la existencia de evidencia clara y dicente sobre distintas actuaciones que al ser valoradas en su conjunto evidencian la intención de intervenir en el normal funcionamiento del mercado y crear de manera artificial las condiciones de oferta de servicios por parte de empresas competidoras.

Frente a este tema, el Apoderado de SALUD TOTAL considera que existe una contradicción de la Entidad, cuando por una parte se afirma que en los casos de cartelización las pruebas escritas son escasas y, por la otra, la mayoría de material probatorio tenido en cuenta para sancionar se encuentra en documentos escritos. Para el abogado, las sancionadas actuaron de manera desprevenida pues de otra forma existiría una prueba directa del acuerdo. Para este Despacho no existe la contradicción anotada debido a que cada uno de los elementos probatorios ya sean actas, correos electrónicos, o testimonios, cuentan con una valoración en donde se explica su relevancia y lo que prueban dentro de la investigación.

Para la mayoría de los recurrentes, gestionar una modificación regulatoria frente al Gobierno, constituye un contraindicio evidente de que no hubo tal objeto en la actuación de las sancionadas. Sin embargo, como ya se ha expresado, la justificación planteada no es un contraindicio de lo probado en el expediente, sino un desacuerdo jurídico sobre el valor probatorio que tienen las pruebas recaudadas en el expediente.

En cualquier caso, como se señaló en la Resolución, tal aproximación no tiene la idoneidad requerida para desvirtuar la conclusión a la que se llega luego de comprobar que se realizaron reuniones en donde se discutía de manera directa los contenidos de los servicios que prestaban las EPS, se acordaba entre éstas diferentes mecanismos para estandarizar posiciones frente a la cobertura ofrecida y se proponía tener estrategias unificadas hacia agentes externos, en donde se defendían los consensos a que se llegaba. El gran esfuerzo realizado por los investigados no logra explicar, solo por poner un ejemplo, lo señalado en documentos como el siguiente<sup>20</sup>:

**“Los conceptos del Ministerio de la Protección Social extienden cada vez más el POS”**

*Tenemos una propuesta de conciliación de 500 mil MM de recobros para cuya interpretación la definición del POS es irrelevante*

<sup>20</sup> Acta No. 006 del Comité Médico del 1 de agosto de 2007, remitida mediante correo enviado el 3 de agosto de 2007

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

***Cada vez se deteriora más la imagen de la EPS por supuesta no cobertura de servicios POS, ver informe de tutelas de la defensoría***

***Esto hace fundamental que la posición oficial del gremio sea unificada y entendida por cada una de las EPS, para que la sostengan en el ámbito de las reuniones con externos y para que al interior de sus EPS analicen las implicaciones económicas y legales de dicha posición en el tema de los recobros y en la política de autorizaciones***. (Subrayado fuera del texto)

Como se ha señalado a lo largo de la investigación, así como en la Resolución que se recurre, no se sanciona el hecho de ejercer el derecho constitucional de asociación, sino el abuso del mismo. Si la loable labor de las EPS consistía en mejorar los problemas relacionados con la interpretación de los contenidos del POS, ésta se hubiera podido ejercer a través de propuestas distintas a la definición misma de los servicios y procedimientos bajo un presupuesto de protección únicamente de los intereses de ACEMI y sus asociados.

Ahora bien, respecto de la apreciación del señor Guerrero sobre los recobros como efecto del acuerdo anticompetitivo, es importante mencionar que, tal como se señaló en la Resolución que se recurre, a pesar de que se reconoce que los recobros son ingreso para las EPS, tales sumas no son un elemento probatorio sustancial dentro de la investigación, debido a que se trata de una conducta realizada con el objeto de afectar el mercado, en donde no es necesario demostrar si realmente hubo un beneficio económico emanado de la misma para las EPS.

Asimismo, a pesar de que para los apoderados de SALUDCOOP y otros la prueba recaudada sea insuficiente, no puede desconocerse que dicha EPS aparece como destinataria en la mayoría de los correos electrónicos citados por esta Entidad y que en el contenido de algunos de ellos se plasma la interacción entre la asociación y todas las EPS para recolectar información o hacer referencia a las reuniones sostenidas en el Comité Médico. Así, no se trata únicamente del hecho de recibir correos electrónicos, sino del contenido mismo de dichos correos en donde se plasma la participación de SALUDCOOP como una de las empresas que incurrieron en la infracción sancionada. De acogerse la posición planteada, la responsabilidad de cualquier investigado sería evadida con el simple hecho de demostrar que las pruebas recaudadas no tienen como origen una acción suya.

En conclusión, contrario a lo manifestado por los recurrentes, el expediente contiene elementos probatorios suficientes e idóneos para demostrar la realización de la conducta sancionada. Como se verá más adelante, los documentos y correos electrónicos evaluados en el Acto recurrido, indican en su conjunto e individualmente cómo las empresas sancionadas realizaron un acuerdo cuyo objeto fue el de determinar de manera artificial el contenido del plan obligatorio de salud.

En todo caso, a continuación este Despacho vuelve a analizar los argumentos presentados por los recurrentes en relación con algunas de las pruebas que obran en el expediente.

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

- (i) **Correo electrónico enviado por Lucía Torres a la lista de correos de ACEMI con asunto "Circular 20070070073-RC-RS-información trasplantes 2000 a 2006" de fecha 5 de marzo de 2007**

Sobre este correo afirma el Apoderado de SALUD TOTAL que por referirse a una información histórica del periodo comprendido entre el año 2000 y 2006, se trata de información que no tiene valor estratégico. Para los apoderados de SANITAS y SUSALUD, el correo demuestra el recaudo de información en aras de presentar una ponencia de reglamentación a las autoridades y no una conducta restrictiva.

Se considera importante citar nuevamente el texto del correo en mención, con el fin de que sea más comprensible su análisis:

*"Para: COMITÉ MEDICO*

*De: ACEMI*

*Asunto: Información Trasplantes 2000 a 2006*

*De forma URGENTE, solicitamos a todas las entidades que nos envíen a más tardar el día 7 de marzo de 2007, antes de las 4:00 p.m., la siguiente información:*

*1. Pacientes que recibieron trasplantes o retransplantes (POS y NO-POS) y tratamiento farmacológico de inmunosupresores (POS y NO-POS) en las EPS durante los periodos 2000 a 2006, incluyendo el costo anual del tratamiento farmacológico (...).*

*2. Pacientes que recibieron trasplantes o retransplantes (POS y NO-POS) y tratamiento farmacológico de inmunosupresores (POS y NO-POS) en las EPS durante los periodos 2000 a 2006 y que venían trasladados de otra entidad, incluyendo el costo anual del tratamiento farmacológico.*

*Lo anterior con el fin de hacer un análisis y fijar la posición gremial del tema en la ponencia que debe presentar el presidente ejecutivo de ACEMI ante el Instituto Nacional de Salud.*

*Anexo:*

*Instrumento de recolección de información sobre trasplantes (trasplantes.xls), cualquier inquietud favor comunicarse con Lucía Torres C. Tel: 6205108 Ext. 108 ó al celular 312-4656969*

*Cordial saludo,*

*Lucía Torres Cortés<sup>21</sup>*

<sup>21</sup> From: "Lucía Torres" [LTorres@acemi.org.co](mailto:LTorres@acemi.org.co) (servidor de correo: acemi.org.co, dirección IP: 64.22.123.20)

To: "Adriana Bonilla" [adrianab@saludtotal.com.co](mailto:adrianab@saludtotal.com.co) (servidor de correo: smtp.saludtotal.com.co, dirección IP: 64.76.190.157) , "Agudelo Valencia Javier" [jaqudelov@saludcoop.coop](mailto:jaqudelov@saludcoop.coop) (servidor de

## "Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

En el Acto recurrido se señaló que el correo citado mostraba la forma como era solicitada la información a las EPS por parte de la Asociación, lo cual excedía las funciones de ésta última. Además, se afirmó que esta prueba debería ser analizada en contexto con todas las demás constitutivas de comunicaciones y correos electrónicos entre las investigadas.

Al respecto, se reitera la posición planteada en el Acto atacado en el sentido de que independientemente de las funciones o actividades ejercidas por las asociaciones empresariales, las mismas no pueden exceder los límites del bien común, por lo que es

correo:mx3.saludcoop.coop, Dirección IP: 64.76.190.157), [acastro@saludcoop.coop](mailto:acastro@saludcoop.coop) , "Carlos A. Montoya" [cmontoya@colsanitas.com](mailto:cmontoya@colsanitas.com) (servidor de correo:mailbog.colsanitas.com, Dirección IP: 200.47.156.194), "Carlos Mario Arango" [carlos.arango@comfenalcoantioquia.com](mailto:carlos.arango@comfenalcoantioquia.com) (Servidor de correo:mail.global.frontbridge.com, Dirección IP:94.245.120.86) , "Carmen Victoria Gomez" [cvgamez@saludcoop.coop](mailto:cvgamez@saludcoop.coop) (Servidor de Correo: mx3.saludcoop.coop, dirección IP: 190.25.209.13, [davidv@colmedica.com](mailto:davidv@colmedica.com) (Servidor de correo: mail.messaging.microsoft.com, Dirección IP: 216.32.181.178) , "Diana Cristina Vallejo Ochoa" [dianac\\_vallejo@coomeva.com.co](mailto:dianac_vallejo@coomeva.com.co) (Servidor de correo:gw.comeva.com.co Dirección IP: 200.1.126.9), "Edgar A. Dorado P." [edorado@famisanar.com.co](mailto:edorado@famisanar.com.co) (Servidor de correo: mail.global.frontbridge.com Dirección IP:65.55.88.22) , "Eduardo Plata" [eduardop@colmedica.com](mailto:eduardop@colmedica.com) (Servidor de correo: mail.messaging.microsoft.com, Dirección IP: 216.32.181.178), [eleonora\\_ayala@coomeva.com.co](mailto:eleonora_ayala@coomeva.com.co) (Servidor de correo: Dirección IP:),"Fernando Ortiz" [fernando.ortiz@ui.colpatria.com](mailto:fernando.ortiz@ui.colpatria.com) (Servidor de correo: safe3a.telmexla.net.co Dirección IP:200.26.137.37),"Francisco Marin Perez" [franmape@susalud.com.co](mailto:franmape@susalud.com.co) (Servidor de correo: Dirección IP:),"Freddy Rodriguez" [frrodriguez@famisanar.com.co](mailto:frrodriguez@famisanar.com.co) ,"Gabriel Mesa Nicholls" [gabrmeni@susalud.com.co](mailto:gabrmeni@susalud.com.co) ,"Heiddy Avila" [havila@sos.com.co](mailto:havila@sos.com.co) (Servidor de correo: server.sos.com.co, Dirección IP:200.93.149.165) ,"Hernando Baquero Villamil", [hernando\\_baquero@coomeva.com.co](mailto:hernando_baquero@coomeva.com.co), John\_Dar=EDo\_Gamba [contratacioneps@humanavivir.com.co](mailto:contratacioneps@humanavivir.com.co) (Servidor de correo: correo.humanavivir.com.co, Dirección IP:190.145.119.10), Juan\_Carlos\_Echand=EDa\_Bautista [jechandi@colsanitas.com](mailto:jechandi@colsanitas.com) ,Juan\_Carlos\_Rodr=EDguez [jcrodriguez@compensar.com](mailto:jcrodriguez@compensar.com) (Servidor de correo:legolas.diveo.net.co, Dirección IP: 200.31.68.98) ,"Juan Pablo Rueda" [JuanPR@saludtotal.com.co](mailto:JuanPR@saludtotal.com.co) ,"Katty Sanchez Garcia" [kathy\\_sanchez@coomeva.com.co](mailto:kathy_sanchez@coomeva.com.co), [leibarrar@compensar.com](mailto:leibarrar@compensar.com) ,"Luis Felipe Castro" [lcastro@famisanar.com.co](mailto:lcastro@famisanar.com.co) ,[losorio1@comfenalcoantioquia.com](mailto:losorio1@comfenalcoantioquia.com) ,"Maria Ines Florez" [InesF@colmedica.com](mailto:InesF@colmedica.com) , [marities@susalud.com.co](mailto:marities@susalud.com.co) , [miltorres@saludcoop.coop](mailto:miltorres@saludcoop.coop) ,"Mauricio Serra" [mserra@comfenalcovalle.com.co](mailto:mserra@comfenalcovalle.com.co) ,"Mauricio Velez Cadavid" [maurveca@susalud.com.co](mailto:maurveca@susalud.com.co) ,[Miguel\\_torres@coomeva.com.co](mailto:Miguel_torres@coomeva.com.co) ,"Miriam Molina" [miriamm@colmedica.com](mailto:miriamm@colmedica.com), [mymoreno@comfenalcovalle.com.co](mailto:mymoreno@comfenalcovalle.com.co) ,"Nohra Mendez Rivera" [nmendez@humanavivir.com.co](mailto:nmendez@humanavivir.com.co) , "OLGA LUCÍA GOMEZ" [olgomez@compensar.com](mailto:olgomez@compensar.com) ,"Paola Arias" [paolarsa@susalud.com.co](mailto:paolarsa@susalud.com.co) ,"Pilar Valencia" [mpvalencia@compensar.com](mailto:mpvalencia@compensar.com) , Rafael\_P=E1jaro [rpajaro@humanavivir.com.co](mailto:rpajaro@humanavivir.com.co) ,"Remberto Braidy Requiniva" [rbraidyr@saludcoop.coop](mailto:rbraidyr@saludcoop.coop) ,"Rodolfo Castillo Garcia" [rcastillo@sos.com.co](mailto:rcastillo@sos.com.co) , Sara\_Elizabeth\_Mari=F1o\_lba=F1ez [saram@colmedica.com](mailto:saram@colmedica.com), "Sonia Paredes" [sparedes@cruzblanca.com.co](mailto:sparedes@cruzblanca.com.co), [wmontoya@sos.com.co](mailto:wmontoya@sos.com.co), Alfredo\_Currea\_Tavera [acurrea@colsanitas.com](mailto:acurrea@colsanitas.com) ,"Alvaro H. Rueda" [arueda@sos.com.co](mailto:arueda@sos.com.co) ,"Ana Maria Rodriguez" [ana.rodriguez@ui.colpatria.com](mailto:ana.rodriguez@ui.colpatria.com) ,"Arturo Rico landazabal" [aricol@compensar.com](mailto:aricol@compensar.com) ,"Blanca Cecilia Gonzalez" [blanca.gonzalez@comfenalcoantioquia.com](mailto:blanca.gonzalez@comfenalcoantioquia.com), Claudia\_Pe=F1a [cpena@ecoopsos.com.co](mailto:cpena@ecoopsos.com.co) (Servidor de correo: correo.ecoopsos.com.co Dirección IP:190.255.52.59),"Cristian Alonso" [calonso@famisanar.com.co](mailto:calonso@famisanar.com.co), "Gloria Osorio" [gosorio@cruzblanca.com.co](mailto:gosorio@cruzblanca.com.co) (Servidor de correo: mx3.cruzblanca.com.co Dirección IP: 190.25.209.13) ,[gustavo.trujillo@comfenalcoantioquia.com](mailto:gustavo.trujillo@comfenalcoantioquia.com) ,"Hector Rojas" [HectorR@colmedica.com](mailto:HectorR@colmedica.com) ,"Jose Fernando Orduz Sanchez" [JoseOS@saludtotal.com.co](mailto:JoseOS@saludtotal.com.co) ,"Jose Miguel Abad" [joseabec@susalud.com.co](mailto:joseabec@susalud.com.co) ,"Julian Alfonso Rivera Sanchez" [JulianRS@saludtotal.com.co](mailto:JulianRS@saludtotal.com.co) , [Luciam\\_pineda@coomeva.com.co](mailto:Luciam_pineda@coomeva.com.co) ,"Maria Rodriguez" [maria.rodriguez@ui.colpatria.com](mailto:maria.rodriguez@ui.colpatria.com) (Servidor de correo: safe2a.telmexla.net.co, Dirección IP:200.26.137.34) ,"Marlen Mendez" [marlenm@colmedica.com](mailto:marlenm@colmedica.com) ,"Martha Lucía Ospina" [mospina@sos.com.co](mailto:mospina@sos.com.co), [monicabm@saludtotal.com.co](mailto:monicabm@saludtotal.com.co), [mlobo@famisanar.com.co](mailto:mlobo@famisanar.com.co), [omairisa@hotmail.com](mailto:omairisa@hotmail.com) ,"Omaira Roldan" [oroldan@ecoopsos.com.co](mailto:oroldan@ecoopsos.com.co) ,"Rubiela Vargas" [rvargas@comfenalcovalle.com.co](mailto:rvargas@comfenalcovalle.com.co), [pyp@humanavivir.com.co](mailto:pyp@humanavivir.com.co) ,"Socorro Diaz Cruz" [lsdiaz@colsanitas.com](mailto:lsdiaz@colsanitas.com)

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

claro que la presentación de propuestas regulatorias ante el Gobierno no puede convertirse en una autorización implícita para el intercambio de información y comunicación constante entre agentes competidores respecto a su estructura de costos u otro tipo de datos sensibles, ni en general información encaminada a unificar los comportamientos de los competidores en el mercado. Es precisamente en el documento de la OECD citado por el Apoderado de SANITAS e incluido en la Resolución sancionatoria en donde se señala expresamente que:

*“(…) La participación en actividades de una asociación gremial o profesional entrega una amplia gama de oportunidades para que empresas que están en la misma línea de negocios se reúnan periódicamente y discutan sobre asuntos comerciales de interés común. Tales reuniones y conversaciones, aún cuando se den en el marco del cumplimiento legítimo de los objetivos de la asociación, dan espacio a la reunión de competidores directos, y les entrega oportunidades regulares para intercambiar sus impresiones sobre el mercado, lo cual los puede fácilmente llevar a una coordinación ilegal<sup>22</sup>. (Subrayado fuera de texto)*

Adicionalmente, y contrario a lo señalado por los apoderados, el correo demuestra que ACEMI también se cuidaba para presentar públicamente el consenso al que se había llegado en el seno de la agremiación, circunstancia que, en lugar de desvirtuar el acuerdo, lo ratifica.

Tampoco se comparte la afirmación relacionada con el valor estratégico de la información a la que se hace referencia en el correo. Lo anterior, debido a que para el momento en que se estaba solicitando, se trataba de información del año inmediatamente anterior (2006) y cuyo contenido correspondía a la estructura de costos de las diferentes EPS para la prestación unos servicios específicos. No puede olvidarse que el correo en mención fue remitido en el mes de marzo de 2007, por lo que en ese momento se trataba de datos no sólo vigentes sino relevantes para la actividad de las empresas.

De aceptarse la tesis propuesta, no se entendería la razón por la que la solicitud realizada por ACEMI se diera de forma “urgente” e incluso con una fecha límite de entrega. Además, no es aceptable afirmar que el intercambio de información histórica no es anticompetitivo como lo pretende en apoderado de SALUD TOTAL, ya que es a partir de este tipo de datos en donde precisamente una empresa puede conocer el comportamiento empresarial de sus competidores, más aún cuando se trata de estructuras de costos de los servicios que presta o productos que ofrece.

Por último, no se le puede restar importancia a la existencia del “Correo enviado el 21 de julio de 2007 por Jonny Carmona JCarmona@acemi.org.co a Carlos Montoya cmontoya@colsanitas.com. En presentación gastosanitas UPC2006\_18062008 .ppt<sup>23</sup>”

<sup>22</sup>OECD (2008), *Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations (DAF/COMP(2007)45)*, November. Ver <http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf>.

<sup>23</sup>Presentación de Power Point denominada GastoSanitas UPC2006\_18062008.ppt, anexa al correo electrónico identificado como sigue:

De: Jonny Carmona [JCarmona@acemi.org.co](mailto:JCarmona@acemi.org.co) (servidor de correo: acemi.org.co, dirección IP: 64.22.123.20)

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

en el que se realiza una comparación entre el valor de los procedimientos de SANITAS y el de las demás EPS, ubicando a la primera en un percentil de la distribución de cada una de las variables.

A pesar de que en opinión del Apoderado de SALUD TOTAL se trata de un correo “inofensivo” entre ACEMI y SANITAS, basado en el hecho de que no hay información desagregada sobre las demás EPS, dicho correo es muestra del exceso que en sus funciones ejercía la Asociación. A partir de la información remitida era fácilmente deducible el comportamiento de los demás agentes en el mercado. De manera aislada a que se trate de un documento dirigido exclusivamente a SANITAS, el mismo es interpretado por esta Superintendencia como muestra del tipo de información que efectivamente circulaba ACEMI, asociación cuya neutralidad se ve afectada cuando incluye una columna denominada “ACEMI” que se convierte en un valor de referencia.

- (ii) **Correo electrónico enviado por Sandra Marcela Camacho a la lista de EPS ACEMI con asunto “Compromiso costeo insumos y depósitos médicos procedimientos POS” de fecha 30 de mayo de 2007 y archivo adjunto de dicho correo electrónico denominado “Consolidado lista de insumos 04042006”**

Al igual que en el caso del correo anterior, los apoderados de SANITAS y SUSALUD consideran que un gremio tiene el derecho de presentar propuestas regulatorias al Estado y para tal efecto deben tener una posición unificada. Además, alegan una contradicción en la Resolución sancionatoria basada en la siguiente afirmación:

*“Si fuese cierto que las EPS habían acordado no considerar parte del POS unos procedimientos desde el mes de mayo de 2007, no se entiende cómo en septiembre de 2007, varias EPS continuaban considerando parte del POS, procedimientos que según el imaginario acuerdo no lo eran”.*

Según los apoderados, esta Entidad no constató que el consenso al que se refiere el correo se hubiera seguido o cumplido por parte de las EPS, lo cual demuestra que el ejercicio realizado se limitaba únicamente a la recolección de información en función de la propuesta para el Gobierno.

Asimismo, el Apoderado de SALUD TOTAL reitera que el correo referido no prueba la circulación de información desagregada y sensible entre ACEMI y sus agremiadas. En su escrito manifiesta que en el contenido del texto no aparece expresión sobre la posibilidad de acordar la prestación o negación de servicios, ni que la información relacionada estuviera direccionada al perfeccionamiento de un acuerdo. Por último, hace referencia a que la empresa a la que representa no aparece en ninguno de los apartes del documento, el cual se transcribe nuevamente a continuación:

*“De: Sandra Marcela Camacho Rojas  
Enviado el: Miércoles, 30 de Mayo de 2007 04:20*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Para: Adriana Bonilla; Alberto Castro Cantillo ([acastro@saludcoop.coop](mailto:acastro@saludcoop.coop)); (...)  
C.C: Lucía Torres Cortes; Nelcy Paredes Jonny Carmona

Asunto: *Compromiso costeo insumos y dispositivos médicos procedimientos POS*

Datos adjuntos: *Consolidado lista insumos 04042006.xls; Glosarios y Artículo 12 V15032006.doc; Inventario Insumos xls*

*“Apreciados señores,*

*Por medio de la presente, les estoy enviando la lista de los procedimientos POS que más frecuentemente requieren insumos, dispositivos médicos o prótesis que las EPS consideran que no están en el POS (existen otras que el consenso de EPS considera que está en el POS).*

*Adjunto igualmente la propuesta de definiciones para aclarar el artículo 12, fruto del trabajo de las EPS y al cual se llegó por consenso.*

*Los objetivos son:*

- 1. Costear para cada procedimiento cuánto pueden costar los elementos no POS (para proponer topes de cobertura)*
- 2. Determinar la frecuencia con la cual se realizan los procedimientos POS de la lista*
- 3. Determinar la frecuencia con la cual la EPS está suministrando un dispositivo no POS para cada uno de esos procedimientos*
- 4. Calcular el impacto en la UPC, que tiene la inclusión de los elementos y diferentes escenarios de topes económicos para la cobertura económica y ajuste de UPC*

*Les pedimos que Ustedes revisen la frecuencia de los procedimientos, y diligencien el formato para el año 2006 del valor promedio/de mercado de los elementos en las casillas correspondientes. Adicionalmente se pretende hacer en el formato "inventario" uno de estos elementos. (Se debe copiar un renglón por cada uno de los diferentes tipos de elementos de cada procedimiento como se muestra en el ejemplo)*

*Para aquellos que no puedan enviar la información es este formato les pedimos que nos expliquen qué información disponible (recobros-tutelas u otros) tienen en medio magnético, para apoyar el proyecto de costeo de estos insumos y por lo tanto del impacto que tiene el concepto de integralidad en el costo del plan de beneficios y calcular el ajuste de UPC necesario para asumir este costo.*

*Les agradecemos su colaboración y enviar esta información a más tardar el 8 de junio.*

*Atentamente*

*Sandra M. Camacho  
Directora Médica<sup>24</sup>*

<sup>24</sup> De: Sandra Marcela Camacho Rojas [SCamacho@acemi.org.co](mailto:SCamacho@acemi.org.co) (Servidor de correo: acemi.org.co, Dirección IP: 64.22.123.20)

Para: Adriana Bonilla [adrianab@saludtotal.com.co](mailto:adrianab@saludtotal.com.co) (Servidor de correo: smtp.saludtotal.com.co Dirección IP: 64.76.190.157), [acastro@saludcoop.coop](mailto:acastro@saludcoop.coop) (Servidor de correo: mx3.saludcoop.coop Dirección IP:

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Para los apoderados se presentan incongruencias en la posición planteada por la Superintendencia, cuando por una parte se refiere a la existencia de un acuerdo para definir los contenidos del POS y por la otra, se reconoce la existencia de procedimientos que a pesar de no estar en el POS, fueron prestados por ciertas EPS.

Al respecto, este Despacho considera que la comparación entre las afirmaciones incluidas en la Resolución atacada, no guarda relación con el argumento propuesto por el Apoderado ya que éste descontextualiza lo manifestado. En primer lugar, si bien el acuerdo que se sanciona incluyó el no reconocimiento de ciertos procedimientos, el mismo se basa en la realización de reuniones e intercambio de información para definir los contenidos, lo cual no necesariamente implica que se trate únicamente de exclusiones. Al respecto es claro el acto sancionatorio cuando señala:

*“Por una parte, no puede entenderse que el acuerdo investigado tuviera únicamente como objeto el de no reconocer servicios POS y coordinar políticas para recobrarlos. El consenso tiene como eje el intercambio de información y la unificación de criterios, de manera independiente al direccionamiento de los mismos. Es decir, si bien el acta en cuestión se refiere a posibles inclusiones dentro del POS de servicios hasta el momento no reconocidos por algunas EPS, esto no desdibuja el hecho de que estas entidades estuvieran realizando un acuerdo anticompetitivo, mas aun considerando la existencia de pruebas traídas al expediente en las que se observa la intención de excluir dichos servicios.”*(Subrayado fuera de texto)

190.25.209.13), ARTURRO SANCHEZ [asanchez@famisanar.com.co](mailto:asanchez@famisanar.com.co) (Servidor de correo: mail.global.frontbridge.com Dirección IP:216.32.180.22), Carlos A. Montoya [cmontoya@colsanitas.com](mailto:cmontoya@colsanitas.com) (Servidor de correo: mailbog.colsanitas.com Dirección IP:200.47.156.194), Carlos Mario Arango [carlos.arango@comfenalcoantioquia.com](mailto:carlos.arango@comfenalcoantioquia.com) (Servidor de correo: mail.global.frontbridge.com Dirección IP:216.32.180.22), Carmen Victoria Gomez [cvgamez@saludcoop.coop](mailto:cvgamez@saludcoop.coop), [davidv@colmedica.com](mailto:davidv@colmedica.com) (Servidor de correo:mail.messaging.microsoft.com Dirección IP:65.55.88.22), Diana Cristina Vallejo Ochoa, [dianac.vallejo@coomeva.com.co](mailto:dianac.vallejo@coomeva.com.co) (Servidor de correo: gw.comeva.com.co Dirección IP:200.1.126.9), Edgar A. Dorado [P.edorado@famisanar.com.co](mailto:P.edorado@famisanar.com.co), Eduardo Plata [eduardop@colmedica.com](mailto:eduardop@colmedica.com), [eleonora\\_ayala@coomeva.com.co](mailto:eleonora_ayala@coomeva.com.co); Fernando Ortiz [fernando.ortiz@ui.colpatria.com](mailto:fernando.ortiz@ui.colpatria.com) (Servidor de correo:safe1a.telmexla.net.co Dirección IP:200.26.137.31), Francisco Marin Perez [franmape@susalud.com.co](mailto:franmape@susalud.com.co) (Servidor de correo:sscorreo.susalud.com.co Dirección IP: 200.1.173.3) , Freddy Rodriguez [fredrodriguez@famisanar.com.co](mailto:fredrodriguez@famisanar.com.co) , Gabriel Mesa Nicholls [gabrmeni@susalud.com.co](mailto:gabrmeni@susalud.com.co) , Heiddy Avila [havila@sos.com.co](mailto:havila@sos.com.co) (Servidor de correo: Dirección IP:), Juan Carlos Echandía Bautista [jechandi@colsanitas.com](mailto:jechandi@colsanitas.com) , Juan Carlos Rodríguez [jcrodriguez@compensar.com](mailto:jcrodriguez@compensar.com) (Servidor de correo: legolas.diveo.net.co Dirección IP: 200.31.68.98), Juan Pablo Rueda [JuanPR@saludtotal.com.co](mailto:JuanPR@saludtotal.com.co), Katty Sanchez Garcia [kathy\\_sanchez@coomeva.com.co](mailto:kathy_sanchez@coomeva.com.co), Liserole Ruiz [lruiz@sos.com.co](mailto:lruiz@sos.com.co), [leibarrar@compensar.com](mailto:leibarrar@compensar.com), [leibarrar@compensar.com](mailto:leibarrar@compensar.com), Luis Felipe Castro [lcastro@famisanar.com.co](mailto:lcastro@famisanar.com.co), [losorio1@comfenalcoantioquia.com](mailto:losorio1@comfenalcoantioquia.com); Maria Ines Florez [InesF@colmedica.com](mailto:InesF@colmedica.com), [marities@susalud.com.co](mailto:marities@susalud.com.co), [mltorres@saludcoop.coop](mailto:mltorres@saludcoop.coop); Mauricio Serra [mserra@comfenalcovalle.com.co](mailto:mserra@comfenalcovalle.com.co) (Servidor de correo:in.sjc.mx.trendmicro.com Dirección IP:216.99.131.15) , Mauricio Velez Cadavid [maurveca@susalud.com.co](mailto:maurveca@susalud.com.co) , [Miguel\\_torres@coomeva.com.co](mailto:Miguel_torres@coomeva.com.co), Miriam Molina [miriamm@colmedica.com](mailto:miriamm@colmedica.com) , [mymoreno@comfenalcovalle.com.co](mailto:mymoreno@comfenalcovalle.com.co) , Nohra Mendez Rivera [nmendez@humanavivir.com.co](mailto:nmendez@humanavivir.com.co), OLGA LUCÍA GOMEZ [olgomez@compensar.com](mailto:olgomez@compensar.com) , Paola Arias [paolarsa@susalud.com.co](mailto:paolarsa@susalud.com.co) ; Rafael Pájaro [rpajaro@humanavivir.com.co](mailto:rpajaro@humanavivir.com.co), Remberto Braidy [rbraidyr@saludcoop.coop](mailto:rbraidyr@saludcoop.coop), Sara Elizabeth Mariño Ibañez [saram@colmedica.com](mailto:saram@colmedica.com), Sonia Paredes [sparedes@cruzblanca.com.co](mailto:sparedes@cruzblanca.com.co) (Servidor de correo: mx3.cruzblanca.com.co, Dirección IP: 190.25.209.13)

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

No obstante lo anterior, los apoderados desconocen que la conducta sancionada no requiere la demostración de sus efectos. Por lo tanto, el análisis sobre el cumplimiento exhaustivo e individual del acuerdo anticompetitivo de la forma como es pretendida, no es indispensable. Contrario a lo afirmado por los abogados, el no haber incluido un análisis de efectos de la conducta, no la hace fruto de la imaginación de los investigadores, más aún cuando existen suficientes elementos probatorios que demuestran que las investigadas, competidoras entre sí, tuvieron como objeto el unificar criterios para la prestación de servicios y, en últimas, para su comportamiento en el mercado.

Por otra parte, resulta, por decir lo menos, ingenua la posición del Apoderado de SALUD TOTAL al pretender que en todas y cada una de las pruebas recaudadas se encuentre una manifestación por parte de las empresas sancionadas sobre su intención de realizar un acuerdo anticompetitivo. Como ya se expuso, en el presente caso las pruebas recaudadas analizadas de manera integral, demuestran la existencia de una infracción al régimen de competencia. Lo anterior no quiere decir, como ya se explicó, que cada una de ellas no tenga un valor probatorio individual, sino que reconociendo tal valor es su articulación la que ratifica la configuración del acuerdo en las tres dimensiones que componen la infracción.

Asimismo, contrario a la posición planteada en los recursos, esta Superintendencia no espera que una propuesta regulatoria no contenga análisis técnicos y financieros; sin embargo, como autoridad de competencia tiene la obligación de sancionar a competidores que establezcan referencias comunes para el ejercicio de sus actividades o que a través de una asociación compartan información sensible con el propósito de coartar la libre competencia, con lo que se excede el objeto mismo de la supuesta propuesta a presentarle al Gobierno. En efecto, como se manifestó en la Resolución objeto de recurso, no es aceptable que para abogar por una modificación regulatoria, los agentes participantes de un sector específico se pongan de acuerdo o lleguen a consensos sobre lo que deben o no ofrecer en el mercado de manera unificada.

A pesar de la supuesta claridad que pretenden imprimir los apoderados frente a la intención de las empresas y asociación sancionadas, el correo en cuestión muestra que adicionalmente a la recolección de información sobre costos y coberturas, también hubo la intención de consensuar sobre la prestación de servicios, lo cual se corrobora con la inclusión en la tabla anexa de una columna denominada “consenso” en donde se plasma la propuesta mencionada sobre el reconocimiento sí (S) o no (N) de los insumos discutidos.

Contrario a lo señalado por el Apoderado de SALUD TOTAL, no puede esperarse que tomando como justificación una propuesta regulatoria, se permita a los competidores de un mismo mercado acordar o siquiera discutir acerca de la forma, costos y alcance de los servicios que prestan y la forma de su actuar en el mercado.

- (iii) **Fragmento del archivo electrónico denominado “Costeo No POS” adjunto al correo electrónico enviado por Sandra Marcela Camacho**

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Rojas con el asunto "Costeo de elementos no POS para procedimientos POS"**

Aseguran los apoderados de SANITAS y SUSALUD que para solicitar un cambio normativo al Gobierno, es indispensable establecer el costo de la inclusión de un servicio en el POS y que resulta "ridículo" pensar que sin dicho análisis se pudiera hacer la tal gestión. Además, consideran que esta Entidad se está "escudando" en la estructuración de la conducta por objeto para no estudiar qué era lo que se estaba acordando. El texto del correo electrónico, es el siguiente:

*"De: Sandra Marcela Camacho Rojas  
Enviado el: Jueves, 28 de Junio de 2007 09:40 pm  
Para: Adriana Bonilla; Alberto Castro Cantillo ([acastro@saludcoop.coop](mailto:acastro@saludcoop.coop));  
C.C. Nelcy Paredes; Lucía Torres*

*Asunto: Costeo de elementos no POS para procedimientos POS  
Importancia: Alta  
(...)*

*Datos adjuntos: Costeo no POS.xls*

*Apreciados señores,*

*Les estoy enviando en el archivo adjunto el Costo realizado con los datos por Ustedes de cuánto pueden costar la inclusión de los elementos de la referencia.*

*Les agradezco sus comentarios hasta mañana al medio día.*

*Sandra M. Camacho*<sup>25</sup>

<sup>25</sup> De: Sandra Marcela Camacho Rojas [SCamacho@acemi.org.co](mailto:SCamacho@acemi.org.co) (Servidor de correo: acemi.org.co Dirección IP: 201.232.118.225)  
Para: Adriana Bonilla [adrianab@saludtotal.com.co](mailto:adrianab@saludtotal.com.co) (Servidor de correo: smtp.saludtotal.com.co Dirección IP: 64.76.190.157), [acastro@saludcoop.coop](mailto:acastro@saludcoop.coop), (Servidor de correo: mx3.saludcoop.coop Dirección IP: 190.25.209.13) ARTURRO SANCHEZ [asanchez@famisanar.com.co](mailto:asanchez@famisanar.com.co) (Servidor de correo: mail.global.frontbridge.com Dirección IP: 216.32.180.22), Carlos A. Montoya [cmontoya@colsanitas.com](mailto:cmontoya@colsanitas.com) (Servidor de correo: mailbog.colsanitas.com Dirección IP: 200.47.156.194), Carlos Mario Arango [carlos.arango@comfenalcoantioquia.com](mailto:carlos.arango@comfenalcoantioquia.com) (Servidor de correo: mail.global.frontbridge.com Dirección IP: 65.55.88.22), Carmen Victoria Gomez [cvgomez@saludcoop.coop](mailto:cvgomez@saludcoop.coop), [davidv@colmedica.com](mailto:davidv@colmedica.com) (Servidor de correo: salbogccprs01.colmedica Dirección IP: 200.31.13.218), Diana Cristina Vallejo Ochoa [dianac\\_vallejo@coomeva.com.co](mailto:dianac_vallejo@coomeva.com.co), Edgar A. Dorado P. [edorado@famisanar.com.co](mailto:edorado@famisanar.com.co), Eduardo Plata [eduardop@colmedica.com](mailto:eduardop@colmedica.com), [eleonora\\_ayala@coomeva.com.co](mailto:eleonora_ayala@coomeva.com.co), Fernando Ortiz [fernando.ortiz@ui.colpatria.com](mailto:fernando.ortiz@ui.colpatria.com), Francisco Marin Perez [franmape@susalud.com.co](mailto:franmape@susalud.com.co), Freddy Rodriguez [frodriguez@famisanar.com.co](mailto:frodriguez@famisanar.com.co), Gabriel Mesa Nicholls [gabrmeni@susalud.com.co](mailto:gabrmeni@susalud.com.co) (Servidor de correo: sscorreo.susalud.com.co Dirección IP: 200.1.173.3), Juan Carlos Echandía Bautista (Subgerente Médico Nacional) [jechandi@colsanitas.com](mailto:jechandi@colsanitas.com), Juan Carlos Rodríguez [jcrodriguez@compensar.com](mailto:jcrodriguez@compensar.com) (Servidor de correo: legolas.diveo.net.co Dirección IP: 200.31.68.98), Juan Pablo Rueda [JuanPR@saludtotal.com.co](mailto:JuanPR@saludtotal.com.co), Katty Sanchez Garcia [kathy\\_sanchez@coomeva.com.co](mailto:kathy_sanchez@coomeva.com.co), Liserole Ruiz (Gerente de Salud SOS) [lruiz@sos.com.co](mailto:lruiz@sos.com.co) (Servidor de correo: server.sos.com.co Dirección IP: 200.93.149.165), [leibarrar@compensar.com](mailto:leibarrar@compensar.com), Luis Felipe Castro [lcastro@famisanar.com.co](mailto:lcastro@famisanar.com.co), [losorio1@comfenalcoantioquia.com](mailto:losorio1@comfenalcoantioquia.com), Maria Ines Florez

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

A pesar de lo ilógico que le parece a los apoderados de las empresas sancionadas, a través de una actividad gremial, no es aceptable realizar conductas anticompetitivas. Como ya se argumentó en el Acto recurrido, de aceptarse la posición planteada por los abogados en el caso, las asociaciones y entidades gremiales estarían exentas de la aplicación de las normas de competencia ya que sería “ridículo” cuestionar intercambios de información, unificación de criterios o de precios entre competidores agremiados.

Tampoco puede erradamente interpretarse que el reconocimiento de vacíos regulatorios sobre las coberturas del POS que realizó esta Superintendencia, implica una permisibilidad frente a comportamientos anticompetitivos de los agentes en el sector. Es decir, dichos vacíos lo que para esta Entidad propiciaron fue una competencia con respecto a las coberturas, la cual se buscó extinguir a través de los acuerdos y consensos entre las EPS. Contrario a lo expresado en los recursos de SANITAS y SUSALUD quienes se escudan en una actividad gremial para evadir sus responsabilidades como infractoras al régimen de competencia son precisamente las empresas y asociación sancionadas.

A pesar de que la argumentación sobre las conductas por objeto y su aplicación en el presente caso ya se realizó, se reitera que bajo las normas Colombianas, las cuales debe aplicar esta Entidad, es posible estructurar una infracción basada en el objeto anticompetitivo que tienen las conductas de los investigados. A pesar de que se respeta la posición planteada en los escritos presentados, se trata de una interpretación que no comparte este Despacho, más aún cuando, con el solo hecho de estructurarse por objeto un acuerdo restrictivo en el sector de la salud, realizado además entre sus principales actores, debe entenderse que el mismo tiene la potencialidad de causar daño en el mercado.

**(iv) Acta 006 del Comité Médico 27/08/2007**

Siguiendo su línea argumentativa, los apoderados de SANITAS y SUSALUD manifiestan que el acta en cuestión es el desarrollo del Acta No. 1 del Comité el cual se refiere al “Análisis de la reforma y ajuste de la UPC”, por lo que el proyecto debía redactarse de forma unificada y requería información histórica. Para el Apoderado de SALUD TOTAL el acta citada por este Despacho en la Resolución sancionatoria únicamente prueba una solicitud de información por parte de la Asociación y no la circulación de la misma.

---

[InesF@colmedica.com](mailto:InesF@colmedica.com) , [marities@susalud.com.co](mailto:marities@susalud.com.co); [mltorres@saludcoop.coop](mailto:mltorres@saludcoop.coop), Mauricio Serra [mSerra@comfenalcovalle.com.co](mailto:mSerra@comfenalcovalle.com.co) , Mauricio Velez Cadavid [maurveca@susalud.com.co](mailto:maurveca@susalud.com.co), [Miguel\\_torres@coomeva.com.co](mailto:Miguel_torres@coomeva.com.co), Miriam Molina [miriamm@colmedica.com](mailto:miriamm@colmedica.com) , [mymoreno@comfenalcovalle.com.co](mailto:mymoreno@comfenalcovalle.com.co) (Servidor de correo:in.sjc.mx.trendmicro.com Dirección IP:216.99.131.16), Nohra Mendez Rivera [nmendez@humanavivir.com.co](mailto:nmendez@humanavivir.com.co) (Servidor de correo: correo.humanavivir.com.co Dirección IP:190.145.119.10), OLGA LUCÍA GOMEZ [olgomez@compensar.com](mailto:olgomez@compensar.com), Paola Arias [paolarsa@susalud.com.co](mailto:paolarsa@susalud.com.co), Rafael Pájaro [rpajaro@humanavivir.com.co](mailto:rpajaro@humanavivir.com.co), Remberto Braidyr [rbraidyr@saludcoop.coop](mailto:rbraidyr@saludcoop.coop), Sara Elizabeth Mariño Ibañez [saram@colmedica.com](mailto:saram@colmedica.com), Sonia Paredes [sparedes@cruzblanca.com.co](mailto:sparedes@cruzblanca.com.co) (Servidor de correo: mx3.cruzblanca.com.co Dirección IP: 190.25.209.13)

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

El aparte en cuestión es el siguiente:

*“ACEMI le informa al comité médico que tiene un listado de 112 procedimientos y que de acuerdo con las definiciones consenso del grupo POS, aprobadas por el comité médico del año 2006, se encontraron 48 de ellas que se encuentran no cubiertas.*

*“De igual forma, ACEMI solicita que se haga una reunión en la cual se presenten las definiciones del artículo 12 concertadas y aprobadas de forma unánime durante la reunión del comité médico, con el fin de que cada una de las EPS examine a su interior el impacto económico en términos de recobros y el impacto de la UPC a futuro con la implementación de este acuerdo (...).”*

Insisten los apoderados de las sancionadas en desarticular las pruebas que sustentan la infracción, con el fin de cuestionarlas de manera individual, cuando éstas deben ser interpretadas de manera conjunta. A pesar de que para los abogados es normal que empresas competidoras discutan, así sea en el marco de una propuesta regulatoria para salvar el sistema de salud, acerca de definiciones concertadas y aprobadas de forma unánime y del impacto económico a futuro sobre la implementación del acuerdo, para esta Superintendencia se trata de una conducta a todas luces anticompetitiva.

En primer lugar, se corrobora con el elemento probatorio la existencia de reuniones para discutir contenidos del POS. En segunda medida, se reconoce expresamente que las decisiones tomadas en dichos comités relacionadas con los mencionados contenidos sí tenían un impacto en la UPC y que los recobros sí eran un factor relevante a considerar y no solo un elemento estático que depende únicamente de lo que quiera reconocer el Estado.

**(v) Acta No. 006 del Comité Médico del 1 de agosto de 2007, remitida mediante correo enviado el 3 de agosto de 2007**

Para los apoderados de SANITAS y SUSALUD esta Entidad descontextualizó el contenido del documento y lo citó parcialmente. Según los argumentos propuestos se requería una posición unificada para defender a las EPS ante un desprestigio generado por la inexistencia de claridad frente al contenido del POS y que el acta se refería a la propuesta regulatoria frente al Gobierno. El contenido completo del acta se transcribe a continuación:

*“ACEMI hace una introducción en el tema y su relevancia en el contexto actual:*

*Los conceptos del Ministerio de la Protección Social extienden cada vez más el POS*

*Tenemos una propuesta de conciliación de 500 mil MM de recobros para cuya interpretación la definición del POS es irrelevante*

*Cada vez se deteriora más la imagen de la EPS por supuesta no cobertura de servicios POS, ver informe de tutelas de la defensoría*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Esto hace fundamental que la posición oficial del gremio sea unificada y entendida por cada una de las EPS, para que la sostengan en el ámbito de las reuniones con externos y para que al interior de sus EPS analicen las implicaciones económicas y legales de dicha posición en el tema de los recobros y en la política de autorizaciones”

*Se relata que el trabajo del año 2006 se basó fuertemente en dar un contexto a la discusión que permitiera abordar la interpretación de manera técnica y neutral, este contexto se basa en hacer unas definiciones y proponer un flujograma de interpretación. El trabajo se concentró en tratar de contextualizar el artículo 12 y la lista del consenso de interpretaciones y la SNS (2000).*

*Basado en ese trabajo anterior el área jurídica ha desarrollado unos conceptos para presentar los argumentos de manera sencilla al Ministerio y a los demás interlocutores del Gobierno. Anexo 1.”*

Contrario a la interpretación expuesta, se trata de un elemento probatorio que muestra el desagrado de las EPS ante las posiciones del Ministerio de Protección Social frente al contenido del POS. Específicamente se afirma que los conceptos de dicha Entidad “*extienden cada vez más el POS*” y que existe un desprestigio hacia las EPS por el no reconocimiento de procedimientos POS.

A pesar de la posición altruista que pretenden mostrar las empresas sancionadas, es claro que la definición sobre las coberturas reconocidas como dentro del POS tenían un directo efecto económico en las actividades de cada una de ellas. Es por esta razón que se pretendió manejar una posición unificada frente a “externos” y llegar a un acuerdo sobre lo que debería ser reconocido. Manejar estrategias conjuntas para atacar el supuesto “desprestigio” suscitado, es en sí mismo una conducta que muestra el grado de compenetración que sobre sus decisiones de empresa tenían las EPS hoy sancionadas.

Según la posición expuesta, un acuerdo de precios en un mercado con problemas regulatorios debe estar exento de cualquier sanción debido a que los participantes del mismo pueden justificar su realización en la elaboración de propuestas ante el Gobierno. En el presente caso, definir de manera conjunta los contenidos del POS, entendidos éstos como eje de las actividades de las EPS-C, con el fin de que dicha definición se convierta en una propuesta regulatoria del gremio, excede los límites de lo permitido. Por una parte, se establecen de manera indirecta elementos comunes de referencia sobre las coberturas y por la otra, la propuesta misma tiene como objetivo disminuir o reducir las interpretaciones que sobre el POS venían realizando los entes reguladores.

- (vi) **Flujograma para la interpretación de la cobertura de elementos POS en el correo electrónico con asunto "Acta y documentos posición Acemi interpretación POS del 3 de agosto de 2007"**

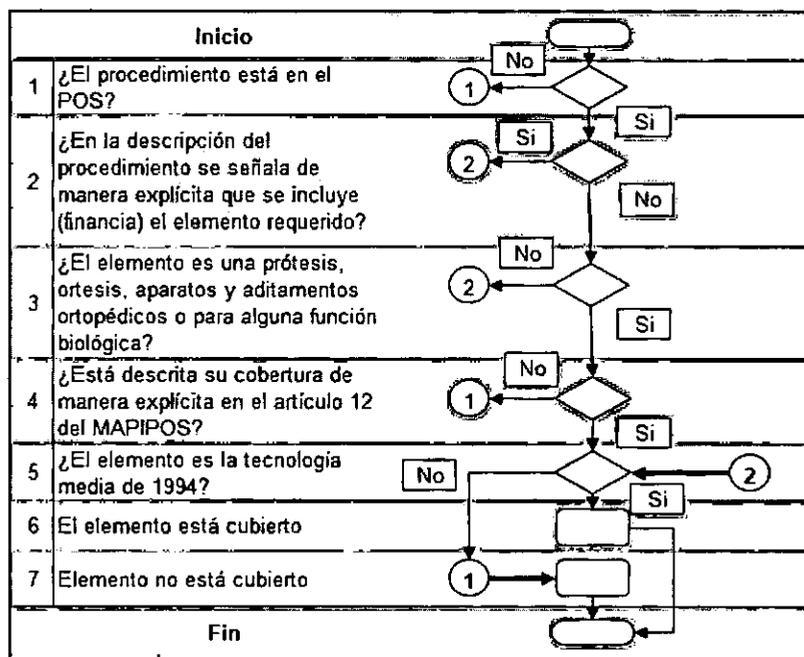
**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Para el Apoderado de SALUD TOTAL con este documento no se logra probar que el flujograma haya sido elaborado o aplicado de común acuerdo por las EPS. Específicamente afirma que *“No hay prueba alguna que el intercambio de información se haya dado, ni mucho menos de la información que se intercambié ni tampoco de cómo ésta pudo afectar y potenciar los efectos del flujograma.”* Por su parte los apoderados de SANITAS y SUSALUD consideran que el citado flujograma hacía parte del esquema regulatorio propuesto y solamente si las entidades estatales hubieran aceptado la interpretación de las EPS, habría sucedido algo en el mercado.

El flujograma en cuestión es el siguiente:



Debe apartarse nuevamente este Despacho de lo expuesto por los abogados, ya que el flujograma diseñado es claramente un mecanismo para la unificación de criterios por parte de las EPS. Así, si la aplicación del mismo estuviera direccionada a la reiterada intención de proponer cambios regulatorios, no se entiende por qué era necesario implementar un flujograma de interpretación dentro de los contenidos como parte de este proceso. Es decir, además de tener consensos sobre lo que se reconocía como POS, según la posición de la defensa, era necesario plantear instructivos de cómo llegar a conclusiones frente a dichas coberturas, argumento que no es de recibo para esta Entidad.

A pesar de que para los apoderados la conducta sólo se prueba con un documento escrito de reconocimiento del acuerdo, para esta Entidad pruebas como ésta corroboran que las EPS sancionadas, bajo la coordinación de ACEMI buscaban afectar de manera artificial las condiciones del mercado específico. Parece desconocerse por los recurrentes que en el documento en cuestión se propone un orden lógico a seguir al momento de determinar los procedimientos, compuesto por 7 pasos que contienen preguntas, lo que permite que el seguimiento de este proceso tenga como resultado lógico que exista una unificación de criterios respecto de los servicios POS y NO POS.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

(vii) **Resumen coberturas listas MPS 03082007**

Coinciden los apoderados de SANITAS y SUSALUD en afirmar lo siguiente frente a la prueba en cuestión:

*“(...) el análisis mencionado se hizo con el propósito de presentarle a las autoridades lo que consideraba el gremio respecto a la interpretación del Ministerio.*

*De hecho y como aparece en el documento analizado, en la mayoría de los procedimientos listados por el Ministerio ACEMI coincidía. Sin embargo existía discrepancia respecto de algunos, razón por la que resultaba necesario presentar la posición al respecto frente al Estado”.*

En el archivo Excel, denominado “Resumen coberturas listas MPS 03082007”, en las hojas de Excel marcadas con los nombres (i) “Definiciones” y (ii) “Convenciones”, se plasmaron los siguientes conceptos:

**“(i) Definiciones:**

**Prótesis:** Elemento de aplicación interna o externa, que reemplaza total o parcialmente una extremidad o un órgano

**Ortesis:** Elemento de uso externo no implantable, que adaptado individualmente al paciente que se destinan a modificar las condiciones estructurares o funcionales del sistema neuromuscular o del esquelético.

**Injertos:** Tejido que se utiliza para la implantación y necesita para su supervivencia del riego de la zona receptora. Cuando se toma de una parte del cuerpo y se injerta en otra se le denomina autólogo, cuando proviene de una persona diferente se denomina homólogo, si es de un animal se denomina heterólogo.

**Aparatos y aditamentos ortopédicos:** Se trata de aparatos no implantables no adaptables individualmente, cuya función es dar soporte para caminar. Incluye muletas y estructuras de soporte para caminar que no sean prótesis

**Material de osteosíntesis:** Elementos de soporte mecánico, implantables, utilizados con el propósito de mantener unidas dos estructuras óseas que presentan una fractura, o una inestabilidad para el caso de la columna vertebral, y cuyo propósito es asumir temporalmente las cargas mecánicas a través de la interfase biológica.

**Material médico quirúrgico:** Elementos reutilizables o desechables utilizados en el paciente para la práctica de actividades, procedimientos e intervenciones en salud

**Otros aparatos para la función biológica:** Elementos implantables en el cuerpo con carácter permanente, cuyo objetivo es mejorar una función biológica y que no cumplen

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*con las características especificadas en otras categorías de este manual como por ejemplo: stent, marcapasos, coils, audífonos entre otros*

**Tecnología Media:** Conjunto de equipos, medicamentos, dispositivos y procedimientos médicos quirúrgicos disponibles en el país al momento de la expedición de la presente norma, utilizados para la prevención, el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades o para la rehabilitación del paciente.

Para la definición de las coberturas en el plan obligatorio de salud y en cumplimiento del artículo 162 de la Ley 100 y en especial en su parágrafo 2, la tecnología media incluida en el POS se considerará aquella para la cual existe un estudio de factibilidad financiera con cargo a la UPC aprobada de manera explícita por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o quien asuma sus funciones.

**Racionalidad técnico – científica:** Secuencia lógica y ordenada en la aplicación del conocimiento y tecnología médicas para el estudio y manejo de problemas de salud, que busca obtener resultados positivos en el estado de salud optimizando la utilización de recursos.

(ii) Convenciones:

<b>PR:</b> Prótesis
<b>OR:</b> Ortesis
<b>IN:</b> Injertos (solo incluye los biológicos)
<b>AO:</b> Aparatos y aditamentos ortopédicos
<b>MO:</b> Material de osteosíntesis
<b>MQ:</b> Material Médico Quirúrgico
<b>FB:</b> Otros aparatos para la función biológicos

A pesar de que para los apoderados el cuadro corresponde a presupuestos necesarios para la presentación de la propuesta regulatoria, considera este Despacho que se trata de una prueba que debe ser analizada como parte del esquema estructurado por las sancionadas, en donde además de discutir y consensuar directamente acerca de los contenidos del POS y de plantear mecanismos de unificación indirecta de criterios como lo es el flujograma arriba citado, también se plantearon conceptos de referencia para que los consensos y la unificación de criterios fuera más eficiente.

Si bien se alega que todas estas acciones fueron ejecutadas para aportar a la mejora del sector a través de una propuesta regulatoria, se echa de menos que en lugar de plantear criterios médicos y/o técnicos para definir si un procedimiento o dispositivo debe ser reconocido como POS a la luz de los pronunciamientos judiciales y reconocimientos constitucionales, se hayan enfocado las EPS y asociación sancionadas

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

en acordar los contenidos de manera específica, basándose en sus propios intereses y preocupaciones por las posiciones que sobre las coberturas estaban planteando los entes reguladores.

Se pretende por parte de los recurrentes hacer pasar como una iniciativa altruista, a un acuerdo anticompetitivo en donde varios competidores se reunieron para discutir si era conveniente prestar los servicios que cada uno reconocía a los usuarios del sistema, para de manera conjunta llegar a una unificación de posiciones frente hasta dónde era conveniente prestarlos, basándose para tal efecto en el intercambio de la información sobre estructuras de costos, cantidad de servicios prestados y reconocimientos realizados.

**(viii) Acta No. 4 del Comité Médico de ACEMI del 31 de mayo de 2007**

Continuando con la defensa de su posición, los apoderados de SANITAS y SUSALUD manifiestan que la intención de recoger cifras del pasado era para controvertirle a las autoridades regulatorias la interpretación que le estaban dando al artículo 12 del MAPIPOS; para el segundo de ellos, de incluir la interpretación dada por dichas autoridades, en donde todo procedimiento incluye todos los insumos, se acabaría con el sistema.

El Apoderado de SANITAS para sustentar la necesidad de respaldar las posiciones de las EPS con cifras, cita un correo electrónico remitido por parte del Presidente de ACEMI a todos los afiliados, fechado el 18 de noviembre de 2008 en donde anexa la respuesta a un derecho de petición presentado por la asociación ante el Ministerio de Protección Social relacionado con la interpretación del artículo 12 del MAPIPOS.

En el acta a la que se hizo referencia en el acto aquí recurrido se señaló lo que a continuación se transcribe:

*“Se debate sobre el tema de costeo del Artículo 12 del Mapipos, ya que la SNS afirma que cualquier procedimiento POS debe cubrir todos los insumos a que haya lugar, sin tener en cuenta si estos son no POS.*

*“Por tal motivo es necesario*

- *Demostrar que la UPC es insuficiente para cubrir estos costos*
- *Calcular el costo de los elementos no POS relacionados a procedimientos POS*

*“El comité considera que este tema es crítico y piden a Acemi estandarizar un formato. (...)*

*“Se acuerda que ACEMI enviará el formato del año anterior, que las EPS lo revisarán e intentarán enviar información para:*

- *Costear para cada procedimiento cuánto pueden costar los elementos no POS (para proponer topes de cobertura)*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

- *Determinar la frecuencia con la cual se realizan los procedimiento POS de la lista*
- *Determinar la frecuencia con la cual la EPS está suministrando un dispositivo no POS para cada uno de esos procedimientos*
- *Calcular el impacto en la UPC, que tiene la inclusión de los elementos y diferentes escenarios de topes económicos para la cobertura económica y ajuste de UPC*

*“Las EPS que no tengan la información en dicho formato se comprometen a informar a ACEMI el tipo de información que tienen disponible.*

*“ACEMI enviará el formato y las instrucciones”*<sup>26</sup>. (Subrayado fuera de texto)

A pesar del intento por sustentar que la estandarización de formatos y el envío de la información referida eran cruciales para defender la idea de que la insuficiencia de la UPC para cubrir los costos que implicaba la interpretación de los entes reguladores, para este Despacho lo que claramente muestra el documento es que al ver amenazados sus intereses económicos, las EPS a través de ACEMI, buscaban unificar posiciones sobre ítems que deben ser evaluados de manera individual por agentes que compiten en un mercado. Así por ejemplo, las frecuencias con que se están suministrando dispositivos, estructuras de costos o impacto en la UPC conforman información que al ser recolectada en aras de la supuesta estructuración de una posición gremial, genera puntos de referencia que pueden tener como consecuencia una generalización en el comportamiento de los agentes competidores.

En la respuesta dada por el Ministerio, transcrita en el correo electrónico citado por el Apoderado de SANITAS, frente al estudio de costeo se plasma:

<sup>26</sup>Contenida en el correo electrónico enviado por Sandra Marcela Camacho Rojas, Directora Médica de ACEMI el 31 de mayo de 2007:

De: [SCamacho@acemi.org.co](mailto:SCamacho@acemi.org.co) (Servidor de correo: acemi.org.co Dirección IP: 201.232.118.225)

Para. Adriana Lucía Bonilla Garzon [AdrianaB@saludtotal.com.co](mailto:AdrianaB@saludtotal.com.co), [acastro@saludcoop.coop](mailto:acastro@saludcoop.coop),  
ARTURRO SANCHEZ [asanchez@famisanar.com.co](mailto:asanchez@famisanar.com.co) Carlos A. Montoya [cmontoya@colsanitas.com](mailto:cmontoya@colsanitas.com),  
Carlos Mario Arango [carlos.arango@comfenalcoantioquia.com](mailto:carlos.arango@comfenalcoantioquia.com), Carmen Victoria Gomez  
[cvgamez@saludcoop.coop](mailto:cvgamez@saludcoop.coop), [davidv@colmedica.com](mailto:davidv@colmedica.com), Diana Cristina Vallejo Ochoa  
[dianac\\_vallejo@coomeva.com.co](mailto:dianac_vallejo@coomeva.com.co), Edgar A. Dorado P. [edorado@famisanar.com.co](mailto:edorado@famisanar.com.co), Eduardo Plata  
[eduardop@colmedica.com](mailto:eduardop@colmedica.com), [eleonora\\_ayala@coomeva.com.co](mailto:eleonora_ayala@coomeva.com.co), Fernando Ortiz  
[fernando.ortiz@ui.colpatria.com](mailto:fernando.ortiz@ui.colpatria.com), Francisco Marin Perez [franmape@susalud.com.co](mailto:franmape@susalud.com.co), Freddy Rodriguez  
[frodriquez@famisanar.com.co](mailto:frodriquez@famisanar.com.co), Gabriel Mesa Nicholls [gabrmeni@susalud.com.co](mailto:gabrmeni@susalud.com.co), Heiddy Avila; Juan  
Carlos Echandia Bautista (Subgerente Médico Nacional) [jechandi@colsanitas.com](mailto:jechandi@colsanitas.com), Juan Carlos  
Rodríguez [jcrodriguez@compensar.com](mailto:jcrodriguez@compensar.com), Juan Pablo Rueda [JuanPR@saludtotal.com.co](mailto:JuanPR@saludtotal.com.co), Katty Sanchez  
Garcia [kathy\\_sanchez@coomeva.com.co](mailto:kathy_sanchez@coomeva.com.co), Liserole Ruiz (Gerente de Salud SOS) [lruiz@sos.com.co](mailto:lruiz@sos.com.co),  
[leibarrar@compensar.com](mailto:leibarrar@compensar.com), Luis Felipe Castro [lcastro@famisanar.com.co](mailto:lcastro@famisanar.com.co),  
[losorio1@comfenalcoantioquia.com](mailto:losorio1@comfenalcoantioquia.com), Maria Ines Florez [InesF@colmedica.com](mailto:InesF@colmedica.com),  
[marities@susalud.com.co](mailto:marities@susalud.com.co), [mltorres@saludcoop.coop](mailto:mltorres@saludcoop.coop), Mauricio Serra  
[mserra@comfenalcovalle.com.co](mailto:mserra@comfenalcovalle.com.co) [Maurveca@susalud.com.co](mailto:Maurveca@susalud.com.co), [Miguel\\_torres@coomeva.com.co](mailto:Miguel_torres@coomeva.com.co), Miriam  
Molina [miriamm@colmedica.com](mailto:miriamm@colmedica.com), [mymoreno@comfenalcovalle.com.co](mailto:mymoreno@comfenalcovalle.com.co),  
[Nmendez@Humanavivir.com.co](mailto:Nmendez@Humanavivir.com.co), OLGA LUCÍA GOMEZ [olgomez@compensar.com](mailto:olgomez@compensar.com), Paola Arias  
[paolarsa@susalud.com.co](mailto:paolarsa@susalud.com.co), Rafael Pájaro [rpajaro@humanavivir.com.co](mailto:rpajaro@humanavivir.com.co), Remberto Braidyr Requiniva  
[rbraidyr@saludcoop.coop](mailto:rbraidyr@saludcoop.coop), Sara Elizabeth Mariño Ibañez [saram@colmedica.com](mailto:saram@colmedica.com), Sonia Paredes  
[sparedes@cruzblanca.com.co](mailto:sparedes@cruzblanca.com.co)

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*“Respecto al estudio de costeo, se precisa que no existe una nota técnica inicial del Plan Obligatorio de Salud vigente. Solo existen los estudios posteriores relacionados con la suficiencia de la UPC respecto al plan Obligatorio de Salud, con la información reportada por las EPS. Estudios que hasta el momento no han evidenciado insuficiencia de la UPC derivada o relacionada con los servicios objeto de esta petición y en relación con la cual ninguno de los actores del Sistema ha demostrado que se hay producido un desequilibrio derivado de la determinación de la UPC con base en los mismos.” (Subrayado fuera de texto)*

No se extrae del contenido del párrafo transcrito ni de la totalidad de la respuesta citada que haya una necesidad, obligación o invitación a que la posición de las EPS sea unificada a través de su asociación, así como tampoco a que la información requerida por el Ministerio sea recolectada y manipulada por ésta. Por el contrario, se señala que ninguno de los agentes ha demostrado un desequilibrio, considerados como actores individuales y no como una unidad representada por ACEMI.

- (ix) **Fragmento del correo electrónico marcado con el asunto "AGENDA JORNADA DE TRABAJO COMISION PARA HOMOLOGACION MAPIPOS Y PRECISION DE LAS DEFINICIONES DEL MANUAL"<sup>27</sup> del 8 de Octubre de 2008**

Para el Apoderado de SALUD TOTAL esta prueba así como los correos electrónicos de Lucía Torres, Sandra Camacho y el acta 006 del Comité Médico del 1 de agosto de 2007 convergen en que la intención de ACEMI era la de presentar una propuesta de actualización y aclaración del POS, particularmente en lo relacionado con el artículo 12 del MAPIPOS. El consenso, según los argumentos del abogado, se refería a la propuesta regulatoria y no como lo afirma la Superintendencia a restringir la

<sup>27</sup> Enviado por Leidy Dayan Puentes Sanchez, Analista de Sistemas de Información de ACEMI del 8 de octubre de 2008:

From: Leidy Puentes [LPuentes@acemi.org.co](mailto:LPuentes@acemi.org.co) (Servidor de correo: acemi.org.co Dirección IP: 201.232.118.225)

To: Abelardo Guzman Hurtado [abelardo.guzman@comfenalcoantioquia.com](mailto:abelardo.guzman@comfenalcoantioquia.com), Carlos Montoya [cmontoya@colsanitas.com](mailto:cmontoya@colsanitas.com), David Velasquez [davidv@colmedica.com](mailto:davidv@colmedica.com), Francisco Marin [franmape@susalud.com.co](mailto:franmape@susalud.com.co), Freddy Rodriguez [frrodriguez@famisanar.com.co](mailto:frrodriguez@famisanar.com.co), Gabriel Mesa Nichols [gabrmeni@susalud.com.co](mailto:gabrmeni@susalud.com.co), Jaime Lee Isaza [jaimel@coomeva.com.co](mailto:jaimel@coomeva.com.co), Juan Carlos Echandia [jechandi@colsanitas.com](mailto:jechandi@colsanitas.com), Juan Carlos Rodriguez [jcrodriguez@compensar.com](mailto:jcrodriguez@compensar.com), Juan Jose Zamora [juanz@saludtotal.com.co](mailto:juanz@saludtotal.com.co), Juan Pablo Rueda [JuanPR@saludtotal.com.co](mailto:JuanPR@saludtotal.com.co), Licerole Ruiz [lruiz@sos.com.co](mailto:lruiz@sos.com.co), Luis Edgar Ibarra Rosero [leibarrar@compensar.com](mailto:leibarrar@compensar.com), Martha Liliana Torres [mltorres@saludcoop.coop](mailto:mltorres@saludcoop.coop), Mauricio Serra [mserra@comfenalcovalle.com.co](mailto:mserra@comfenalcovalle.com.co), Reemberto B. [rbraidyr@cafesalud.com.co](mailto:rbraidyr@cafesalud.com.co) (Servidor de correo: mx1.cafesalud.com.co Dirección IP: 190.25.209.11) , Reemberto Braid [rbraidyr@saludcoop.coop](mailto:rbraidyr@saludcoop.coop), Saidí Osorio [saidi.osorio@humanavivir.com.co](mailto:saidi.osorio@humanavivir.com.co), Virgilio Barco [virgilio\\_barco@coomeva.com.co](mailto:virgilio_barco@coomeva.com.co), Maria Teresa Rodriguez [mtrodriguez@cafesalud.com.co](mailto:mtrodriguez@cafesalud.com.co), Martha Linero [mlinero@ecoopsos.com.co](mailto:mlinero@ecoopsos.com.co) (Servidor de correo: correo.ecoopsos.com.co Dirección IP: 190.255.52.59), Patricia Charry [pcharry@humanavivir.com.co](mailto:pcharry@humanavivir.com.co), Rosa Eunice Niño [rosan@saludtotal.com.co](mailto:rosan@saludtotal.com.co), Sandra Milena Vargas [sandra.vargas@comfenalcoantioquia.com](mailto:sandra.vargas@comfenalcoantioquia.com), Sandra Patricia Garcia [sgarcia@ecoopsos.com.co](mailto:sgarcia@ecoopsos.com.co), Trinny Humaney [tshumaney@cafesalud.com.co](mailto:tshumaney@cafesalud.com.co), Ximena Guerrero [ximenag@saludtotal.com.co](mailto:ximenag@saludtotal.com.co).

CC: Sandra Marcela Camacho Rojas [SCamacho@acemi.org.co](mailto:SCamacho@acemi.org.co), Laura Charry [LCharry@acemi.org.co](mailto:LCharry@acemi.org.co), Jonny Carmona [JCarmona@acemi.org.co](mailto:JCarmona@acemi.org.co).

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

competencia. Además le parece “absurdo y contradictorio” que si el objeto del consenso era la negación de servicios, la propuesta regulatoria incluía coberturas.

Por su parte, los apoderados de SANITAS Y SUSALUD defienden su posición sobre la posibilidad de los gremios de llevarle al Estado propuestas de regulación, haciendo referencia al *antitrust* norteamericano y más específicamente a la doctrina *Noerr – Pennington*, la cual en su concepto excluye de las prácticas anticompetitivas la labor del cabildeo ante el Estado.

El fragmento del correo electrónico en cuestión, es el siguiente:

*“De Leidy Puentes:*

*Enviado el: miércoles 08 de octubre de 2008 11:28 a.m.*

*Para: Abelardo Guzmán Hurtado; Carlos Montoya, David Velasquez; (...) CC; Sandra Marcela Camacho Rojas; Laura Charry, Jonny Carmona*

*Asunto: AGENDA JORNADA DE TRABAJO COMISIÓN PARA LA HOMOLOGACIÓN MAPIPOS Y PRECISION DE LAS DEFINICIONES DEL MANUAL*

*Buenos días,*

*Les recuerdo que nuestra jornada de trabajo para el 17 de octubre, abarca los siguientes temas:*

*(...)*

*a. Adjudicar nivel a los registros faltantes*

*b. Asignar homologación MAPIPOS – CUPS a los registros faltantes.*

*c. Revisar la propuesta que se va a presentar ante el Ministerio, contextualizada a la actualidad.*

*d. Redactar un artículo en donde especifique que el POS es limitado. (...)*

*“De igual manera les envío nuevamente el listado de los registros que están por pendientes, a fin que como se acordó en el comité se traiga una propuesta para agilizar el tema.*

*“Por favor, confirmar asistencia con los nombres de los delegados por EPS que asistirán a dicha reunión.” (Subrayado fuera de texto)*

No es de recibo la argumentación presentada por los recurrentes, toda vez que, como se verá en el capítulo relacionado con el derecho de asociación, la doctrina *Noerr – Pennington* no es absoluta como fue reconocido desde el mismo caso *Eastern Railroad*.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*Presidents' Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*<sup>28</sup>, el cual dio origen a la doctrina, en donde expresamente la Corte Suprema reconoce que puede haber determinadas situaciones en que la actividad ejercida aparentemente va dirigida a influir en la acción gubernamental, pero en realidad es una burla para cubrir un intento por interferir directamente en las relaciones comerciales con un competidor<sup>29</sup>.

La anterior posición fue reiterada en el caso *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.* de 1998, citado por la misma Comisión en su documento “*Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine-An FTC Report 2006*”. En dicho antecedente, se estableció que una restricción que de otro modo viola la Ley Sherman, no puede escapar de la condena por el sólo hecho de tener un impacto político. La Corte analizó hasta qué punto la restricción emanaba de una acción pública o privada. En el primer caso, se reconoció que puede haber inmunidad para aquellos que propenden por la respuesta gubernamental; sin embargo, para el segundo, la Corte estableció que la asociación involucrada no podía fungir como un cuerpo cuasi-legislativo debido a que no tenía facultad para ello y quienes tomaban las decisiones, como en este caso, tenían incentivos económicos para restringir el comercio. De tal suerte y como expresamente lo señala la misma Comisión, los investigados no pudieron alegar la doctrina *Noerr* por el cabildeo de estándares establecidos al interior de la asociación<sup>30</sup>.

Al trasladar lo anterior al caso bajo estudio, es absolutamente claro que el intercambiar información entre competidores, con el fin de establecer interpretaciones unificadas sobre los servicios que van a prestar en un sector determinado, no se encuentra dentro de la doctrina alegada por los apoderados, más aún cuando la Asociación y EPS sancionadas se abrogan la facultad de definir internamente los contenidos que en su criterio y en protección de sus intereses económicos hacen parte del POS. En otras palabras, las sancionadas pretenden legitimar un acuerdo anticompetitivo con el hecho de que el mismo se realizó con el fin de presentar una propuesta gubernamental.

Además de todo lo anterior, el contenido de la prueba analizada muestra como se generaban por las sancionadas los espacios requeridos para discutir temas relacionados con la definición de los contenidos del POS. Así, junto con las demás elementos probatorios obrantes en el expediente se demuestra que sí hubo una conducta reprochable y que a pesar de que el “cabildeo” es permitido, el mismo no puede ser utilizado para ensamblar o buscar oficializar un acuerdo anticompetitivo.

A pesar de lo “absurdo” que para el Apoderado de SALUD TOTAL parezca, como ya se dijo anteriormente y como está plasmado tanto en el Acta 006 en donde se muestra la preocupación por el hecho de que el Ministerio extendía cada vez más el POS, como en el correo remitido por el señor Díaz-Granados en donde incluye la respuesta del Ministerio al derecho de petición presentado, las EPS sí tenían una intención de reducir los contenidos del plan. No obstante, contrario a la interpretación del abogado, el eje de la conducta no se basa únicamente en que no se hayan reconocido o no se haya intentado reconocer procedimientos y/o dispositivos, sino en la unificación de criterios

<sup>28</sup> 365 U.S. 127.

<sup>29</sup> Ver el documento “*Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine-An FTC Report 2006*”

<sup>30</sup> Ibidem.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

entre competidores sobre las coberturas y en el intercambio de información relacionada con sus actividades.

En todo caso y dado que como soporte probatorio, la Decisión también hace referencia a algunos indicios es importante señalar que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“La simulación de los negocios jurídicos en la mayoría de los casos, aflora mediante la prueba por indicios, caso en el que el sentenciador, conforme lo señala el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, debe hallar plenamente acreditado en el proceso aquel hecho del cual, por inferencia lógica, se deriva con mayor o menor fuerza causal otro hecho desconocido. En la prueba por indicios juega papel fundamental la fuerza individual de cada indicio y el elenco de todos ellos, a lo cual se suma que el juez habrá de utilizar la lógica, el sentido común y las reglas de la experiencia, así como dejar vestigio en los argumentos sobre el poder suasorio que le produce cada prueba y la suma coherente y razonada de todas ellas, de modo que pueda reconstruirse el itinerario lógico que llevó al juzgador a decidir como lo hizo, y así seguir su huella sin que haya molestia para la razón o asome por ahí una conclusión absolutamente reñida con la lógica”<sup>31</sup>.*  
(Subrayado fuera de texto)

En este sentido, debe reiterarse que en casos relacionados con infracciones a las normas de competencia, ha sido reconocido a nivel internacional el papel que juegan los indicios, precisamente debido a que en buena parte de los casos no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas. Es así como por ejemplo el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado:

*“...Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en sentencia de 6 de marzo de 2000, que “el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; ... hay que resaltar -continúa la sentencia indicada- que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”. Los criterios expresados son igualmente recogidos en la STS de 26 abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia”<sup>32</sup>.* (Subrayado fuera de texto)

<sup>31</sup>Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA. Bogotá D. C., 15 de diciembre de 2005. Exp. No. 680013103003-1996-19728-02.

<sup>32</sup> RESOLUCIÓN (Expediente. 612/06, Aceites 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. www.tdcompetencia.es

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

En igual sentido, en la ya citada decisión de la autoridad Argentina de la Competencia se expresó:

*“(...) es usual en la jurisprudencia antitrust reconocer que este tipo de conductas frecuentemente no puede probarse de forma directa, ya que resulta muy probable que los participantes en una concertación o acuerdo de reparto de cuotas, clientes y de precios no lo dejen plasmado en un documento. (...) En consecuencia, cuando no se tiene una prueba directa del acuerdo para probar su existencia debe recurrirse a una prueba indirecta, básicamente indicios y presunciones”<sup>33</sup>.*

Dado que la conducta sancionada está compuesta por pruebas directas y prueba indiciaria, en la Decisión final se hace un análisis detallado y concreto de cada una de ellas sin que sea posible concluir, como es pretendido por los apoderados, que la decisión tiene como único fundamento la creación arbitraria por parte de la Entidad de un indicio que es incluso inexistente.

**2.1.2. Respecto a la evidencia no tenida en cuenta por parte de la SIC**

Insisten varios de los recurrentes en que existen elementos probatorios que fueron desconocidos por parte de esta Entidad, omisión que en su concepto afecta de manera grave la decisión final tomada. Antes de evaluar las pruebas que según los recurrentes no fueron tenidas en cuenta, vale reiterar lo dicho en la Resolución recurrida respecto al ejercicio de la independencia que debe primar en la valoración de la prueba por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales. En este sentido, se encuentra que en la presente investigación se hizo la valoración de todo el acervo probatorio, haciendo referencia concretamente al grupo de pruebas que fundamentan la decisión, indicando el análisis racional y sustentado de dicha valoración<sup>34</sup>.

No obstante lo anterior, procederá esta Entidad a realizar un análisis sobre las pruebas que según los recurrentes no fueron tenidas en cuenta como contraindicios dentro de la investigación:

<sup>33</sup> Comisión Nacional de la Competencia Argentina. Dictamen 513 de 2005 pág. 40-41.

<sup>34</sup> Frente al principio de independencia en la valoración de la prueba, la Corte Constitucional ha señalado: “Por lo tanto, la existencia de un defecto fáctico en la valoración probatoria solo resulta viable si se demuestra que la decisión que prefiere un grupo de pruebas respecto de otro, se basa en un criterio irrazonable y arriba a conclusiones contraevidentes, esto es, que no pueden inferirse válidamente, desde la perspectiva de la corrección formal de la argumentación, de los hechos probados. Esto debido a que, como se indicó antes, la valoración probatoria es uno de los ámbitos en el que opera con mayor fuerza la autonomía judicial, por lo que la actividad del juez constitucional se restringe a identificar situaciones de error evidente en esa valoración. Se trata, entonces, de equivocaciones extremas, en los que dicha independencia resulta desnaturalizada debido a la ausencia de todo sustento de las conclusiones a las que arriba el funcionario judicial para adoptar la decisión correspondiente.”<sup>34</sup> (Subrayado fuera de texto).

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**(i) *Declaración de la doctora Mery Bolívar, Directora de Gestión de Demanda del Ministerio de la Protección Social***

Para el Apoderado de ACEMI y otras, la doctora Bolívar coincidió en su declaración con el representante legal de ACEMI en afirmar que cada entidad es independiente en cuanto a sus decisiones sobre recobros y que no se produjo ningún cambio en dicha situación con ocasión del supuesto acuerdo anticompetitivo. Lo anterior para el Abogado constituye un contraindico de la conducta ya que lo lógico en su concepto, era encontrar un comportamiento coordinado en el mercado. Para sustentar esto, también se cita el testimonio de Juan Pablo Rueda, Funcionario de SALUD TOTAL, quien señala que a pesar del consenso, las divergencias en interpretaciones persistían y el propósito era el de presentar una propuesta ante el Ministerio.

A pesar de que en el presente escrito ya se ha hecho amplia referencia al respecto, debe reiterarse que la demostración sobre si el consenso tuvo un efecto en la conducta individual de cada EPS, sobrepasa los límites de la infracción endilgada basada únicamente en el objeto de la conducta. Para este Despacho, el hecho de que se estuviera estructurando una propuesta regulatoria no riñe con el que en desarrollo de dicha estructuración, se llegara a acuerdos frente a los contenidos del POS por parte de empresas competidoras en el mercado. Es decir, no basta con demostrar la existencia de la mencionada propuesta para sobreponer dicho argumento al también demostrado consenso para definir los contenidos del plan.

Una situación similar ocurre con otro de los apartes del testimonio que transcribe el apoderado en su escrito, referido a que el único propósito de la codificación de procedimientos era el de presentar una propuesta regulatoria para subsanar los defectos en la definición del POS.

No se trata, como lo pretende hacer ver el Recurrente, de un desconocimiento de las pruebas en el expediente, sino de que las pruebas aludidas no tienen la potencialidad de hacer cambiar la valoración que esta Entidad le dio a las reuniones celebradas, consensos a los que se llegó, información compartida y por supuesto, papel de la asociación.

**(ii) Manuales de Procedimiento Interno de SALUD TOTAL**

De acuerdo con lo señalado por el Apoderado de SALUD TOTAL, esta Entidad no está teniendo en cuenta la existencia de un Manual de Procedimientos para autorización de servicios, los cuales son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual, dicha Empresa nunca ha seguido los lineamientos de ACEMI. Según el Abogado, se trata de una prueba que se refiere al objeto mismo de la conducta y no a sus efectos.

Disiente este Despacho de la afirmación realizada, debido a que la existencia de un manual interno para las autorizaciones, no desdibuja la participación de SALUD TOTAL en la infracción sancionada. La mencionada EPS se encuentra incluida en la mayoría de correos electrónicos que sustentan las conductas acusadas y tuvo especialmente una participación activa en lo que a la afectación de la transparencia en el mercado se

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

refiere. Así mismo, las actas citadas como parte de las pruebas que sustentan la decisión, fueron circuladas a sus funcionarios.

No puede interpretarse la prueba directa de la no participación en la infracción de la EPS en mención, la existencia del Manual de Procedimiento Interno, cuando se observa a través de la evidencia recaudada el interés y actividad de SALUD TOTAL en la estructuración de un consenso para determinar los contenidos del POS. Si su interés era el de participar en la propuesta regulatoria, dicha participación pudo haberse realizado proponiendo como modelo el manual internamente aplicado y no acordado con sus competidores el contenido específico de los procedimientos y dispositivos que deberían reconocerse como incluidos en el plan o modificando la información que debía ser presentada a los entes reguladores.

**2.2. Respecto al entendimiento del mercado y del Plan Obligatorio de Salud**

Son varios los argumentos reiterados por parte de los diferentes apoderados de las empresas y asociación sancionadas, que sostienen que la Entidad tiene una errónea interpretación del mercado de la salud y en especial del Régimen Contributivo. Principalmente, se alega que no es cierta la existencia de una relación de competencia a través de las coberturas del POS, que los recobros no son una fuente de enriquecimiento para las EPS, por lo que no existe un incentivo económico para gestionarlos y que los contenidos del plan no son ni pueden ser establecidos por parte de las EPS.

**2.2.1. Frente a la relación de competencia entre las EPS**

Para el señor Aníbal Guerrero, quien actúa en nombre propio, la competencia en cobertura en el mercado de salud, únicamente se da en los planes complementarios. Cita en su argumento el artículo 17 del Decreto reglamentario 806 de 1998, que señala:

*“(...) pueden presentarse beneficios adicionales al conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial en salud, que o corresponde garantizar al Estado bajo los principios de solidaridad y universalidad. Estos beneficios se denominan Planes Adicionales de Salud y son financiados con cargo exclusivo a los recursos que cancelan los particulares.  
(...)”*

Según el Recurrente, el POS es financiado con la UPC, los planes complementarios son adicionales al POS y deben financiarse con los recursos de los usuarios y para las personas que requieren servicios adicionales al POS y no tengan capacidad de pago se les deberá prestar el servicio a través de la red hospitalaria pública. Por su parte, el Apoderado de COMPENSAR y otros, señaló expresamente:

*“La regulación que existe en el tema del Plan Obligatorio de Salud impide que haya competencia entre quienes participan en el mercado, respecto del contenido del mencionado plan y por ello, la regulación que limita la capacidad*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*de actuar de una EPS no es ajeno a la supuesta conducta restrictiva de la competencia que imputa la Superintendencia.”*

El Apoderado de ACEMI y otros considera que en la Ley 100 de 1993 no se consagraron mecanismos para incentivar la competencia respecto de las coberturas del POS, ya que pretender que las EPS ofrezcan diferentes coberturas llevaría a que algunos usuarios recibieran menores beneficios.

Frente a este aspecto, no pretende este Despacho desconocer las normas citadas por los recurrentes en sus escritos, así como tampoco aceptar de manera arbitraria una situación contraria a las mismas. Sin embargo, y como se señaló en la Resolución sancionatoria, debido a las incertidumbres existentes en la definición del POS se generó un criterio diferenciador entre las EPS que tiene efectos en las decisiones de elección de los usuarios. Para esta Entidad, no es dable dejar de lado una situación que se presenta en la realidad del mercado y que afecta el día a día de la prestación de los servicios de salud, ya que como autoridad de competencia y no como regulador del sector, debe intervenir en aquellos casos en que se realicen conductas contrarias a las normas que protege. En este punto, es plenamente aplicable lo ya señalado en el Acto recurrido, en los siguientes términos:

*“(…) esta Superintendencia reconoce que no es posible atribuir a las EPS responsabilidad por las falencias o bondades que puedan asociarse a la regulación del sector. Lo que realmente evalúa el Despacho en la presente actuación es si las investigadas incurrieron en alguna contravención tendiente a generar una restricción efectiva o potencial sobre la competencia en los mercados que conforman el sistema de la salud en Colombia, el cual pese a ser regulado, tiene en su interior fuertes relaciones de competencia entre los actores participantes, las cuales son desde todo punto de vista necesarias para el adecuado funcionamiento dentro del sistema, lo que hace precisamente que la actuación de esta Entidad resulte tan importante”.*

Es claro para este Despacho que las normas específicas del sector establecen los planes de beneficios adicionales como escenario de competencia entre las EPS y que frente a los contenidos del POS no existe norma que reconozca una relación de competencia. No obstante, de las pruebas practicadas dentro de la investigación se pudo establecer que dicha afirmación no es absoluta. Si no hubiera existido diversidad de interpretaciones frente a las coberturas ofrecidas por las EPS, no se hubiera gestionado una propuesta de modificación o aclaración de los contenidos del Plan. Por lo tanto, al existir diversidad de interpretaciones, se presentan distintas ofertas de servicios, las cuales aun cuando no se reconozca por parte de las hoy sancionadas, hacen que los usuarios tengan en cuenta dicho factor como parte de la decisión sobre a cuál EPS afiliarse.

Para el Apoderado de ACEMI y otras, el análisis costo-beneficio al que se refiere la SIC en la Resolución atacada, no es un ejercicio competitivo sino un juicio de eficiencia económica que realiza cada EPS para determinar cuál es la opción menos costosa y más benéfica para los usuarios. Para tal efecto, cita un oficio del Ministerio de Hacienda

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

dirigido al señor Juan Pablo Currea Tavera, representante legal de EPS Sanitas en el que se señala:

*“(…) cuando quiera que se trate de una tecnología reciente no prevista al momento de aprobar el POS, pero que la misma reemplace o sustituya otra incluida en el POS cuyos costos sean iguales o inferiores, la EPS está obligada a avaluar el suministro de dicha tecnología atendiendo la eficacia, eficiencia, costo-efectividad y seguridad del paciente, lo que no supone una ampliación del POS, sino una eficiente gestión en el manejo de los recursos que percibe a título de UPC para la prestación del servicio”.*

Asimismo, los apoderados de SALUDCOOP consideran que el análisis costo-beneficio al que se hace referencia en la Resolución de sanción, es una situación excepcional y no puede ser interpretada como un factor de competencia.

A pesar de la posición expresada por los apoderados, cualquier inclusión de nuevas tecnologías en el servicio implica una inversión y por ende una diferenciación entre la oferta entre las EPS que lo prestan, que como ya se ha dicho repercute en la percepción de los afiliados. Además, no es absoluta la afirmación de los abogados, si se tiene en cuenta que existe evidencia en el trámite que muestra cómo el criterio de eficiencia no es el único que se aplica respecto a las autorizaciones. Vale la pena, traer nuevamente los apartes del testimonio de la señora Adriana María Velásquez Arango, Jefe Oficina Jurídica COMFENALCO ANTIOQUIA, cuando en su declaración afirma:

**“Preguntado:** ¿Cuál es la metodología que se sigue en esa reunión? (13:02)

**Respuesta:** *Se exponen los casos, se expone el volumen de procedimientos que entran sobre ese caso, el costo de esos procedimientos, el número de tutelas por esos procedimientos, si en determinado momento se estaban negando porque no estaban incluidos o no había claridad sobre la inclusión en el POS y de acuerdo a eso Comfenalco toma la decisión de autorizar si es costo o beneficio para la EPS.*

(...)

**Preguntado:** ¿Cuáles son los criterios que ustedes tiene para determinar si este servicio lo autorizó o no lo autorizó?

**Respuesta:** *Por ejemplo el lente intraocular, costo beneficio. Por ejemplo el lente intraocular hay EPS que no lo autorizan porque está en el vacío del artículo 12 y Comfenalco Antioquia hace 5 años lo autoriza. Por qué y con qué criterio decidió autorizarlo? Hubo un análisis costo beneficio. Se analizaron el incremento de tutelas por lente intraocular, como tenemos subsidiado en el subsidiado si está incluido. Se evidenció el valor del lente intraocular que nos salía más costoso una tutela integral que autorizar un lente y Comfenalco hace 5 años más o menos autoriza el lente intraocular y hay EPS que no lo hacen<sup>35</sup>. (Subrayado fuera de texto)*

<sup>35</sup>Testimonio llevado a cabo el 10 de febrero de 2010, obrante en CD en el Cuaderno No. 16, folio 3920.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

En este caso, no se trata de un reconocimiento basado en eficiencias del servicio sino en la valoración de las tutelas integrales que sobre el mismo se presentaban. Se busca con el argumento expuesto desligar la obligación referida en la comunicación del Ministerio de Hacienda, con el hecho de que sí existe diferenciación en la forma y cobertura de la prestación de servicios por parte de las EPS, la cual genera como efecto económico que existe una competencia entre ellas vista desde el punto de vista del usuario.

No obstante lo anterior, también debe hacerse referencia nuevamente a que la conducta endilgada no discrimina el grado de competencia ni la forma como ésta se presenta, siendo el primer elemento de la norma el que el acuerdo se dé entre competidores, sin entrar a definir si dicha competencia debe darse únicamente en los planes complementarios o si la misma se limita a la calidad del servicio<sup>36</sup>.

En otro sentido, considera el Apoderado de ACEMI y otras que el legislador no previó la existencia de competencia frente a las coberturas del POS. Para llegar a esta afirmación, el Recurrente compara las definiciones que frente a las obligaciones de las EPS e IPS se encuentran en el Decreto 1298 de 1994.

Según la opinión expuesta, en el artículo 67 se prevé que *“Están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”* (Subrayado fuera de texto), mientras que en el artículo 74, cuando se refiere a las IPS se señala que son prohibidos los acuerdos o convenios entre IPS que tengan como objeto o efecto: *“(…) impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. La vigilancia de lo aquí previsto estará a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.”*

Respecto a la posición planteada, debe señalarse en primer lugar, que el Decreto 1298 de 1994 mencionado por el Apoderado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-255 de 1995 y, en segundo lugar, que no se requiere como lo pretende el Recurrente, que para la aplicación de las normas protección a la libre competencia se reconozca por parte del legislador que en un mercado específico hay o no relaciones de competencia. Es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única tiene las facultades y la obligación de velar porque en todos los sectores, regulados o no, sea posible ejercer el derecho a participar como agente oferente y que no se realicen conductas explotativas en contra de los usuarios o

<sup>36</sup> El numeral 8 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, establece como acuerdos anticompetitivos aquellos “[e]ntre 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”, lo que implica que el acuerdo i) debe desarrollarse entre competidores; (ii) debe haberse realizado por objeto o como efecto y (iii) debe consistir en la abstención de distribuir o vender un bien o de ofrecer o prestar un servicio de salud, interrumpirlo, o afectar sus niveles de prestación.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

consumidores. Así, el reconocimiento de un mercado no está exclusivamente en manos del legislador, sino que puede ser definido en desarrollo de las mencionadas facultades.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que el Decreto 1663 de 1994, aclarado por el Decreto 1613 de 1995, reglamentario de la Ley 100 de 1993, expresamente se dispone lo siguiente.

**“ARTICULO 3o. PROHIBICION GENERAL A LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.** De conformidad con lo previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992, el Decreto - ley 1298 de 1994 y con lo establecido en el presente Decreto, están prohibidos todos los acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito.

Serán aplicables a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2.153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen.” (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, es claro que las disposiciones mencionadas expresamente establecen que las EPS son agentes del mercado de salud y están en la obligación de respetar y cumplir con las normas de libre competencia.

**2.2.2. Frente a los recobros como incentivo**

Considera el Apoderado de ACEMI y otras que las EPS no tenían ningún incentivo para realizar el acuerdo acusado. Específicamente, frente al tema de los recobros manifestó que el FOSYGA únicamente paga los recobros por asuntos que a su juicio no se encuentran incluidos en el POS. Señaló además que si bien los recobros que reconoce el FOSYGA constituyen un ingreso para las EPS, no son una fuente de enriquecimiento para las mismas.

Para el Apoderado de SANITAS, “(...) si una EPS considera que un servicio, insumo o medicamento no está incluido dentro de las coberturas del POS, en todo caso deberá pagarlo (bien sea porque lo ordena un juez de tutela o el CTC) y cuando solicite el respectivo recobro, el Ministerio de Protección Social podrá negar el pago porque dicha entidad considera que el servicio, insumo o medicamento, según corresponda, sí está incluido en el POS, caso en el cual la EPS no recibirá el reembolso del valor de los servicios prestados.”

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

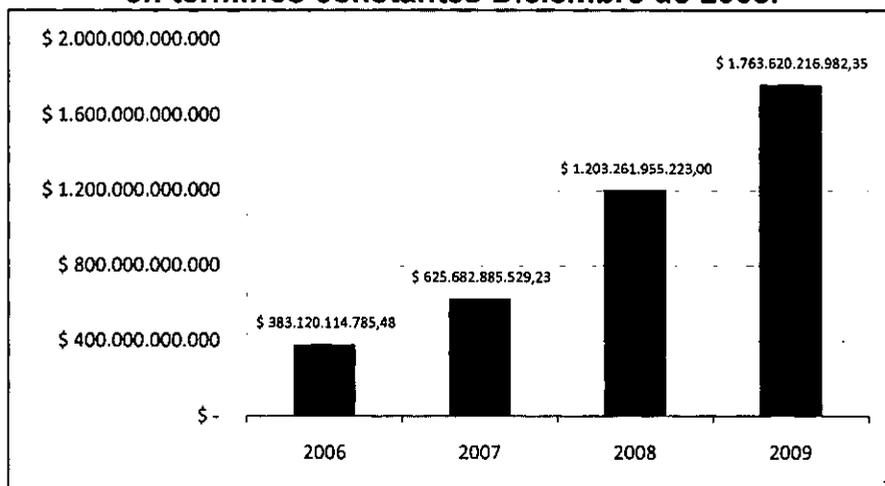
De manera general, para la mayoría de los apoderados de las sancionadas no es posible afirmar que existen beneficios económicos emanados de los recobros, teniendo en cuenta que el FOSYGA efectúa un control riguroso de la documentación presentada por parte de las EPS, y que únicamente son pagados aquellos servicios de salud son NO POS.

No obstante lo anterior, para este Despacho los ingresos por recobros sí generan incentivos para las EPS, toda vez que, hacen parte de su flujo de recursos monetarios que como ya se ha afirmado constituyen parte de sus utilidades. Contrario a la interpretación de los recurrentes, este tipo de ingresos puede incrementarse como consecuencia de la negación de servicios de salud ya estén o no incluidos en el POS.

Para esta Entidad la infracción sancionada tenía como una de sus motivaciones la de llegar a un acuerdo sobre los procedimientos y dispositivos que de manera conjunta deberían aceptarse o no como contenidos en el POS. Esto quiere decir que a pesar de que algunas EPS podían estar reconociendo algún procedimiento como POS, sin tramitar ante el FOSYGA los recobros, se llegó a consensos para que no se reconociera. El efecto del acuerdo en este caso es doble. Por una parte, un servicio que estaba siendo reconocido deja de representar costos para la entidad, lo cual aumenta su utilidad, y por la otra, se gestiona ante el FOSYGA el reconocimiento de costos que debían eventualmente estar incluidos en el POS.

Difiere además el Despacho de la afirmación del Apoderado de ACEMI y otras sobre el hecho de que los recobros no son una fuente de enriquecimiento para las EPS. Por el contrario, se trata de ingresos que tiene la potencialidad de generar utilidades. Los procedimientos, dispositivos y medicamentos a cancelar por parte de Estado a través del trámite de recobros, no son cobrados por cada EPS al costo que representa para éstas ya que el valor mismo del servicio el cual debe incluir un porcentaje de utilidad. Se hace relevante nuevamente incluir la siguiente tabla en la cual se muestra el incremento en ingresos de las EPS a través de recobros, con el fin de dimensionar su monto.

**Gráfica**  
**Evolución de los ingresos por recobros de las EPS agremiadas en ACEMI Cifras en términos constantes Diciembre de 2008.**



Fuente: Informe Motivado y cifras de precios Banco de la República.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Por su parte, en lo que respecta a los recobros como generadores de utilidades se hace necesario traer nuevamente lo ya afirmado en el Acto recurrido frente a que “(...) *no puede desconocerse que tales recursos terminan siendo ingresos direccionados a la prestación de los servicios de salud incluidos por el POS, si se tiene en cuenta que un recurso parafiscal es aquel monto de recursos monetarios con destinación específica que recibe el Estado con la obligación de ejecutarlo, de manera directa o indirecta, para tal destinación.(...)”*.

Es decir, los ingresos generados en virtud de los recobros terminan siendo aplicados a las actividades de las EPS. Se trata de recursos excedentarios para la prestación de servicios NO POS y que constituyen por ende una fuente de ingresos y utilidades para dichas entidades.

Además de lo anterior, si bien la argumentación planteada se basa en que el FOSYGA es quien decide o no el reconocimiento de los recobros, es claro que aún en caso de no reconocerlo, mediante el consenso realizado, se perjudicó de manera directa a los usuarios, quienes tienen que recorrer todos los trámites necesarios como lo es la acción de Tutela, para lograr la prestación de un servicio al que en principio tenía derecho. El sólo hecho de acordar entre competidores una apuesta en común, vista de la forma como se acaba de explicar, constituye un beneficio para cada uno de los competidores, quienes disminuyen los riesgos de interpretaciones disímiles en un mercado que contiene en este punto un elemento de incertidumbre.

Por último, debe este Despacho ser enfático en afirmar que el análisis sobre el incremento histórico de los recobros y los beneficios que a través de los mismos obtienen las EPS, no hacen parte de infracción sancionada y se constituyen como elementos de información conexos con las conductas anticompetitivas ejecutadas.

**3. RESPECTO AL PAPEL DE ACEMI COMO GREMIO Y ALCANCES DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN**

Para el Apoderado de ACEMI y otras, la Constitución Nacional en su artículo 103<sup>37</sup>, protege a las asociaciones empresariales como una forma de ejercer la participación democrática por parte de los sectores de la economía, de lo que se deduce que su función es justamente representar a sus miembros ante el Estado. Para el Abogado, temas como el alcance del POS y el valor de la UPC son objeto de reuniones que se deben proponer en ACEMI ya que representan intereses de las empresas afiliadas ante las autoridades. Específicamente señala en el recurso de reposición presentado lo siguiente:

---

<sup>37</sup>ARTICULO 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*“(…) es contrario a las disposiciones constitucionales considerar anticompetitivo que tanto la organización gremial, así como sus propios miembros, unifiquen sus propuestas en una sola, con el objeto de presentar ante el Estado opciones de regulación o simplemente comentarios frente a temas que son de suma importancia para las actividades que dichos profesionales realizan.”*

En su concepto, no obran en el expediente pruebas de que las EPS hayan actuado de manera coordinada o trasladado las discusiones suscitadas a la práctica al interior de las EPS. Adicionalmente, se cuestiona que con la posición de la Superintendencia *“Acemi no podría formular ninguna propuesta al gobierno sobre inclusión de elementos en el POS sobre criterios para la aclaración del mismo, sino que las EPS deberían limitarse a enviar la información para el cálculo de la UPC.”*

Difiere este Despacho de la posición planteada por el Apoderado, la cual es reiterada en algunos de los argumentos presentados por varios de los recurrentes, como es el caso de los apoderados de SALUDCOOP. A pesar de que la afirmación sobre la protección constitucional a la participación democrática y, en especial, al derecho de crear asociaciones profesionales es absolutamente cierta, la conclusión a la que se llega a partir de la misma no lo es. Se desconoce con el argumento presentado que es la Carta Política la que precisamente impone unas responsabilidades a la libertad de empresa cuyo alcance cubra el derecho de asociación referido. Es así como, en su artículo 333, base de la protección a la libre competencia, se establece:

*“ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (Subrayado fuera de texto)*

Se deja de un lado además, lo ya plasmado en el Acto recurrido frente a la no posibilidad de justificar conductas consideradas como atentatorias del interés público, específicamente de la libre y leal competencia, con el hecho de que las mismas se realizan bajo la sombra del derecho de asociación. Por lo tanto, vale la pena traer nuevamente la colación la ya citada Sentencia C-815 de 2001, en donde la Corte Constitucional sostiene afirma:

*“Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos”*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.”*

La anterior postura se reiteró en la reciente Sentencia C-403 de 2010, en donde la misma Corporación señaló:

***“Uno de los supuestos de los derechos a la igualdad y a la libertad de competencia en ejercicio de una función pública adelantada por particulares, es justamente el apego que éstos deben tener a las disposiciones constitucionales y legales.”*** (Resaltado fuera de texto)

En el presente caso, se defiende por parte de las sancionadas que la creación del Comité Médico, compuesto por los representantes de las EPS afiliadas, tenía por objeto identificar los temas que preocupan al sector, como lo son la existencia de una zona gris frente al contenido del POS o la definición de la UPC. No obstante, y como ya se ha manifestado en el presente escrito, para esta Entidad las actividades realizadas excedieron los alcances de la asociación, ya que en aras de la llamada búsqueda de soluciones a los problemas del sector, se discutieron y acordaron los contenidos del plan, independientemente de si dichos consensos fueron o no implementados por cada uno de ellos.

Al respecto vale decir en aras de la “lógica”, varias veces nombrada por los recurrentes, que no se entiende cuál era el objetivo de reunirse a definir contenidos si no se tenía una firme intención de asumir esas definiciones basada en los cálculos internos de cada EPS. Es decir, de manera independiente a que la propuesta regulatoria llegara a concretarse ante el Gobierno, lo cierto es que se buscó, teniendo como premisa la protección de los intereses particulares de cada una de las EPS, llegar a puntos de encuentro entre Ellas para gestionar modificaciones a la forma como se estaba interpretando el POS por parte de entidades como el Ministerio de la Protección Social.

La anterior situación no es otra cosa que reuniones entre competidores de un mismo mercado a través de una asociación para definir, discutir y analizar puntos de vista sobre los servicios que prestan en el mercado, tomando como base de dichas discusiones si históricamente dichos servicios se habían prestado y si económicamente era viable hacerlo. A todas luces para el derecho de la competencia se trata de conductas reprochables y susceptibles de sanción, más aún cuando se ejecutan en un sector como el de la salud, en donde el derecho a la vida de los ciudadanos se puede ver amenazado.

Se cuestiona en sus escrito el Apoderado de ACEMI y otras, de qué otra forma, si no a través de la asociación, era posible participar ante las autoridades del sector presentando una propuesta regulatoria para aclarar el POS, cómo era posible evaluar el impacto de dicha propuesta sin la elaboración de estudios sobre frecuencias y costos y cómo podían las EPS conocer el cálculo de la UPC, si no era a través de su propia técnica. Es claro que se trata de inquietudes importantes pero que no corresponde resolver a esta Entidad debido a que son las empresas que participan en los diferentes sectores económicos quienes deben evaluar la forma como ejercen sus libertades sin

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

afectar el bien común a través de acciones contrarias a la libre competencia. No puede aceptarse lo pretendido por el Apoderado en el sentido de reconocer como legítima cualquier conducta restrictiva realizada entre competidores, basándose en el hecho de que actúan en el seno de una asociación y pretenden gestionar una propuesta regulatoria.

Ahora bien, se niega la existencia de un intercambio de información a través de la Asociación, el cual colaboró para que se realizara el acuerdo entre las EPS. El Apoderado de ACEMI y otras señala en su escrito que esta Entidad se limitó a describir que en ciertos casos el intercambio de información es útil para monitorear las dinámicas de un mercado sin probar siquiera que hubiera existido un intercambio, argumento que igualmente comparte el apoderado de SALUD TOTAL.

Señaló específicamente el Abogado de ACEMI y otras:

*“el intercambio de información en los mercados de seguros, como el de la salud, es necesario para el buen funcionamiento de la industria y antes de restringir la competencia es necesario y conveniente para estimularla y para la debida tarificación”.*

Sobre este punto se encuentra una contradicción en el argumento cuando por una parte se alega que nunca se logró demostrar intercambio alguno de información y por la otra de antemano se está justificando que en opinión del Apoderado, en el mercado de la salud la misma es dable. De cualquier forma, no se comparte la afirmación relacionada con que no se comprobó el intercambio entre las sancionadas por las siguientes razones.

En primer lugar, está demostrado en el expediente que hubo consensos para definir de manera conjunta los contenidos del POS, situación que es incluso aceptada por los mismos abogados en sus recursos cuando defienden la idea de que dicha actividad se realizó para “salvar” el sistema<sup>38</sup>. Además como ya se ha analizado tanto en el Informe Motivado de la Delegatura, como en el Acto recurrido y ahora en la presente Resolución, cada una de las pruebas a las que se ha hecho referencia muestra de manera individual y en conjunto el grado de comunicación y el carácter de la información que compartían las hoy sancionadas. Como segunda medida y tal como se mostrará en el análisis de la segunda conducta que compone la infracción, las EPS enviaron información sensible a ACEMI y como se pudo constatar en el correo que se envió a SANITAS, brindó la oportunidad de que dicha EPS pudiera compararse con las demás en cuando a su estructura de costos y coberturas. Por último, no se puede exceptuar la información transable entre competidores ante los ojos del derecho de la competencia en sectores específicos, a menos que existan excepciones previstas en la ley.

---

<sup>38</sup>El correo enviado por Lucía Torres, funcionaria de la Vicepresidencia Operativa y Financiera de ACEMI, dirigido a diferentes funcionarios de sus EPS agremiada, presenta en uno de sus archivos 112 procedimientos, en donde 63 son catalogados por el consenso como cubiertos por el POS y 49 procedimientos que el mismo consenso los cataloga como no cubiertos por dicho Plan. Es decir, se trata de un correo que contiene en sí mismo el acuerdo que afecta la oferta de servicios de salud y que está direccionado a más de 25 funcionarios de las diferentes EPS involucradas en la investigación.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Se reitera en este punto lo afirmado por la Fiscalía Nacional Económica de Chile en lo que tiene que ver con la información que se comparte a través de las asociaciones:

*“La entrega de información por parte de un asociado requiere que la firma actúe contra-intuitivamente al entregar acceso a información comercial que, bajo otras circunstancias, mantendría reservada. Tal entrega se realiza bajo la expectativa de que, a cambio, se recibirá información equivalente de los rivales (aunque, habitualmente esta venga presentada de una forma agregada). Por cierto, el deseo de participar en este intercambio está fundado en la asignación de valor a la información de los rivales, la cual es considerada a la hora de tomar decisiones estratégicas.”*

En el caso específico y teniendo en cuenta las condiciones del sector, este Despacho sigue considerando que el llegar a intercambiar información sobre coberturas, costos y alcance de los servicios con el fin de llegar a una comunión frente a la forma en que se ofrecerían en el mercado para el beneficio de las EPS como conjunto, es suficiente para estructurar una infracción al régimen de competencia. No obstante, como se verá a continuación dicha infracción se compone de otras conductas como son la afectación a la transparencia y la fijación indirecta de precios, es decir de la UPC.

**III. CONDUCTA CONSTITUTIVA DE AFECTACIÓN A LA DEBIDA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE ASEGURAMIENTO EN SALUD**

**1. INTRODUCCIÓN**

Como se manifestó en la Resolución No. 46111 de 2011, el artículo 5 del Decreto 1663 de 1994 contiene los acuerdos contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud. En particular, el numeral 10, establece como uno de estos acuerdos aquellos que “[t]engan por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud”.

En este sentido, la norma reprocha cualquier acuerdo entre competidores de este mercado, a través del cual se intente ocultar o falsear la información relacionada con la prestación de los servicios de salud, ya sea a las autoridades del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), con quienes tienen una especial obligación de reportar información para el desarrollo de sus funciones y el consecuente adecuado funcionamiento del mercado, así como a sus usuarios. También prohíbe que los actores en el mercado de salud efectúen acuerdos que tengan como objeto o como efecto impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud.

Es así como a través de la Resolución recurrida el Despacho pudo establecer la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las EPS agremiadas en ACEMI con la participación de la señalada Asociación, que tuvo como objeto impedir la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

En dicha Resolución se logró establecer un conjunto de elementos que permitieron determinar la diferencia existente entre la información preparada por las EPS con miras a reportar a las autoridades, con aquella que efectivamente fue enviada dadas las instrucciones y sugerencias de modificaciones realizadas desde el seno de la Asociación indicada.

De igual manera, quedó en evidencia que las EPS-C conocían la disparidad existente entre una y otra información, situación que llevó a esta Superintendencia a reconocer la responsabilidad de las investigadas de actuar con el objeto de afectar el flujo de información veraz que debía suministrarse a los diferentes agentes reguladores del sector.

Adicionalmente, fue demostrado en la Resolución recurrida que ACEMI en el desempeño de su actividad gremial excedió los fines y medios legales que puede perseguir y de los que se puede valer para ejercer su función como gremio en tanto sirvió como plataforma de intercambio de información que dadas las circunstancias concretas del mercado analizado terminó por auspiciar la realización de un acuerdo anticompetitivo.

En este orden de ideas, fue fundamental en la Resolución en mención reconocer que la información que es reportada por las EPS constituye un insumo esencial para el funcionamiento del sistema, más aun considerando que es la base fundamental para la determinación de un nivel de UPC que efectivamente refleje las condiciones y las necesidades del SGSSS.

Para probar esa afirmación, en la Resolución recurrida se citaron algunas pruebas que resulta indispensable reiterar sucintamente:

- (i) ***Hoja de Excel titulada "NO POS per cápita enviado UPC", contenida en el archivo denominado "Formato confirmación No POS" adjunto al correo electrónico enviando por Juan Pablo Rueda, Director Técnico de Salud de SALUD TOTAL, con asunto "Tarea ACEMI: aclaración de la información UPC", de fecha 20 de noviembre de 2007***

Tal como se manifestó en la Resolución recurrida, dicha hoja de Excel contiene información sobre costos por usuario a cargo de cada EPS-C en razón al concepto de cobertura de servicios considerados excluidos del POS.

Se trata de información desagregada, la cual es enviada por ACEMI a sus afiliadas. De la prueba, fue posible concluir que la información reportada al MPS no coincide con aquella suministrada por SALUD TOTAL a la agremiación y que los funcionarios de la EPS tenían conocimiento de la insuficiencia.

De igual manera se pudo concluir que las actividades de ACEMI superaron los límites de lo que una agremiación puede realizar a la luz de las normas de competencia ya que con su actuación no solamente buscaba representar a sus asociadas, sino que

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

conociendo las discrepancias respecto a la información remitida unos valores de referencia y propició el ajuste a las cifras.

- (ii) ***Fragmento del correo electrónico, denominado "Tarea ACEMI: Aclaración de la información UPC Servicios NO POS - Comentarios proyectos de Ley Cáncer - Evento" enviado el Miércoles, 07 de Noviembre de 2007 por Sandra Marcela Camacho Rojas, obtenido durante la visita administrativa realizada a ACEMI***

En uno de los apartes del mencionado correo se afirmó lo siguiente:

*"Apreciados señores,*

***"1. De acuerdo con lo establecido por la Junta directiva del pasado viernes, les solicito aclarar el reporte realizado al MPS y ACEMI en los archivos no POS (CTC y TUT) de acuerdo con las instrucciones que se adjuntan. Así mismo les estamos enviando el gasto per cápita calculado a partir de los archivos recibidos, en donde se observa bastante heterogeneidad en el indicador de gasto per cápita de este rubro, lo cual motiva la presente (sic) solicitud. (...)"***

Con este fragmento, en la Resolución recurrida se presenta cómo la Asociación realiza un juicio sobre la calidad de la información, lo cual denota un conocimiento claro de que aquella que se remite al MPS no resultaba ser suficiente. Además es clara la manera mediante la cual es solicitada aclaración de conformidad siguiendo instrucciones impartidas por ACEMI.

La Resolución señala a su vez que este elemento probatorio debe ser analizado en conjunto los elementos que soporta la conducta, en particular con la hoja de Excel denominada "EPS00X" contenida en Archivo "Formato confirmación No POS" adjunto al correo electrónico enviado por Juan Pablo Rueda, Director Técnico de Salud de SALUD TOTAL, con asunto "Tarea ACEMI: aclaración de la información UPC", de fecha 20 de noviembre de 2007".

Al realizar tal contrastación se puede observar cómo la información enviada a los entes regulatorios requería de una aclaración adicional para ACEMI, motivada por la llamativa "heterogeneidad" identificada.

Tal como fue propuesto, este Despacho reitera que no resulta coherente que ACEMI necesitara verificar la información enviada por sus asociadas al MPS, cuando simultáneamente, según lo afirmado por los mismos investigados, la Nota Técnica elaborada tenía como fuente la información remitida a los entes de regulación.

- (iii) ***Acta No 009 del Comité Médico de ACEMI del 26 de octubre de 2007, contenida en el correo electrónico enviado por Lucía Torres al listado de contactos de ACEMI del 26 de octubre de 2007. (Página 80 del IM)***

Tal como fue establecido en la Resolución recurrida, el acta en cuestión sugiere que la información para el cálculo de la Nota Técnica sea enviada previamente por cada una

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

de las EPS a esta agremiación, con el objetivo de hacer una revisión y recomendaciones para el reporte al MPS.

Acta No. 009

Nombre: Comité Médico

Fecha: 26-10-2007”

**Nota Técnica**, se presenta un informe en el cual se hace énfasis en el reporte de ésta información ante el MPS, **pues aunque la fecha de envío al MPS es el 30/10/2007, se solicitó a las entidades que enviaran los reportes preliminares con el fin de hacer una revisión y recomendación al respecto.**

Solamente 4 EPS han enviado, por lo que se sugiere al comité médico que envíen esta información entre el 26/10/2007 y el 29/10/2007, **con el fin de poder hacer recomendaciones generales a la misma”.** (Negrilla fuera de texto)

Este Despacho pudo concluir de la cita anterior que la Asociación tuvo intención clara y manifiesta de realizar la respectiva revisión y recomendaciones con un mismo parámetro para todas sus agremiadas, lo cual sin lugar a dudas constituye un punto de referencia común de acuerdo en materia de formas y direccionamiento en la información que se remitiría al MPS.

En esta dirección el Despacho considera que, a pesar de ser la información remitida por las EPS al MPS de carácter desagregado, la misma no se divulga al público por parte de esta autoridad con las características anotadas. De esta manera los estudios de suficiencia para los años 2004 a 2008 no constituyen información que permita conocer al detalle la actividad desarrollada por cada EPS ni al público en general ni a las EPS que participan del SGSSS.

En la misma dirección, fue mostrado en la Resolución recurrida que el correo enviado por ACEMI en el cual se solicita que previo al envío de la información al MPS la misma sea remitida a la agremiación para que ésta verifique su concordancia con la información enviada previamente a la entidad estatal:

“-----Mensaje original-----

De: Sandra Marcela Camacho Rojas [SCamacho@acemi.org.co](mailto:SCamacho@acemi.org.co) (Servidor de correo: [acemi.org.co](mailto:acemi.org.co) Dirección IP: 201.232.118.225)

Enviado el: Miércoles, 10 de Octubre de 2007 02:47 p.m.

Para:

CC: Lucía Torres [LTorres@acemi.org.co](mailto:LTorres@acemi.org.co); Jonny Carmona

[JCarmona@acemi.org.co](mailto:JCarmona@acemi.org.co); Nelcy Paredes [NParedes@acemi.org.co](mailto:NParedes@acemi.org.co) (Servidor de correo: [acemi.org.co](mailto:acemi.org.co) Dirección IP: 201.232.118.225)

Asunto: Tarea ACEMI: UPC Copia Solicitud MPS Nota Técnica de EPS

Apreciados señores,

Por medio de la presente les solicitamos hacer llegar a ACEMI antes del 17 de Octubre la información que su EPS **planea enviar al Ministerio de la Protección Social**, en respuesta al comunicado que se anexa, **con el fin de que se haga un**

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

***análisis interno en ACEMI de dicha información y su consistencia con la información entregada en las Bases de datos de UPC entregadas al MPS.***

*El resumen de los resultados se enviará con observaciones a cada EPS antes de la fecha límite de envío,*

*Agradecemos su atención y oportuna colaboración*

*Atentamente*

*Sandra M. Camacho*  
*Directora médica.” (Resaltado fuera de texto).*

De las pruebas arriba enunciadas, junto con el material probatorio adicional utilizado a lo largo de la Resolución recurrida, el Despacho concluyó la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las EPS-C con la colaboración, dirección y participación de la agremiación ACEMI con el objeto de impedir la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud, violando así, las investigadas lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994 y ACEMI incurrió en la prohibición contenida en el artículo 4 del referido decreto. Al igual que en la primera de las conductas acusadas los efectos de ésta no requieren demostrarse, toda vez que se considera anticompetitiva por objeto y dicho objeto está demostrado en el caso específico.

A continuación se presentan los argumentos que cada uno de los apoderados plantean dentro de los recursos contra la Resolución 46111 de 2011, en relación con la segunda señalada como reprochable por esta Entidad, los cuales serán resueltos en la presente actuación administrativa por parte del Despacho.

## **2. ARGUMENTOS DE LOS APODERADOS**

### **2.1 Sobre el intercambio de información tendiente a afectar la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en Salud**

Afirma el Apoderado de ACEMI y otras investigadas que no existe prueba en el expediente de que se haya compartido información privada o reservada entre las EPS, como equivocadamente se menciona en la resolución impugnada.

En esa dirección sugiere el Apoderado.

*“[...] toda la información que remitieron mis poderdantes a las autoridades y a ACEMI, correspondió a información veraz, cierta, comprobable y confiable, sin que pueda imputárseles - como erróneamente lo hace la Resolución que se impugna -, falsedad alguna o acuerdo para impedir la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud”.*

Para soportar tal información, cita declaraciones de Juan Pablo Rueda, funcionario de Salud Total quien ante la Superintendencia mencionó:

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*"Despacho: ¿El ejercicio de interpretación de cobertura de ACEMI, es parte del trabajo de los comités médicos al interior del gremio? Sr. Rueda: Es una interpretación de ACEMI del artículo 12 del Mapipos...está tan mal redactado que se tiene que hacer una lectura del mismo... la función del comité no era interpretar, cada uno llegaba con su interpretación.*

*El comité nunca se reunía a interpretar ... Cada EPS tiene su interpretación...*

*Se definió una lista de propuesta de inclusión al Ministerio, a pesar de no haber homogeneidad en lo que las EPS de ACEMI hacían...yo no estuve en ningún comité en el que nos sentáramos a decir esto sí y esto no...No se definían políticas para que las EPS siguieran sino para presentar al Ministerio.*

*(...) entiendo que si queremos hacer una propuesta al Ministerio, lo hacemos como gremio y se refleja así la posición gremial...el interés es que lo que se presenta al Ministerio sea conocido por todos, pero no por ello se quiere decir que me tenga que ceñir a una cobertura ...interpreto eso...*

[...]

*Dr. Sosa: Tiene conocimiento del correo electrónico "Costeo de no POS"?  
Sr. Rueda: Me acuerdo de la tabla...es la que se utilizó en el último estudio de UPC, ese valor mínimo y máximo es el que el Ministerio utilizó para valorizar...La columna que dice "Acemi consenso cobertura" fue lo que el comité decidió llevar al Ministerio como recomendación, es un fragmento del archivo que se envió...Eran opciones de inclusión...*

*El cuadro iba dirigido a decirle al Ministerio, desde nuestra experiencia, lo que es válido incluir en el POS por su impacto."*

Afirma el Apoderado de ALIANSALUD, ACEMI y sus representantes legales, que para la Entidad el intercambio de información es considerado como algo per se anticompetitivo.

Al respecto resulta importante mencionar que en la Resolución No. 46111 de 2011 esta Entidad afirmó lo siguiente:

*"puede afirmarse que existen por un lado intercambios de información utilizados como soporte de una conducta anticompetitiva y, por el otro, intercambios de información que por sí solos constituyen una infracción al régimen de protección de la competencia. En el primer caso, el intercambio es el mecanismo utilizado para monitorear el cumplimiento de los acuerdos pactados. En el segundo por su parte, dicho intercambio es el objeto mismo de la conducta y modifica efectiva y potencialmente de manera artificial las condiciones del mercado".*

Al respecto, reitera este Despacho que no está afirmando que todo intercambio de información sea per se anticompetitivo. Por el contrario, lo que afirma esta Superintendencia es que dentro de la tipología de posibles escenarios de intercambios

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

de información es posible encontrar algunos de ellos que por su naturaleza, y luego de un análisis profundo por parte de la autoridad de competencia, puede considerarse como comportamiento que a todas luces representa una conducta restrictiva de la competencia.

En el caso que nos ocupa, lo que se entiende como reprochable no es el intercambio de información generado entre cada una de las EPS al MPS. Lo que realmente esta Entidad recrimina es que en el marco de una agremiación se haya compartido información, se hayan dictado instrucciones encaminadas a afectar la debida transparencia de la misma, se haya revisado en detalle el contenido de cada información remitida previamente por las EPS y por esta vía se haya afectado indirectamente el mecanismo para determinar la UPC en el mercado de aseguramiento en salud en períodos subsiguientes.

**2.2 Sobre los testimonios de Juan Pablo Rueda en cuanto a la transparencia de información**

De igual manera el Apoderado de ACEMI emplea como evidencia de la ausencia de un acuerdo anticompetitivo que terminó por afectar la transparencia de información el siguiente fragmento del testimonio del funcionario de Salud Total:

*"Despacho: ¿Ha conocido Salud Total la información suministrada por otras EPS a Acemi?"*

*Sr. Rueda: La conocimos como resultados consolidados de muchas cosas, como lo que ocurre en el conglomerado de Acemi...como número...incidentalmente uno conoce cosas no desde el punto de vista cuantitativo sino cualitativo...ya cuantitativamente lo que conocemos son los consolidados del gremio...en Acemi hay un celo importante para que se conozca el consolidado y no el detallado, ese celo es promovido por todos...en Acemi se maneja con mucha prudencia.*

*La información que proporciona Salud Total suma al consolidado de Acemi, y esos consolidados se usan para el análisis y referentes del comité técnico o sirve para identificar el tamaño del problema y formular recomendaciones al Ministerio o al Consejo...cuando Acemi analiza la información prevé el impacto de ciertas circunstancias como el desarrollo normativo.*

(...)

*Dr. Sosa: ¿La información que toma Acemi para hacer el consolidado se circulariza? ¿No es el consolidado sino la información puntual?"*

*Sr. Rueda: La información se envía directamente a Acemi y no al comité que está compuesto por gente de las EPS...el detalle de información es algo que no se comparte...Mucha de la información se envía a la directora médica, la Dra. Sandra Camacho o la gente de su equipo, en lo que tiene que ver con Salud.*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*Dr. Sosa: El consolidado que elabora Acemi le permite conocer información específica o detallada de las demás agremiadas?*

*Sr. Rueda: En las notas técnicas hay acuerdos que muchas cifras se muestren en un valor per cápita que no permite conocer una tarifa o costo específico...las cifras de costo promedio no permiten conocer cuánto paga cada EPS...es muy difícil conocer el detalle.*

*Dr. Sosa: El consolidado que hace Acemi llega a un ente de regulación?*

*Sr. Rueda: El interés de que el gremio haga una nota técnica también es compartirla con el Ministerio...muchas veces la construimos como gremio para decirle al Ministerio que de esta forma puede hacerse...el Ministerio no tiene nota técnica...uno quiere hacer un trabajo pedagógico en el sector...la hacemos así para compartirla. (Subrayado fuera del texto)*

Del testimonio citado por el Apoderado llaman la atención varios apartes. En primer lugar, afirma el funcionario de SALUD TOTAL que efectivamente recibió por parte de la Asociación información reportada por ACEMI, según él, con un nivel de agregación importante. No obstante lo anterior, dicha aseveración resulta contradictoria al observar líneas abajo que el mismo funcionario hace mención a que lo que conoce incidentalmente son temas cualitativos más que cuantitativos.

Al respecto es importante precisar que, sin importar el nivel de agregación de la información que reporta cada una de las EPS al MPS, ésta no puede clasificarse como de tipo cualitativo, toda vez que, tal como fue presentado a lo largo de la Resolución recurrida, la misma efectivamente contiene en su gran mayoría información numérica de costos, frecuencias y demás para cada una de las EPS frente a las cuales sería un grave error tipificarla como cualitativa. Por estas circunstancias, sorprende que el Apoderado sugiera esa cita para que, en su entender, intente desvirtuar el cargo que fue reprochado en la resolución en comento.

Mal haría este Despacho al considerar el testimonio del funcionario como argumento para desestimar la gravedad del acto de compartir información y afectar su debida transparencia bajo el entendido de que ésta era de tipo cualitativa. Tal como pudo constatar esta Superintendencia, la información señalada que iba a ser reportada al MPS para el respectivo cálculo de la UPC, constituía un acervo de variables con un sinnúmero que llevaría con su simple lectura inicial a desestimar su naturaleza cualitativa como lo sugiere el testimonio señalado.

En segundo lugar, llama la atención que el Sr. Rueda afirme en su testimonio que efectivamente la información haya sido enviada a ACEMI y no al comité que está compuesto por trabajadores de las EPS.

Tal diferenciación resulta a todas luces irrelevante, si se tiene en cuenta que en las actas de juntas directivas citadas en la Resolución recurrida, indican que es precisamente ACEMI el lugar en el cual se llevaron a cabo cada una de las reuniones y en donde se dieron instrucciones de la forma mediante la cual debería ser presentada la información solicitada.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

En tercer lugar, de acuerdo con el testimonio del Sr. Rueda, las cifras se presentan de forma per cápita para evitar que éstas revelen información privada de cada una de las EPS. No obstante, resulta para este Despacho llamativo y motivo adicional de reafirmación frente a lo expuesto en la Resolución recurrida, el elemento que olvida el funcionario y seguramente el Apoderado al reconocer que el número de afiliados por parte de cada una de las EPS es una información pública frente a la cual, cualquier información presentada en términos per cápita en materia de número de afiliados, es sin lugar a dudas información frente a la cual resulta relativamente simple inferir los valores nominales de los que derivaron dicha medición.

Finalmente sugiere el Sr. Rueda que una de las funciones de la Nota Técnica es también compartirla con el Ministerio. Al hacer esa aseveración nuevamente su declaración deja entrever que definitivamente las notas técnicas no cumplen como función única el suministro de información al MPS. Por el contrario, lo que permitiría concluir el testimonio es precisamente el hecho según el cual, existen otros fines que llevan a generar el ejercicio de donde se extraen las cifras que efectivamente terminaron siendo compartidas a través de la asociación, tal como se describe en la Resolución No. 46111 de 2011.

En el mismo sentido señala el Apoderado citado lo siguiente:

*"Dr. Jaramillo: Con base en ese informe ud sabe cuánto le costó un procedimiento a una determinada EPS?"*

*Sr. Vélez: No, no, no, el informe no llega a ese detalle...ese detalle yo nunca lo vi en Acemi...las cifras macro del sector si se saben...los informes de Acemi no sirven para tomar decisiones de contratación ni de tarifas".*

Al respecto, llama la atención la afirmación propuesta en este testimonio, teniendo en cuenta que varias de las pruebas a las que se hace referencia en la Resolución No. 46111 de 2011 contienen referencias de procedimientos específicos, con frecuencias de uso, costos medios, entre otros, que mal podrían ser considerados como conjuntos de información macro del sector.

Por el contrario, lo que esta Superintendencia pudo constatar es que la información contenida en los correos electrónicos enviados desde ACEMI a las EPS y sus respectivas respuestas daban cuenta del carácter no consolidado y detallado de la información que efectivamente fue intercambiada.

Adicionalmente, se reitera que lo que se reprocha es que se haya generado un intercambio de información tendiente a afectar la transparencia de la misma dirigida al ente del sector encargado de tomar decisiones de fijación de la UPC.

**2.3 En cuanto al testimonio del Representante legal de ACEMI sobre la transparencia de información**

Considera el Apoderado de ACEMI importante citar el siguiente fragmento del testimonio del Representante Legal de Acemi: 

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*Despacho: Qué tipo de tratamiento da Acemi a la información que envían sus afiliados?*

*Dr. Díaz - Granados: Primero eso tiene un manejo confidencial. Nosotros tenemos unos servidores que tienen unos protocolos de seguridad porque la idea es que la información sirva para hacer las gestiones en relación con el sistema, a nosotros no nos interesa darle información de una compañía a otra compañía. Esos son asuntos que no hacen parte de la actividad gremial, porque la gestión es sobre el sistema, la que hacemos nosotros. Y nosotros manejamos información agregada (...).*

Al respecto, resulta importante señalar que este Despacho comparte plenamente la afirmación del representante de ACEMI cuando reconoce que compartir información entre las EPS no constituye una función gremial, teniendo particularmente en cuenta que la información que efectivamente recibía dicha agremiación era efectivamente de carácter sensible.

No obstante lo anterior, lo que efectivamente muestra la evidencia probatoria obrante el expediente, es que efectivamente la información recaudada por ACEMI no era toda de carácter agregada y sí fue compartida. Tan es así que obran en el expediente múltiples correos enviados por Sandra Marcela Camacho a las EPS con instrucciones precisas sobre cómo debían enviar información junto con mensajes dirigidos a al menos una de las EPS con información detallada del resto de las EPS del sector.

#### **2.4 Sobre el aval del MPS de la labor de ACEMI**

Afirma a su vez el Apoderado de ACEMI que una prueba del beneplácito que el MPS tenía frente a la labor de ACEMI como receptor y validador de la información es una comunicación a la que hace referencia en el recurso.

No obstante, tal documento no se encuentra en el expediente y, en cualquier caso, se infiere de lo citado por el Apoderado que lo que buscaba el MPS era recomendar que la información que se fuera a enviar a tal Entidad fuera revisada por una persona diferente a quien se encargó de la elaboración de los informes, independencia que entre otras cosas no parece muy clara cuando la persona jurídica que revisa la información está conformada por las personas jurídicas revisadas. No puede colegirse de una recomendación tan precisa dirigida a cada una de las EPS que el MPS estuviese auspiciando y recomendando compartir y afectar la debida transparencia de la información que fuese a ser enviada a la Entidad encargada de definir la UPC y, en cualquier caso, una comunicación como la citada no desvirtúa lo reprochable e ilegal de la conducta sancionada.

#### **2.5 En cuanto a las declaraciones de la señora Mery Bolívar, directora de gestión de la demanda del Ministerio para la Protección Social**

El mismo Apoderado cita como prueba indispensable para la defensa de ~~sus~~ poderdantes, los siguientes apartes del testimonio de la Dra. Bolívar:

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*“Dr. Montealegre: Se refirió también usted en una respuesta anterior a unas discusiones donde ha participado Acemi con el Ministerio dentro del marco del estudio de suficiencia. Podría hacer referencia por favor a esas discusiones, en qué espacio se han dado, quién ha convocado esas reuniones, quiénes han participado de las mismas, por favor.*

*Dra. Bolívar. El estudio comienza todos los años con la solicitud de información, para hacer esa solicitud de información nosotros presentamos un borrador de solicitud de información, hacemos una reunión donde hacemos la presentación, ahí están los gremios y en esas discusiones activamente participa Acemi. Si salen tareas, ha habido en diferentes años, diferentes comportamientos en las cuales hacen sugerencias, etc., por ejemplo Acemi participa con las EPS dentro de esas discusiones. No, que pensamos que deben incluir tal variable, o que deberían hacer tal cosa, etc. Luego durante el resto, o sea, ya cuando empezamos a hacer solicitud de información, dejamos una solicitud de información definitiva, se la enviamos a las EPS, y comienza el procesamiento de la información de estudio.”*

Frente a este aparte del testimonio, este Despacho reconoce, al igual que lo afirma quien trae a colación el fragmento, que efectivamente ACEMI y el MPS llevaban a cabo reuniones para definir aspectos relacionados con la logística y las variables que cada una de las EPS debían suministrar al MPS para efectos de la elaboración de los diferentes estudios. Sin embargo, por este hecho no puede exonerarse de responsabilidad a ACEMI de las conductas imputadas en la Resolución No. 46111 de 2011, pues lo que reprocha esta Superintendencia no es que efectivamente se lleven a cabo reuniones entre la agremiación con el MPS y demás estamentos de regulación del sector, sino que tales espacios sean utilizados para revisar información sensible y acordar la forma y contenido que la misma debe tener para su presentación.

En efecto, se reconoce la importancia de estas comunicaciones en materia de eficiencia para el sector, bajo el derecho de la libre asociación entre los agentes. No obstante, lo que no se puede admitir bajo ninguna circunstancia es que exista una extralimitación en las funciones de la agremiación y esta asociación se convierta en una plataforma de intercambio de información sensible que limite la competencia en el sector, generando distorsiones en la información necesaria para la determinación de variables fundamentales en el sector.

Por lo anterior, si bien este Despacho reconoce la validez y pertinencia de las reuniones llevadas a cabo entre ACEMI y diferentes instancias del gobierno, no encuentra que este hecho sea justificación alguna de los hechos sancionados en la Resolución recurrida a la que se refiere la presente actuación administrativa.

**2.6 Sobre las instrucciones impartidas por ACEMI a sus agremiadas**

Afirman a su vez varios de los apoderados que la SIC incurre en un error cuando afirma que ACEMI daba instrucciones a las EPS sobre el contenido material de la información enviada al MPS y sobre la existencia de un acuerdo para afectar la transparencia de la información en el sistema. Sustentan esta afirmación proponiendo la diferencia

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

existente entre una verificación formal, sin haber analizado datos, frente a realizar un análisis de fondo respecto a los datos.

A su vez, reconocen que la heterogeneidad de la información que efectivamente fue reportada al MPS es una prueba fehaciente de que ACEMI nunca llegó a interferir en el tipo de información que era suministrado a los entes reguladores para el cálculo de la UPC.

Frente a estas afirmaciones es importante retomar una de las pruebas presentadas en la Resolución No. 46111 de 2011 cuando se hace una revisión del correo electrónico con asunto “RE: Tarea ACEMI: aclaración de la información UPC Servicios NO POS - Comentarios proyectos de Ley Cáncer - Evento”, enviando por Nancy García Pardo, Gerente de informática de SALUD TOTAL, a Juan Pablo Rueda, Director técnico de salud de SALUD TOTAL, de fecha 20 de noviembre de 2007 en donde se encuentra el formato diligenciado por la EPS SALUD TOTAL cuya fecha es el 16 de noviembre de 2007. A continuación se transcribe un fragmento del mismo:

*“Nancy, en la parte del cuadro que transcribo, dices que en el informe de UPC al Ministerio no reportamos el valor total de los CTC o Tutelas que prestamos, pero lo que entiendo (basado en el proceso que se hizo) es que nosotros sí reportamos la totalidad de lo facturado por CTC y Tutelas, independientemente que la totalidad de este costo se pudiera o no recobrar al FOSYGA.*

**Lo que ACEMI va a hacer es que va a considerar que no reportamos la totalidad de CTC y Tutelas, y a la cifra que presentamos la va a llevar al 100%, es decir, la va a aumentar aún más.**

Pregunta	CTC	Tutelas
	Si No	Si No
1 El archivo enviado contiene el 100% de los servicios prestados por CTC o Tutelas en el 2006?	NO	NO
2 Si su respuesta fue negativa por favor indique el porcentaje estimado de los servicios que contiene el archivo	78.85	97.83
3 El archivo enviado contiene el 100% del valor de los servicios prestados por CTC o Tutelas en el 2006?	NO	NO
4 Si su respuesta fue negativa por favor indique el porcentaje estimado del	78.85	97.83

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

valor de los servicios que  
contiene el archivo

**Si aplicamos estos porcentajes a lo que presentamos al Ministerio el resultado sería de más de 5,000 millones de pesos más.**

Tipo	Presentado al Ministerio	% ACEMI	Ajustado según % ACEMI
CTC	17,333,437,073	78.85%	21,982,799,078
Tutelas	30,330,519,470	97.83%	31,003,290,882
Total	47,663,956,543		52,986,089,960

“Adicionalmente, en la siguiente parte que transcribo: los valores per cápita que reportamos como pagados son menores que los calculados por ACEMI (en amarillo).

7	Por favor registre los valores per cápita prestados en el año 2006 por los conceptos que se refieren a continuación (valor por afiliado compensado equivalente de acuerdo con el valor que corresponda a su EPS en la tabla de Población de este archivo)	En pesos del 2006 ( EN MILLONES)	Reportado al MPS	%
a.	Total del valor pagado por medicamentos no POS autorizados por CTC	\$ 9,87	14,471	-4,6
b.	Total del valor pagado por medicamentos no POS suministrados mediante Tutela	\$ 9,13		
c.	Total del valor pagado por procedimientos no POS suministrados mediante Tutela (excluye medicamentos)	\$ 13,69	25,321	-2,51

En resumen, en la primera parte decimos que el valor prestado por CTC y Tutelas es aún mayor que el que reportamos al Ministerio, pero en la segunda decimos que es menor. Creo que vale la pena revisar esto pues las instrucciones de ACEMI tal vez no son muy claras y se prestan a confusión.

“Voy a enviar los datos así pues ellos los necesitan ahora, pero creo que vale la pena revisar esto y si hay alguna aclaración la hacemos después a ACEMI (...).”(Subrayado y resaltado fuera de texto)

Llama la atención que una de las preocupaciones de los interlocutores de la conversación referida sugiera que teme que ACEMI aumente la cifra que efectivamente se está reportando. En ese sentido, no es de recibo para este Despacho el argumento según el cual la función de ACEMI se limitaba únicamente a realizar un análisis de la información reportada. Por el contrario, lo que sugiere la conversación señalada es un compromiso expreso de la Asociación al momento de recibir, contrastar y modificar la información que está recibiendo de sus asociados.

**2.7 Sobre el Correo de Sandra Camacho impartiendo instrucciones a sus agremiados**

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Señala el Apoderado de SANITAS que el correo enviado por Sandra Camacho desde ACEMI a los agremiados no puede ser considerado como evidencia de que efectivamente existió una afectación a la debida transparencia de la información. El fragmento en cuestión, señala lo siguiente:

*"Apreciados señores,*

*"1. **De acuerdo con lo establecido por la Junta directiva del pasado viernes, les solicito aclarar el reporte realizado al MPS y ACEMI en los archivo no POS (CTC y TUT) de acuerdo con las instrucciones que se adjuntan.** Así mismo les estamos enviando el gasto per cápita calculado a partir de los archivos recibidos, en donde se observa bastante heterogeneidad en el indicador de gasto per cápita de este rubro, lo cual motiva la presente (sic) solicitud. (...)"*

Tal como se propuso en la Resolución recurrida, se observa cómo la Asociación realiza un juicio sobre la calidad de la información, lo que denota un conocimiento claro de que aquella remitida al MPS no era suficiente. Además se solicita aclaración de conformidad con instrucciones también impartidas por ACEMI.

Se trata entonces de un elemento probatorio que debe ser analizado en conjunto con los demás que hacen parte del soporte de la conducta, especialmente con la hoja de Excel denominada "EPS00X" contenida en Archivo "Formato confirmación No POS" adjunto al correo electrónico enviado por Juan Pablo Rueda, Director Técnico de Salud de SALUD TOTAL, con asunto "Tarea ACEMI: aclaración de la información UPC", de fecha 20 de noviembre de 2007". En dicha hoja se puede observar cómo la información enviada a los entes regulatorios requería de una aclaración adicional para ACEMI, motivada por la llamativa "heterogeneidad" identificada.

No es coherente que ACEMI necesitara verificar la información enviada por sus asociadas al MPS, cuando simultáneamente, según lo afirmado por los mismos investigados, la Nota Técnica elaborada tenía como fuente la información remitida a los entes de regulación.

Por lo anterior, contrario a lo afirmado por el Apoderado, quien califica de obvio el que ACEMI estuviera solicitando que la información no resultara ser heterogénea, resulta para este Despacho un elemento esclarecedor de la conducta que reprocha el carácter del requerimiento de la agremiación. Indudablemente, la homogeneidad que extraña la Asociación no podría lograrse de una forma diferente a afectar la información inicialmente preparada por parte de cada una de las EPS, lo cual necesariamente lleva a este Despacho a extrañar la transparencia de información que debería ser presentada ante el MPS y los demás entes de vigilancia y control encargados de calificar la evolución del sector.

A su vez, el Apoderado de SANITAS presenta en el recurso como complemento a su defensa otro correo correspondiente al 8 de noviembre de 2007 enviado por Sandra Marcela Camacho a Juan Pablo Rueda en donde se afirma que:

*"Hola Juan,*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*Las cifras que tomamos son las que están en la base de datos y en la carta.  
[...]*

*Cuando nos referimos al valor asumido por las EPS, nos referimos al campo donde Ustedes supuestamente iban a registrar el costo total del servicio no POS, creo que ustedes así lo hicieron.*

*Cuando nos referimos a la diferencia, es la resta entre el costo que figura en ese campo EPS y el valor asumido por el usuario.*

*Espero que se aclaren las inquietudes, pues en términos generales estamos hablando de las mismas cifras (aunque a nosotros no nos da 27.142 sino 24.008)”  
[Subrayado fuera de texto]*

Frente a la cita del correo que menciona el Apoderado, este Despacho nuevamente encuentra muy diciente que ACEMI esté en capacidad de cotejar y realizar sus propios cálculos para determinar la validez de las cifras que la EPS le está reportando. Lo anterior es una prueba de que efectivamente la agremiación (i) no ejercía un papel neutral en el recibo de información (ii) daba recomendaciones explícitas de los resultados a los que debían llegar las EPS en su ejercicio de costeo.

**2.8 Con relación al Acta No. 9 de 2007 y la información contenida en ella**

Adicionalmente, los apoderados consideran que el Acta No. 9 de 2007 tampoco fue valorada adecuadamente por esta Entidad. En uno de sus apartes se afirma lo siguiente:

*“A pesar de que el Ministerio no solicitó un período específico, en el comité se discutió que lo más recomendable era enviar los períodos 2007 a 2008 proyectados a un año pues el MPS ya cuenta con la información del 2006 en la base de datos y la otra información le puede permitir hacer una proyección del gasto esperado para el 2008 información relevante para el ajuste de UPC”.*

De este fragmento quedan claros dos temas muy importantes relacionados con la información a ser remitida al MPS. En primera instancia, que cualquier modificación de la misma incidiría significativamente en el referente que el MPS pudiese tener en materia del desempeño del sector para el año 2007, toda vez que hasta ese momento dicha entidad solo contaba con información hasta el año 2006, y que dicha información sería un insumo para realizar la proyección del gasto de forma tal que pudiese concluir el ajuste óptimo que debería ser realizado a la UPC.

Estos dos argumentos contrario a desestimar las afirmaciones propuestas en la Resolución No. 46111 de 2011, llevan a esta Entidad a reafirmar la gravedad de las conductas efectivamente observadas, no solamente por haber afectado la debida transparencia de la información, sino por haber incidido indirectamente en la determinación de la UPC.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**2.9 Correo del 10 de octubre de 2007 enviado desde ACEMI solicitando información**

En relación con el correo del 10 de octubre de 2007 de Sandra Marcela Camacho a varias EPS, el Apoderado de SANITAS presenta la siguiente cita:

*"Apreciados Señores,*

*Por medio de la presente les solicitamos hacer llegar a ACEMI antes del 17 de octubre la información que su EPS planea enviar al Ministerio de la Protección Social, en respuesta al comunicado que se anexa, con el fin de que se haga un análisis interno en ACEMI de dicha información y su consistencia con la información entregada en las Bases de Datos de UPS entregadas al MPS.*

*El resumen de los resultados se enviará con observaciones a cada EPS antes de la fecha límite de envío,*

*Agradecemos su atención y su oportuna colaboración."*

De acuerdo con el Apoderado de SANITAS dicho correo no permite concluir que las EPS hubiesen remitido información distorsionada y por el contrario, indica que ACEMI buscaba que la misma fuese consistente. Llama la atención la afirmación del Apoderado, en la medida en que con este correo queda muy claro que la información que inicialmente las EPS enviaban a ACEMI era sometida a una revisión de consistencia, ejercicio que en principio no tendría justificación alguna que fuese realizado por la Agremiación. Sin embargo, tal como lo demuestra el correo citado por el Apoderado, existió definitivamente la actuación expresa de ACEMI como agente verificador y validador de la información, función que para un siguiente período terminaría por reducir las diferencias propias de la naturaleza propia del desarrollo de la actividad de cada una de las EPS agremiadas.

Es precisamente esta iniciativa de la agremiación de haber implementado un método autodenominado de "análisis interno" de consistencia, lo que definitivamente reprueba esta Superintendencia. No resulta admisible que sea la Agremiación quien compile toda la información del sector, la analice y realice sugerencias de modificaciones, impidiendo de esta forma la transparencia de la información que debía ser enviada por parte de cada una de las EPS al regulador sectorial.

Confunde el Apoderado entre la transparencia de la información y la homogeneidad de la misma. Mal haría este Despacho en reconocer que la muestra de la transparencia de la información termine siendo la homogeneidad de la misma pues esta circunstancia lleva a la homogenización del comportamiento de los competidores en un mercado, preocupación primordial de las normas de protección de la competencia.

**2.10 Sobre la evidencia probatoria acerca del intercambio de información**

Sugieren varios de los apoderados, con especial énfasis, el Apoderado de SALUD TOTAL que pese a que la Superintendencia sostiene que ocurrió un intercambio de

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

información entre las EPS, llevado a cabo a instancias de ACEMI, nunca se mencionó cuáles normas corresponden a aquellas que sancionan el intercambio de información, ni tampoco es establecida la información sensible que fue intercambiada entre las EPS, ni mucho menos cuál fue la unificación de criterios que se produjo como consecuencia del supuesto intercambio de información.

Sustenta cada una de estas afirmaciones citando una carta elaborada por Leonardo Cubillos Turriago, Director General de Gestión de la Demanda en Salud del MPS a Nelcy Paredes Cubillos Vicepresidente Operativo y Financiero de ACEMI, en donde hace una presentación de una información que el MPS entrega a ACEMI, y en la cual el funcionario termina la frase en la que afirma *“Quedamos a la espera de sus valiosos aportes al proceso, en pro de la mejora de la calidad de la información para la toma de decisiones del sistema”*.

Concluyen su argumento que con esta carta queda completamente desvirtuado el supuesto carácter confidencial o estratégico de la información que el MPS estaba compartiendo con ACEMI y que la frase citada representa, según la interpretación del apoderado, que el MPS esperaba retroalimentación de la calidad de la misma.

Al respecto es importante precisar que la carta fechada el 18 de marzo del año 2008 no solamente no precisa que efectivamente contuviese la totalidad de la información que cada una de las EPS reportaba al MPS para el cálculo de la UPC, sino que tampoco permite concluir, como indirectamente sugiere el Apoderado, que dicha información objeto de análisis en la Resolución recurrida no hubiere sido estandarizada y alterada por la Agremiación como resultado de los diferentes instructivos emanados y socializados en los distintos correos electrónicos que se señalan en la Resolución.

Se reitera que esta Superintendencia no reprocha el diálogo entre los organismos reguladores y la agremiación; sin embargo, lo que no resulta aceptable desde ningún punto de vista es que los investigados hubieran compartido información y que se hubieran puesto de acuerdo en la forma como tal información debía ser presentada a los órganos de control. Los apoderados pretenden desdibujar la gravedad de la conducta sancionada enfocando sus argumentos a las características de la información compartida, cuando en el expediente se probó que no solo se compartió información sensible, sino que al ser reportada en algunos casos se ocultó y en otros se alteró su contenido.

No sobra reconocer a su vez, que la información citada por el Apoderado permitiera inferir que el MPS hubiese distribuido a alguna EPS información privada del resto de EPS participantes en el sector. De esta manera, bajo el principio de buena fe por parte de la entidad agremiada, el MPS confió una información a la Agremiación, para sus comentarios.

No puede perderse de vista que lo único que manifiesta el emisor de la carta, en este caso el Director General de Gestión de la Demanda en Salud, es que quedaba a la espera de los valiosos aportes al proceso, en pro de mejorar la calidad de la información para la toma de decisiones del Sistema. De lo anterior mal haría esta Entidad que se interpretara como un deseo manifiesto por parte del MPS de que ACEMI

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

tomara la iniciativa de reducir las heterogeneidades de la información reportada por cada una de las EPS, que terminó siendo lo que la Resolución No. 46111 de 2011 demostró que había hecho finalmente dicha agremiación con el beneplácito de sus asociados.

**2.11 \_Correo de Lucía Torres del 5 de marzo de 2007**

De otra parte, sugiere el Apoderado de ACEMI que el correo electrónico enviado por Lucía Torres de 5 de marzo de 2007, no tiene un valor estratégico en tanto corresponde a información histórica del período comprendido entre los años 2000 y 2006.

Llama la atención a este Despacho dicha afirmación, si se tiene en cuenta que la información que efectivamente contenía este correo correspondía a una serie temporal de la evolución de aquellos procedimientos que habían sido realizados por parte de cada una de las EPS, los costos unitarios por procedimiento y las frecuencias de uso. Aceptar la tesis del Apoderado según la cual por tratarse de una información histórica no representa un elemento de información valiosa que permite actuar estratégicamente en los mercados, significaría desvirtuar por completo los análisis que en materia de comportamiento estratégico han realizado reconocidos autores que han avanzado de manera significativa en el entendimiento de los mercados.

En este sentido, se debe reiterar que el nivel de desagregación de la información, unida a la uniformidad en materia de periodicidad de la misma, constituyen en este caso un conjunto de información tan importante que sería imposible para este Despacho calificarla de irrelevante, mucho más si se tiene en cuenta que bajo ninguna circunstancia debería ser enviada por la Agremiación, con el fin, tal y como fue mostrada en la Resolución recurrida, de generar una conducta restrictiva en materia de competencia.

En cuanto al Acta 05 del Comité Médico de ACEMI, sugiere el Apoderado de ACEMI que no constituye prueba tendiente a afirmar que efectivamente ocurrió intercambio de información alguno, toda vez que la misma únicamente da constancia de la solicitud de información por parte de ACEMI a sus agremiadas y en ningún momento constituye evidencia de que con posterioridad ésta fuera a ser circulada entre todas las EPS agremiadas.

Al respecto, este Despacho insiste en las afirmaciones propuestas en la Resolución No. 46111 de 2011, donde se dijo que la valoración de pruebas no podía realizarse de manera desarticulada. De la valoración del material probatorio en su conjunto, se pudo establecer la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las EPS agremiadas en ACEMI, con la colaboración y dirección de ésta última, que tuvo como objeto impedir la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud.

El Acta 05 de 2007 constituye apenas un eslabón de todo el material probatorio, que en este caso permitió probar que cada una de las EPS previo al envío de la información al MPS, sometía a consideración de la agremiación el compendio de variables a reportar para que desde la agremiación fueran delineados los parámetros y los métodos

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

tendientes a reducir la supuesta heterogeneidad que tanta preocupación generó al interior de la agremiación.

En este sentido, tal como fue propuesto en la Resolución recurrida, se logró establecer que existía diferencia entre la información suministrada por las EPS a las autoridades y aquella compartida en el seno de la asociación y que las EPS-C conocían la no correspondencia existente, situación que sin lugar a dudas tiene la potencialidad de afectar el correcto y suficiente flujo de información para con los reguladores del sector. Adicionalmente, ACEMI en el desempeño de su actividad gremial, excedió los fines y medios legales que puede perseguir y de los que se puede valer para ejercer su función como gremio y representar a las personas jurídicas que agrupa, sirviendo por tanto como escenario de intercambio de información que dadas las circunstancias concretas del mercado analizado y como ya se manifestó en el presente acto administrativo, propició la realización de un acuerdo anticompetitivo.

Es así como en la investigación se demostró que la información solicitada por ACEMI a sus agremiadas era información que permitía a cada una de las EPS-C conocer la forma de funcionamiento de sus competidoras, las estrategias comerciales y las características y cantidades de prestaciones de servicios propiciando condiciones de mercado de no competencia.

Como se expuso de manera detallada en la Decisión recurrida la información que las EPS reportan se constituye como un insumo esencial para el funcionamiento del sistema ya que es base para la determinación de la UPC, así como para determinar los valores pagados por servicios NO POS por parte del FOSYGA.

**2.12 Sobre la confidencialidad de la información compartida por parte de la agremiación**

Sugieren los apoderados que la información citada en las tablas 10 y 11 de la Resolución recurrida no constituye información sensible no solamente porque el contenido de la misma no permitía inferir elementos estratégicos que pudiesen ser utilizados por cada uno de los competidores, sino porque el compendio de información reportada se encontraba disponible en un software público denotado SIVIGILA.

Respecto de esta información, llama la atención a este Despacho dos puntos, a saber. En primera instancia, tal como se afirmó en la Resolución recurrida, esta Superintendencia encontró un fragmento de la hoja de Excel adjunta al correo electrónico en la que reposa la información remitida por SALUDCOOP a ACEMI, circulada entre las EPS-C integrantes del denominado grupo de tarifas.

Como pudo apreciar el Despacho, en este archivo se presenta información de costos desagregada por procedimientos. En la muestra extraída, se presenta un conjunto de sólo 16 de los 2.836 procedimientos costeados por SALUDCOOP. Las EPS CAFESALUD y CRUZ BLANCA remitieron información al mismo nivel de desagregación.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Muestra de Base de datos archivo de Excel “Comparación Tarifas ISS 070307”**



Frente a este cuadro, es necesario reiterar que a pesar de que uno de los argumentos reiterados por los apoderados ha sido enfatizar que los requerimientos de información se realizaban en desarrollo de propuestas regulatorias, se lee del contenido de las pruebas traídas a colación, que la información obtenida y recolectada por ACEMI era de carácter sensible y propia de cada una de las EPS. Por tanto no debió haber sido circulada entre empresas que compiten en el sector, lo que constituye un intercambio de información contrario a las normas de libre competencia.

De igual manera, la Resolución recurrida hizo mención al correo electrónico “RV Contrato Universidad Antioquia Información Tasa General” enviando por Lucía Torres, Asistente de vicepresidencia operativa y financiera de ACEMI a todos los delegados de las EPS-C agremiadas en dicha asociación, con fecha 17 de junio de 2008<sup>39</sup>. En dicho correo, se encontró un archivo comprimido con nombre “TGF.zip”, compuesto por quince archivos de Excel uno para cada EPS-C, en los cuales se relaciona información del número de atenciones institucionales de parto y mujeres en edad fértil, en frecuencia anual desde 2002 hasta 2006, discriminada por departamento.

A efectos ilustrativos, fue presentado en la Resolución recurrida un fragmento de la información que reposa en el archivo de Excel de la EPS016-COOMEVA. Cabe aclarar

<sup>39</sup>De: Lucía Torres [LTorres@acemi.org.co](mailto:LTorres@acemi.org.co) (Servidor de correo: acemi.org.co Dirección IP: 201.232.118.225)

Para: Maria Elena Salazar; Virginia Barona Hormaza; [aespinosa@colsanitas.com](mailto:aespinosa@colsanitas.com), [amcastillo@colsanitas.com](mailto:amcastillo@colsanitas.com), [acastro@saludcoop.coop](mailto:acastro@saludcoop.coop); Alvaro H. Rueda; Arturo Rico landazabal; Blanca Cecilia Gonzalez; Cristian Alonso; Edgar Fernando Munar; Gloria Osorio; [gustavo.trujillo@comfenalcoantioquia.com](mailto:gustavo.trujillo@comfenalcoantioquia.com), Hector Rojas; Janeth Rodriguez; Joas Benitez; Jose Miguel Abad; Julian Alfonso Rivera Sanchez; [Luciam.pineda@coomeva.com.co](mailto:Luciam.pineda@coomeva.com.co), Maria del Pilar Vidales; Marlen Mendez; [monicabm@saludtotal.com.co](mailto:monicabm@saludtotal.com.co), Nohra Mendez Rivera; [omoreno@famisanar.com.co](mailto:omoreno@famisanar.com.co), Rubiela Vargas; Sandra Patricia Guio; Virginia Barona Hormaza

CC: Abelardo Guzman Hurtado; Arturo Sanchez; Carlos A. Montoya; Carlos Mario Arango; Carolina Ayala Valdes; Claudia Gonzalez (secretaria); Constanza Cañon; Cristina Vargas; David Fernando De Los Rios Valencia; David Velasquez; Delia Maria Tabares; Edgar A. Dorado P.; Eleonora Ayala Bernard; Francisco Marin Perez; Freddy Rodriguez; Gabriel Mesa Nicholls; Jaime Lee; Jorge Cespedes; Juan Carlos Echandía Bautista; Juan Carlos Rodriguez; Juan Jose Zamora; Juan Pablo Rueda; Lina Maria Bustamante; Liserole Ruiz (Gerente de Salud SOS); Luis Edgar Ibarra; Luis Guillermo Sanín; Luz Elena Jaramillo; Maria Ines Florez; Maria Piedad Tirado Escobar; Martha Liliana Torres Becerra; Mauricio Serra; Miriam Molina; [mymoreno@comfenalcovalle.com.co](mailto:mymoreno@comfenalcovalle.com.co); OLGA LUCÍA GOMEZ; Remberto Braidy Requiniva; Sandra Patricia Garcia; Sara Elizabeth Mariño Ibañez; Sonia Paredes; Virgilio Barco.

Asunto: RV: Contrato Universidad Antioquia: Información Tasa Generales de Fecundidad

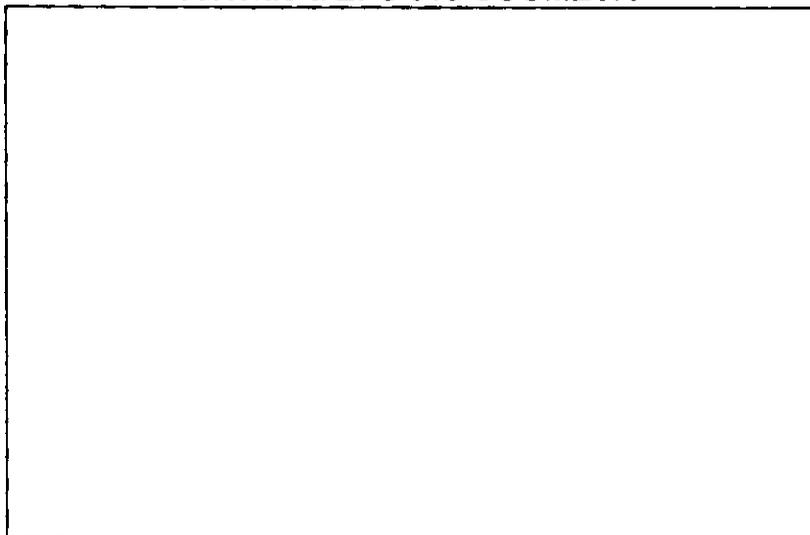
**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

que para todas las demás EPS-C la información se encuentra al mismo nivel de desagregación:

**Muestra del archivo contenido en el comprimido “TGF.zip” Archivo Excel  
referido a EPS 016-COOMEVA**



Como se puede apreciar de la integridad del correo electrónico, aun cuando la justificación para la recolección y circulación de la información era suministrar las Tasas Generales de fecundidad por EPS-C a la Universidad de Antioquia, lo que se reprocha es que se haya compartido la información entre las distintas EPS afiliadas a la agremiación, toda vez que ésta contenía datos considerados por este Despacho como sensibles y propios de cada competidor. De tal suerte, dicha difusión en el marco del acuerdo anticompetitivo afecta la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud.

En segundo lugar, llama la atención que se considere que el cúmulo de información disponible no tenía el carácter de sensible, toda vez que no resulta claro si la información estaba disponible a todo el público y no constituía información confidencial, cómo se explica que la Agremiación tuviere que enviar dicha información a la Universidad de Antioquia, para el caso del archivo TGF.zip y que se resaltara un ejercicio de costeo medio por evento en el archivo TarifasISS\_070307.xls.

Lo anterior, permite concluir que de haber sido pública la información y disponible para todos los interesados, la Agremiación no hubiera tenido que tomarse el trabajo de difundirla entre sus afiliadas ni mucho menos preparar cuadros con el detalle de información que precisamente fue citado, concluyendo así que la compilación y respectiva socialización realizada por ACEMI de la información suministrada constituyó una restricción de la competencia en los términos en los que fue especificado en la Resolución 46111 de 2011.

Esta Entidad no debe dejar de reiterar que el hecho mismo de compartir información, independiente de su naturaleza, comentarla, analizarla e incluso modificarla de común acuerdo resulta reprochable en tanto, como ocurrió en el presente caso, tales actividades permiten a los agentes de un mercado no comportarse como verdaderos

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

competidores, circunstancia prohibida a la luz de la normas de protección de la competencia.

**2.13 Sobre el tipo de información compartida**

Adicionalmente el Apoderado de SALUD TOTAL y otros sugieren que la información compartida entre las diferentes EPS, gracias al papel de ACEMI, correspondía a datos per cápita, costos totales o promedio por procedimientos (conjuntos de actividades) , resaltando que dicha información no estaba expresada en costos por usuario, por proveedor o actividad y, como ya se mencionó en líneas anteriores, al ser información histórica no tenía la virtud de ser considerada como estratégica para cada incidir en el comportamiento de una de las EPS.

Suma a su argumentación, la tesis según la cual si algún valor hubiera podido llegar a tener dicha información era justamente el contrario al pretendido por la SIC, pues lo único que habría permitido advertir a una EPS en particular es que su resultado no era tan eficiente como el de las demás y de esta manera buscara en su interior adoptar los correctivos del caso.

Nuevamente esta Superintendencia encuentra en las afirmaciones del Apoderado de SALUD TOTAL una idea muy particular, según la cual, efectivamente la información suministrada constituía un insumo tendiente a lograr un comportamiento específico en relación a lo observado frente al resto de los competidores.

De acuerdo con el Apoderado de SALUD TOTAL, y de una forma ciertamente limitada en su análisis, la única posibilidad que se abriría con el mecanismo de compartir la información se centraría en inducir cambios en el comportamiento en dirección de generar más altos niveles de eficiencia de cada competidor. Olvida el Apoderado en su análisis que este mecanismo no solamente se circunscribe en esta posibilidad, sino que perfectamente podría explicar una reducción de eficiencia en la información reportada en caso de que una EPS resultara estar por encima en los indicadores de todos y cada uno de los procedimientos.

Este último escenario es el que encuentra esta Entidad como preocupante y como un espacio que finalmente y contrario a lo afirmado por el Apoderado, puede traducirse en una ausencia de competencia entre las EPS involucradas, con la potencialidad a su vez de afectar indirectamente el mecanismo de determinación de la UPC.

**2.14 Sobre la secuencialidad en el envío de información**

Por último, varios de los apoderados insisten en lo propuesto en las observaciones al Informe Motivado, en donde se manifiesta que dada la secuencialidad en el envío de la información, no podría ciertamente esperarse que la información requerida para la elaboración de la Nota Técnica resultara ser idéntica a aquella que había sido solicitada por parte del MPS.

De igual forma lo manifiesta el Apoderado de la EPS SANITAS, quien señala que la solicitud corresponde a información previamente enviada a las autoridades que no

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

podía ser modificada y que se efectuó pues la información remitida mostraba cierta heterogeneidad que daba a entender que cada EPS había remitido un reporte dispar que no le permitiría a ACEMI realizar los cálculos necesarios para su Nota Técnica *“basados en información recaudada bajo el mismo criterio que estaba mal calculada”*.

En el mismo sentido el Apoderado de SALUD TOTAL afirma que el único propósito era validar la información que había sido remitida al MPS, y aunque acepta que ACEMI solicitó la revisión de los valores reportados por SALUD TOTAL al MPS y que dicha situación sólo evidencia cómo se buscaba tener un cuidado especial para que la información fuera veraz y no manipularla como lo entendió la Delegatura.

Frente a este punto, tal como se mencionó en la Resolución No. 46111 de 2011, no se desconoce que la solicitud realizada por ACEMI a sus agremiadas se encontrara referida a la Nota Técnica que habría de presentar al MPS. Lo que llama la atención, es el hecho de que ACEMI necesitara verificar la veracidad de la información que sus EPS agremiadas habían enviado previamente al Ministerio para la elaboración del estudio de suficiencia, cuando según lo manifestado por las EPS investigadas, ACEMI y sus apoderados, la información utilizada para la elaboración de la mencionada Nota Técnica tiene como fuente de información que ha sido remitida a los entes de regulación<sup>40</sup>.

De otra parte, resulta importante reiterar lo referido en la Resolución recurrida cuando se menciona que esta Superintendencia no ha considerado bajo ninguna circunstancia que la solicitud estuviera encaminada a buscar la modificación de la información para remitirla nuevamente al MPS, por cuanto la misma ya había sido enviada, punto sobre el cual existe coincidencia frente a los apoderados de las investigadas.

No obstante lo anterior, si se tomara como cierta la afirmación presentada por los apoderados, respecto de que la información enviada al MPS era revisada por ACEMI como el tercero que aplicaba las mallas de validación, para garantizar su calidad y veracidad, así como para cumplir con los estándares y formatos de envío de la misma al MPS, lo lógicamente esperado es que dicha información no tuviera que ser nuevamente objeto de verificación y revisión por parte de ACEMI quien se supone ya había llevado a cabo esta labor de forma preliminar al envío de la información, pues no resulta lógico que para la presentación de su Nota Técnica imparta instrucciones sobre la forma y el contenido en que la información debe ser remitida a ACEMI con el único propósito de

<sup>40</sup> En diligencia de testimonio practicada el 9 de marzo de 2010 al señor CARLOS ALFONSO MONTOYA MEJÍA, en su calidad de Gerente de Salud de SANITAS manifestó: "Pregunta Apoderado Sanitas: Anteriormente usted indicó que Sanitas remite información a ACEMI, por favor indíqueme al Despacho si esa información es conocida por el ministerio de protección social?

Respuesta: Si hay alguna de esas informaciones que se remiten a ACEMI que son conocidas previamente por el ministerio de la protección social, por ejemplo suficiencia de UPC, eh periodicamente el Ministerio o anualmente el ministerio pide la relación de las frecuencias de servicios y los costos promedios de los servicios para calcular la suficiencia de UPC, del siguiente año basada en el año anterior, me explico, para poder calcular la de 2010 piden la de 2008, para analizarla en el 2009 y determinar la suficiencia de 2010, esa información uno se la entrega al ministerio y copia de esa información se le manda a ACEMI para que ACEMI haga sus análisis para mirar a ver el análisis global de esa información dentro del sistema de las empresas afiliadas a ACEMI. Testimonio obrante en CD en el Cuaderno No. 17.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

ser verificada para que concuerde con la que previamente habrían enviado las EPS al MPS.

Si dicha información se encontrara libre de vicio, error o en este caso se encontrara completa y no se hubieran ocultado algunos de los datos reportados, no tendría ACEMI por qué estar revisando nuevamente la información y mucho menos impartiendo instrucciones en su envío para su posterior correspondencia con aquella previamente remitida al Ministerio, con el fin de que fuera acorde a la que presentaría posteriormente ACEMI como base para la realización de su Nota Técnica.

En consecuencia, y de acuerdo con cada uno de los argumentos arriba presentados, ninguna de las tesis propuestas por el Apoderado de SALUD TOTAL es de recibo y de esta forma, esta Superintendencia reitera las conclusiones a las que llegó en la resolución recurrida en mención.

**IV. RESPECTO A LA CONDUCTA CONSTITUTIVA DEL INTENTO DE FIJAR DE MANERA INDIRECTA EL PRECIO DE ASEGURAMIENTO EN SALUD**

**1. INTRODUCCIÓN**

Tal como fue señalado en la Resolución No. 46111 de 2011, el numeral 1 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994 establece que es considerado como contrario a la libre competencia en el mercado de los servicios de salud cualquier tipo de acuerdos que “[t]engan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios o tarifas”. Así, bajo ninguna circunstancia los actores que participan en el mercado de salud en Colombia pueden realizar acuerdos que tengan por objeto o como efecto definir los precios o tarifas ya sea de forma directa o indirecta.

Como se menciona ampliamente en la Resolución recurrida, en el mercado de aseguramiento en salud del régimen contributivo, el precio del aseguramiento está compuesto por una prima, que en este caso es la Unidad de Pago por Capitación que se encarga de cubrir los costos de los servicios de salud que se encuentran incluidos en el POS.

Este precio del aseguramiento en salud, a diferencia de otros mercados de seguros, tiene características especiales, en particular si se tiene en cuenta que la prima del seguro es definida por el Estado, en cabeza de la CRES, quien es la encargada de definir anualmente el valor de la UPC, teniendo como insumo la información que las EPS reportan anualmente al MPS para el estudio de suficiencia.

Es así como cualquier alteración al conjunto de información reportada por cada una de las EPS genera sensibles consecuencias para el regulador en el proceso de formación de la UPC. Como fue mostrado en la Resolución que motiva la presente actuación administrativa, el hecho de haberse generado un consenso para afectar la lista de procedimientos cubiertos por el POS, unido a que la información reportada al MPS no correspondía a la realidad de los datos contables de las EPS involucradas en la investigación, evidencia un mecanismo indirecto cuyo objeto era el de impactar el valor

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

de la UPC, lo que induce a una fijación artificial de ésta última en un nivel distinto al que se hubiera obtenido de no llevarse a cabo el acuerdo que aquí se reprocha.

Este Despacho concentra su esfuerzo de análisis en lo que tiene que ver con la conducta especificada en el título de la presente sección, bajo el entendido de que uno de los componentes fundamentales de definición del precio de aseguramiento de salud en Colombia lo representa la UPC, variable que es definida *ex-ante* por el regulador y que traduce las condiciones del riesgo de la población asegurada, razón por la cual, guarda una estrecha relación con la probabilidad de atención de los afiliados por procedimientos contemplados dentro del POS.

Como soporte de lo expresado anteriormente, este Despacho considera relevantes los elementos probatorios que fueron utilizados para establecer la realización de las conductas relacionadas con el acuerdo sobre las coberturas del POS y el impedir la transparencia en el mercado. Adicionalmente, resulta relevante hacer referencia nuevamente al fragmento que se cita en la Resolución recurrida que hace referencia a un aparte del Acta N° 010 del Comité Médico de ACEMI, de fecha 7 de diciembre de 2007, en la que se indica lo siguiente:

*“Temas de UPC*

*a. Informe de incapacidades*

*ACEMI presenta el informe obtenido, indicando la metodología utilizada y los resultados. En conclusión:*

**1. Se deben verificar y confirmar los datos de todas las EPS cuya suficiencia esté por debajo de 70% o por encima de 110% para los datos de 2006: EPS 001, 003, 005, 008, 013, 016 y la 018 enviar información de provisión para incapacidades.**

**2. Con los datos actuales de 2006, que es para lo que tenemos el periodo completo, la provisión del 0,25% es suficiente incluso bajo el escenario de la sentencia de la corte, por lo tanto no recomendaríamos presentar esta información al CNSSS (...).** (Subrayado fuera de texto).

Este fragmento demuestra el interés de las investigadas en mantener estandarizados los resultados de suficiencia que arroja el ejercicio del negocio de cada una de las EPS. Lo anterior, con el fin de que el regulador no tuviera información que le demuestra que la UPC es suficiente y cubre más del 100%.

Frente a la conducta reprochada en la Resolución recurrida se visualizaron dos aspectos principales a resolver. En primer lugar, fue reconocido que los recobros por definición se consideran parte del precio del aseguramiento en salud y, en segundo término que con la articulación de las conductas relacionadas con el consenso tendiente a afectar la oferta de servicios de salud, y con la afectación de la debida transparencia de la información en el mercado, es posible establecer la existencia de una tercera conducta consistente en la fijación indirecta del valor de la UPC.

Como fue expuesto en la Resolución recurrida, en el tema concerniente a la definición del mercado de seguros, en particular en lo que tiene que ver con el mercado de aseguramiento en salud, el precio del seguro no puede entenderse como aquellos

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

recursos que son pagados de forma *ex-post* y que si bien sí representan ingresos para cada una de las EPS-C, con la capacidad de afectar positivamente sus estados financieros, no pueden ser considerados como parte del precio del aseguramiento.

Tal y como fue señalado, el precio del aseguramiento es definido de manera *ex-ante* en función de variables directamente asociadas con el riesgo de hacer efectiva la póliza, en este caso, definido por el regulador, quien establece la Unidad de Pago por Capitación (UPC), en función de las condiciones socio - demográficas y de salubridad de la población colombiana. A su vez, los copagos constituyen un elemento adicional dentro del sistema que se proyecta como una condición para que el usuario se sienta copartícipe del costo del servicio que recibe y termina siendo a su vez un mecanismo disuasivo para utilizar reiterada e indiscriminadamente los servicios prestados.

Por lo anterior, este Despacho considera como parte fundamental del precio de aseguramiento en salud la UPC y por tanto es sobre el mecanismo de formación de la misma que concentra su análisis para concluir que las dos conductas inicialmente reprochadas terminan por constituirse como un mecanismo tendiente a fijarla indirectamente.

A continuación serán presentadas las respectivas consideraciones a los argumentos propuestos por los apoderados de las EPS-C afiliadas a ACEMI y de esta agremiación.

## **2. ARGUMENTOS DE LOS APODERADOS**

### **2.1. Sobre los supuestos que sustentan la conducta endilgada**

Sugieren los apoderados de SALUD TOTAL, SANITAS y otros que si las dos conductas tratadas en la Resolución distintas a la relacionada con la fijación indirecta del precio del aseguramiento en Colombia son reprochables para esta Entidad por su objeto y no por su efecto, se sostenga que pueda pensarse en algún efecto sobre la UPC producto del consenso y del ocultamiento de la información.

Así, sugieren que si en el Acto sancionatorio no está demostrado que los acuerdos para restringir las coberturas del POS y manipulación se llevaron a cabo, no podía concluirse que los mismos propiciaron o sirvieron de instrumento para la realización de un supuesto acuerdo de precios.

Frente a este argumento es importante precisar que, tal como fue demostrado en la Resolución en comento, no es necesario probar el efecto de cada una de las conductas que fueron probadas en la Resolución para concluir que por esa vía, no es posible reconocer un mecanismo implícito con la capacidad de impactar en la UPC.

Por el contrario, era tan evidente la existencia de ese mecanismo que en uno de los correos enviado por Sandra Marcela Camacho Rojas, funcionaria de ACEMI a diferentes funcionarios de las EPS agremiadas se aprecia que dentro de las tareas asignadas se encuentra identificar *“el impacto en la UPC, que tiene la inclusión de los elementos y diferentes escenarios de topes económicos para la cobertura económica y ajuste UPC”*.

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*"De: Sandra Marcela Camacho Rojas  
Enviado el: Miércoles, 30 de Mayo de 2007 04:20  
Para: Adriana Bonilla; Alberto Castro Cantillo (acastro@saludcoop.coop); (...)  
C.C: Lucía Torres Cortes; Nelcy Paredes Jonny Carmona*

*Asunto: Compromiso costeo insumos y dispositivos médicos procedimientos POS*

*Datos adjuntos: Consolidado lista insumos 04042006.xls; Glosarios y Artículo 12 V15032006.doc; Inventario Insumos xls*

*Apreciados señores,*

*Por medio de la presente, les estoy enviando la lista de los procedimientos POS que más frecuentemente requieren insumos, dispositivos médicos o prótesis que las EPS consideran que no están en el POS (existen otras que el consenso de EPS considera que está en el POS)*

*Adjunto igualmente la propuesta de definiciones para aclarar el artículo 12, fruto del trabajo de las EPS y al cual se llegó por consenso.*

*Los objetivos son:*

- 1. Costear para cada procedimiento cuánto pueden costar los elementos no POS (para poner topes de cobertura)*
- 2. Determinar la frecuencia con la cual la EPS está suministrando un dispositivo no POS para cada uno de esos procedimientos*
- 3. Calcular el impacto en la UPC, que tiene la inclusión de los elementos y diferentes escenarios de topes económicos para la cobertura económica y ajuste UPC*

*Les pedimos que Ustedes revisen la frecuencia de los procedimientos, y diligencien el formato para el año 2006 del valor promedio/de mercado de los elementos en las casillas correspondientes. Adicionalmente se pretende hacer en el formato "inventario" uno de estos elementos. (Se debe copiar un renglón por cada uno de los diferentes tipos de elementos de cada procedimiento como se muestra en el ejemplo)*

*Para aquellos que no puedan enviar la información es este formato les pedimos que no expliquen qué información disponible (recobros-tutelas u otros) tienen en medio magnético, para apoyar el proyecto de costeo de estos insumos y por lo tanto del impacto que tiene el concepto de integralidad en el costo del plan de beneficios y calcular el ajuste de UPC necesario para asumir este costo.*

*Les agradecemos su colaboración y enviar esta información a más tardar el 8 de junio.*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*Atentamente,  
Sandra M Camacho  
Directora Médica”<sup>41</sup>*

Este tipo de comunicaciones deja entrever que para los participantes del sector salud, era de común conocimiento que cualquier consenso tendiente a limitar la oferta de servicios de salud incluidos dentro del POS, o la afectación de la debida transparencia de la información en el sector, traerían como consecuencia un impacto en el precio del aseguramiento en salud.

**2.2. Sobre la intencionalidad de las dos conductas iniciales y su efecto para afectar la UPC**

En segundo lugar sugiere el Apoderado de SALUD TOTAL que en la Resolución recurrida no se demostró que los acuerdos para restringir el POS y manipular la información hayan tenido por propósito específico inducir un incremento arbitrario de la UPC, ya que no existe ningún elemento probatorio que de cuenta de un propósito, ánimo o mal querer con esta intención por parte de las investigadas.

En su criterio tampoco aparece probado en el acto sancionatorio que la fijación de la UPC por parte del MPS haya sido efectivamente manipulada a través de las negativas

---

<sup>41</sup> From: Sandra Marcela Camacho Rojas [SCamacho@acemi.org.co](mailto:SCamacho@acemi.org.co) (Servidor de correo: acemi.org.co, Dirección IP: 64.22.123.20)  
To: Adriana Bonilla [adrianab@saludtotal.com.co](mailto:adrianab@saludtotal.com.co) (Servidor de correo: smtp.saludtotal.com.co Dirección IP: 64.76.190.157), [acastro@saludcoop.coop](mailto:acastro@saludcoop.coop) (Servidor de correo: mx3.saludcoop.coop Dirección IP: 190.25.209.13), ARTURRO SANCHEZ [asanchez@famisanar.com.co](mailto:asanchez@famisanar.com.co) (Servidor de correo: mail.global.frontbridge.com Dirección IP: 216.32.180.22), Carlos A. Montoya [cmontoya@colsanitas.com](mailto:cmontoya@colsanitas.com) (Servidor de correo: mailbog.colsanitas.com Dirección IP: 200.47.156.194), Carlos Mario Arango [carlos.arango@comfenalcoantioquia.com](mailto:carlos.arango@comfenalcoantioquia.com) (Servidor de correo: mail.global.frontbridge.com Dirección IP: 216.32.180.22), Carmen Victoria Gomez [cvgomez@saludcoop.coop](mailto:cvgomez@saludcoop.coop), [davidv@colmedica.com](mailto:davidv@colmedica.com) (Servidor de correo: mail.messaging.microsoft.com Dirección IP: 65.55.88.22), Diana Cristina Vallejo Ochoa, [dianac\\_vallejo@coomeva.com.co](mailto:dianac_vallejo@coomeva.com.co) (Servidor de correo: gw.comeva.com.co Dirección IP: 200.1.126.9), Edgar A. Dorado [P.edorado@famisanar.com.co](mailto:P.edorado@famisanar.com.co), Eduardo Plata [eduardop@colmedica.com](mailto:eduardop@colmedica.com), eleonora\_ayala@coomeva.com.co; Fernando Ortiz [fernando.ortiz@ui.colpatria.com](mailto:fernando.ortiz@ui.colpatria.com) (Servidor de correo: safe1a.telmexla.net.co Dirección IP: 200.26.137.31), Francisco Marin Perez [franmape@susalud.com.co](mailto:franmape@susalud.com.co) (Servidor de correo: sscorreo.susalud.com.co Dirección IP: 200.1.173.3) , Freddy Rodriguez [frodriquez@famisanar.com.co](mailto:frodriquez@famisanar.com.co) , Gabriel Mesa Nicholls [gabrmene@susalud.com.co](mailto:gabrmene@susalud.com.co) , Heiddy Avila [havila@sos.com.co](mailto:havila@sos.com.co) (Servidor de correo: Dirección IP:), Juan Carlos Echandi Bautista [jechandi@colsanitas.com](mailto:jechandi@colsanitas.com) , Juan Carlos Rodríguez [jcrodriguez@compensar.com](mailto:jcrodriguez@compensar.com) (Servidor de correo: legolas.diveo.net.co Dirección IP: 200.31.68.98), Juan Pablo Rueda [JuanPR@saludtotal.com.co](mailto:JuanPR@saludtotal.com.co), Katty Sanchez Garcia [kathy\\_sanchez@coomeva.com.co](mailto:kathy_sanchez@coomeva.com.co), Liserole Ruiz [lruiz@sos.com.co](mailto:lruiz@sos.com.co), [leibarrar@compensar.com](mailto:leibarrar@compensar.com), [leibarrar@compensar.com](mailto:leibarrar@compensar.com), Luis Felipe Castro [lcastro@famisanar.com.co](mailto:lcastro@famisanar.com.co), losorio1@comfenalcoantioquia.com; Maria Ines Florez [InesF@colmedica.com](mailto:InesF@colmedica.com), [marities@susalud.com.co](mailto:marities@susalud.com.co), [mrtorres@saludcoop.coop](mailto:mrtorres@saludcoop.coop); Mauricio Serra [mserra@comfenalcovalle.com.co](mailto:mserra@comfenalcovalle.com.co) (Servidor de correo: in.sjc.mx.trendmicro.com Dirección IP: 216.99.131.15) , Mauricio Velez Cadavid [maurveca@susalud.com.co](mailto:maurveca@susalud.com.co) , [Miguel\\_torres@coomeva.com.co](mailto:Miguel_torres@coomeva.com.co), Miriam Molina [miriamm@colmedica.com](mailto:miriamm@colmedica.com) , [mymoreno@comfenalcovalle.com.co](mailto:mymoreno@comfenalcovalle.com.co) , Nohra Mendez Rivera [nmendez@humanavivir.com.co](mailto:nmendez@humanavivir.com.co), OLGA LUCÍA GOMEZ [olgomez@compensar.com](mailto:olgomez@compensar.com) , Paola Arias [paolarsa@susalud.com.co](mailto:paolarsa@susalud.com.co) ; Rafael Pájaro [rpajaro@humanavivir.com.co](mailto:rpajaro@humanavivir.com.co), Remberto Braidy [rbraidyr@saludcoop.coop](mailto:rbraidyr@saludcoop.coop), Sara Elizabeth Mariño Ibañez [saram@colmedica.com](mailto:saram@colmedica.com), Sonia Paredes [sparedes@cruzblanca.com.co](mailto:sparedes@cruzblanca.com.co) (Servidor de correo: mx3.cruzblanca.com.co, Dirección IP: 190.25.209.13)

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

de servicios y de manipulación en la información, por cuanto no existe prueba de cuál fue la supuesta alteración que sufrió la UPC en su cálculo.

Al respecto, este Despacho nuevamente ratifica lo expresado en la Resolución No. 46111 de 2011, en donde se manifestó claramente que para calificar como reprochable la fijación indirecta del precio del aseguramiento en salud no era necesario probar que las dos conductas anteriores hubiesen sido ideadas para inducir un incremento arbitrario de la UPC.

Por el contrario, lo que este Despacho reprocha y fue expresado claramente en la Resolución recurrida es que efectivamente la ausencia de transparencia en la información que efectivamente permitiera revelar las condiciones a través de las cuales eran efectivamente prestados los servicios de salud por parte de cada EPS, hacia la entidad encargada de definir el valor de la UPC, sumado al consenso dirigido a definir una serie de procedimientos a ser considerados y excluidos por el POS, son los elementos que sin duda terminan por generar un efecto artificial sobre el conjunto de información de quien determina el precio del aseguramiento en salud en Colombia.

Por tal razón, este Despacho encontró como reprochable el haber incurrido en las conductas señaladas que indirectamente terminaron por afectar el conjunto de información a ser utilizado por la entidad encargada de definir la UPC en Colombia.

Igualmente sugieren los apoderados de SALUD TOTAL, SURA y otros que en ninguna parte de la Resolución recurrida se señalan pruebas concretas que demuestren que (i) el MPS se haya basado únicamente en la información remitida por las EPS para realizar el cálculo de la UPC durante los años 2008, 2009, 2010 o 2011. (ii) que la información remitida por las EPS agremiadas en ACEMI haya sido fundamental o determinante en los cálculos de la UPC durante los años referidos (iii) la información o datos que efectivamente tergiversaron las EPS-C afiliadas a ACEMI junto con el impacto de esta manipulación frente a la UPC.

Frente al tema, esta Superintendencia reitera lo manifestado en la Resolución recurrida cuando propone que no puede ser una justificación el hecho que el MPS hubiese tenido 5 fuentes distintas de información para la fijación de la UPC. En este punto es importante señalar que sin importar el número de fuentes de información, todas ellas por definición tienen un punto de partida común y es precisamente las cifras efectivamente producen cada una de las EPS del sector.

Pues como fue precisado en la Resolución recurrida, la naturaleza de la UPC responde a un ejercicio *ex ante* de determinación de probabilidades de ocurrencia de siniestros, a partir de la información recaudada en el sector, es definido un monto a pagar a cada una de las aseguradoras (EPS) para cubrir el riesgo asociado de que sus afiliados requieran la prestación de servicios médicos (UPC), la cual resulta ser junto con los pagos moderadores, entendidos éstos como factores de racionalización del sistema, el precio de aseguramiento de los servicios de salud en Colombia<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> Artículo 187 de la Ley 100 de 1993.

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

En esta dirección, mal haría la Superintendencia si acepta la tesis tendiente a desestimar la relevancia que la información frente a la cual se reprocha distorsión tenga sobre la determinación de la UPC.

En segundo término no puede desestimar este Despacho la gravedad de la conducta por el simple hecho de que la misma no haya sido utilizada efectivamente por el regulador para determinar el valor de la UPC para el año siguiente. De hecho, la UPC tuvo que ser fijada anualmente por el CNSSS y posteriormente por la CRES teniendo como referente el IPC anual, lo cual contrario a lo que se afirma en los recursos, no es que no tuviera un efecto sobre la UPC, sino que, de acuerdo a la posición del estamento encargado de fijar el precio de aseguramiento en salud resultó tan limitada la información, que el regulador se vio obligado simplemente ajustar manteniendo términos reales el valor del precio de aseguramiento en salud observado en periodos anteriores.

Lo anterior nuevamente reitera la gravedad asociada a la dos conductas inicialmente referenciadas, pues los hechos reflejan que no solamente los comportamientos calificados como reprochables en la Resolución recurrida tienen la potestad de impactar en el ajuste de la UPC, sino que de ser considerada como no representativa de lo efectivamente observado en el sector salud puede ser desestimada, generando de esta manera que el ajuste efectivamente realizado no refleje las condiciones reales del sector salud y por tanto se genere una brecha entre el precio de aseguramiento en salud y las condiciones de costos y economías de escala asociadas a la prestación del servicio.

**2.3. Sobre la imposibilidad de las EPS para fijar la UPC**

Señalan los apoderados de COMPENSAR, COMFENALCO, SALUD TOTAL y otros que la facultad de determinar la UPC es una facultad establecida de manera clara en cabeza de la CRES y por tal razón no puede la Superintendencia concluir que con su actuar las EPC-C agremiadas en ACEMI junto con la misma asociación hayan afectado indirectamente el valor de la UPC.

De igual manera el Apoderado de SALUDCOOP, CRUZ BLANCA Y CAFÉ SALUD E.P.S., manifiesta que al ser la UPC una variable que no es el resultado de la interacción entre la oferta y la demanda, la política de aprobaciones o no aprobaciones entre las EPS, no debería afectarle, pues como bien se indica, su regulación corresponde al Estado y no a las entidades prestadoras del servicio.

Al respecto, se debe reiterar que, como expresamente se señaló en la Resolución No. 46111 de 2011, es que a través de las dos conductas descritas se logró afectar tan sensiblemente el conjunto de información con el que debía contar el regulador para establecer el precio del aseguramiento de la salud en Colombia, que finalmente la suma de esas conductas represente un mecanismo tendiente a impactar de manera indirecta sobre el valor de la UPC.

Si bien esta Superintendencia reconoce que la UPC no es desde ningún punto de vista una variable que se determine directamente a través del juego de la oferta y demanda,

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

sí es importante reiterar a los apoderados que el estamento encargado, en este caso la CRES<sup>43</sup> y en su momento la CNSSS, en el ejercicio de sus facultades conferidas en la Ley 1122 de 2007, utilizan la información del sector, en especial aquella que es producida por la actividad desarrollada por cada una de las EPS-C para determinar el precio del aseguramiento en Colombia.

La información suministrada constituye un reflejo de la dinámica de oferta y demanda del sector en el período inmediatamente anterior y por tanto, contrario a lo afirmado en los recursos, la política de aprobaciones y no aprobaciones entre las EPS hace parte de los criterios que implícitamente el regulador tiene en cuenta al momento de determinar la UPC.

Por tal razón, tal como fue propuesto en la Resolución recurrida, cualquier conducta tendiente a realizar un acuerdo con la capacidad de alterar la oferta de servicios contenidos en el POS, junto con la afectación de la debida transparencia de la información remitida a las autoridades competentes, constituyen elementos suficientes para la constitución de un mecanismo de fijación indirecta de la UPC.

**V. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS**

Con el fin de darle un mejor orden al análisis de los argumentos de los diferentes recurrentes respecto a la responsabilidad personal de sus poderdantes emanada del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, se analizarán primeramente aquellos que de manera general se refieren a la forma como esta Superintendencia interpreta la responsabilidad de los representantes legales, para posteriormente evaluar los relacionados de manera individual con cada una de las personas naturales sancionadas.

**1. ARGUMENTOS GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE REPRESENTANTES LEGALES**

Se ponen de presente por varios de los recurrentes, diversos argumentos relacionados con la forma como esta Entidad interpreta la responsabilidad de las personas naturales en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

El Apoderado de los representantes legales de ACEMI y otras, hizo un desarrollo conceptual de lo que para él es una violación a los principios de presunción de inocencia y proscripción de la responsabilidad objetiva. Inicia su argumentación con la siguiente manifestación:

*“(...) no solamente es superficial lo planteado por las páginas 205 y 206, en cuanto a las condiciones generales sobre la responsabilidad de las personas naturales investigadas, sino que erradamente afirma que la conducta puede ser reprochada*

<sup>43</sup> La CRES entró en funcionamiento el 4 de junio de 2009, de conformidad con lo establecido en el Concepto 2009 ER3111 del 20 de marzo de 2009, expedido por la Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública y según fue reconocido por el Ministerio de la Protección Social en el “Considerando” de su Resolución 4805 del 4 de diciembre de 2009.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*cuando se trate de una omisión, alterando los verbos rectores del tipo sancionatorio (...).”*

Al respecto, se señala en el escrito presentado que en virtud del principio de legalidad que rige el derecho sancionador es necesario tipificar las conductas reprochables y verificar la adecuación del comportamiento al supuesto de hecho de la norma que consagra la situación, así como el grado de gravedad de la falta atendiendo factores como el grado de culpabilidad. En el mismo sentido, el Abogado hace referencia del reconocimiento de la Corte Constitucional<sup>44</sup> del principio de presunción de inocencia, en virtud del cual, la carga de la prueba corresponde a los acusadores, lo que en su concepto no se hizo por parte de esta Superintendencia.

Otro de los argumentos expuestos se refiere a que un requisito indispensable para imponer una sanción de tipo personal en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas “(...) *es haber demostrado la existencia de un elemento volitivo, que permita determinar la participación del sujeto investigado en los hechos objeto de reproche*”. En su argumento el Apoderado acude al principio *Nulla Poena sine Culpa* que proscribe la responsabilidad objetiva aplicable al derecho administrativo sancionador citando para el efecto varias sentencias sobre el tema de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia. En virtud de lo anterior, para el Abogado, en el caso concreto debió probarse la intención y no basta con ostentar la calidad de representante legal o hacer parte de un gremio pues esta situación no está tipificada.

En la misma línea, el Apoderado de SALUD TOTAL y representante legal considera que debe diferenciarse la responsabilidad de la empresa y la de las personas naturales investigadas, ya que las mismas emanan de normas legales diferentes con efectos disímiles lo que implica en su concepto dos juicios de responsabilidad diferentes. Además, señala que de acuerdo con un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no existe una responsabilidad automática entre la empresa y el representante legal y que sólo es reprochable la actuación de éste último cuando esté acreditado que incurrió en los verbos rectores de la norma, en cuyo caso la carga probatoria está en cabeza de la entidad sancionadora.

Por su parte, el Apoderado de Néstor Ricardo Rodríguez y Felice Grimoldi señala en su recurso que la prueba de confesión pueda generar lo efectos pretendidos por la Entidad, debe apreciarse el principio de indivisibilidad el cual implica que la confesión debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe. Frente a la responsabilidad objetiva, señaló lo siguiente:

*“Si se aplican los principios del derecho administrativo, ese comportamiento no puede apreciarse mediante el crisol de la responsabilidad objetiva, puesto que si así fuera, toda sanción de la sociedad investigada por prácticas comerciales restrictivas, fatalmente debe conducir a la sanción a su representante por haberla tolerado”.*

<sup>44</sup> Corte Constitucional C-796 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Conforme con lo anterior, para el Apoderado la ley exige que el comportamiento endilgado debe estar acompañado de una apreciación de la conducta misma del investigado y que en el caso de “tolerar” no puede sancionarse por una mera omisión. Frente a los argumentos de carácter general presentados por los recurrentes, este Despacho considera relevante realizar las siguientes precisiones:

**1.1. Naturaleza de la responsabilidad de los representantes legales**

En relación con la responsabilidad de los representantes legales el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, norma vigente para la época de los hechos, establece como una de las funciones a cargo del Superintendente de Industria y Comercio la de: “ *Imponer* a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.”

De acuerdo con la posición de los recurrentes, la responsabilidad de los representantes legales sancionados no está plenamente demostrada en el expediente. En la mayoría de los casos, se alega que la persona natural involucrada no tenía acceso o poder de decisión directo sobre las conductas endilgadas a las empresas, razón por la cual, se estaría aplicando una responsabilidad objetiva por parte de esta Entidad.

Difiere este Despacho de la posición arriba planteada, pues si bien es claro que las investigaciones administrativas llevadas a cabo por esta Superintendencia no pueden culminar con una interpretación netamente objetiva de la responsabilidad de los representantes legales, también lo es, que la misma ley le imprime a dichos cargos un carácter especial que implica un deber adicional de diligencia y cuidado frente al cumplimiento de las normas legales<sup>45</sup>.

Esta Entidad no considera, como lo ha señalado en otras oportunidades<sup>46</sup>, que la responsabilidad que les pueda ser imputada sea objetiva. No obstante, es claro que en ejercicio de sus funciones quienes ejercen ese tipo de responsabilidades al interior de una sociedad tienen un deber de diligencia especial que no puede limitarse al haber ejecutado o autorizado la infracción. Quien asume el rol de ser administrador o de manera específica el de representante legal, asume también la carga de conocer las actividades que se realizan en la empresa que administra o representa y no puede, en principio, eximirse de dicha carga con la mera afirmación de no haber conocido o no estar a cargo de la situación que generó la actuación administrativa. En palabras coloquiales frente a la actuación de un administrador no resulta aceptable el conocido dicho de que la conducta sancionada ocurrió a sus espaldas.

Ahora bien, en aquellos casos como el presente, en los que se encuentre probado la infracción de las normas de competencia por parte de una empresa o persona jurídica

<sup>45</sup> Sentencia C-123 de 2006. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

<sup>46</sup> Ver Resoluciones SIC 16196 de 2006 y 42411 de 2010, entre otras.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

investigada, frente a sus representantes legales será suficiente incluso, como lo señala la normatividad, la demostración de la sola tolerancia entendida como *“un comportamiento pasivo, por cuanto supone la no realización de una conducta destinada a impedir un resultado, de manera que tolerar es no tomar algún tipo de medida para prohibir, obstaculizar o incluso interferir las conductas realizadas por otras personas. Por ello, la determinación del representante legal de no impedir, obstaculizar o interferir una conducta que se desaprueba, cuando se tiene el poder y el conocimiento necesario para hacerlo, implica tolerar”*<sup>47</sup>. (Subrayado fuera de texto).

No se trata por lo tanto de una descripción superficial como lo afirma el Apoderado de ACEMI y otros, sino de la aplicación de preceptos legales que a pesar de la interpretación subjetiva del Abogado, son claros en determinar que un representante legal que tolere una conducta anticompetitiva debe ser sancionado. Ahora bien, se hace entonces necesario determinar el alcance del verbo rector de la conducta, para así definir si es aplicable al caso en concreto.

Para algunos de los recurrentes se está violando el principio de legalidad al extender el verbo “tolerar” al de “omitir”. Sin embargo, este argumento, además de basarse en un criterio exegético y fuera de lógica, busca desdibujar de manera artificial la responsabilidad de las personas naturales involucradas en la Resolución sancionatoria. Al respecto, no sobra recordar que el Consejo de Estado ya fue claro frente al punto al señalar lo siguiente:

*“(…) la culpa en que pueden incurrir los administradores que ejercen funciones de gestión necesariamente debe estar en relación con los deberes jurídicos impuestos, pues en ultimas la culpa no es más que el incumplimiento de un deber jurídico. Sin embargo, la mencionada responsabilidad se genera no sólo por las actuaciones sino además por las omisiones que se produzcan en el cumplimiento de sus gestiones.”*<sup>48</sup> (Resaltado fuera de texto)

Así, para esta Superintendencia quien conociendo los hechos constitutivos de infracción en su calidad de representante legal tolera su realización a través de la omisión de actuar frente a los mismos, infringe el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153. No es por lo tanto, como erróneamente lo consideran los recurrentes, una violación al principio de presunción de inocencia cuando esta Entidad, dentro del análisis propio de graduación de responsabilidades, tiene en cuenta el ya anotado carácter especial de los representantes legales y el hecho que sus posibles omisiones o tolerancia frente a las conductas anticompetitivas deben ser castigadas.

No puede olvidarse que dentro del procedimiento llevado a cabo por esta Entidad, se le dio a todos los hoy sancionados la posibilidad de presentar y solicitar pruebas, así como controvertirlas dentro de la etapa de investigación, lo cual denota un respeto absoluto a los principios del debido proceso como lo es el de presunción de inocencia. Confunden los recurrentes el hecho de que no compartan el valor que se le da al contenido de las

<sup>47</sup> Resolución SIC No. 51694 de 2008.

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera en sentencia del día 28 de enero de 2010, Magistrado Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Demandante: ANDEVIP.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

declaraciones, con que según Ellos, no exista evidencia suficiente. En otras palabras, si un representante legal tuvo conocimiento de la conducta principal endilgada y toleró su realización, es decir, omitió evitarla o corregirla, debe responder en aplicación del ya mencionado Decreto 2153 de 1992.

En otro sentido, citan los apoderados de ACEMI y de SALUD TOTAL, el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 27 de noviembre de 2003, por medio del cual se revoca la sanción impuesta por esta Entidad a ANDEVIP y en donde se señaló que no existe una responsabilidad automática entre la empresa y el representante legal y que frente a este último, es necesario demostrar que autorizó, ejecutó o toleró la conducta anticompetitiva.

No obstante, vale la pena tener presente que la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca citada por los apoderados fue revocada por el Consejo de Estado mediante fallo del 28 de enero de 2010, pronunciamiento que coincide plenamente con las actuaciones de esta Superintendencia. En este sentido, el Despacho considera apropiado para el caso en cuestión, volver a transcribir el siguiente aparte de la mencionada sentencia:

*“Visto lo anterior, observa la sala que la parte demandante incurre en error al formular el cargo de violación de los actos administrativos demandados relativo a que el tipo de responsabilidad atribuible a las empresas infractoras en este tipo de situación, no es objetiva, sino subjetiva, bajo en entendido que no basta solo con la existencia del acuerdo.*

*Cierto es, como lo dicen los demandantes, que no basta solo con la demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, **no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de sus celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor**”. (Subrayado fuera del texto)*

Conforme a lo anterior, debe entenderse que en aplicación de la posición plasmada por el Consejo de Estado, para proteger el derecho colectivo de la libre competencia, la administración no se encuentra obligada a analizar la intención de los actores, pero para efectos de derivar responsabilidad el elemento subjetivo derivado del objeto del acuerdo sí debe encontrarse acreditado. En el presente caso dicho elemento se encontró debidamente probado como se observará a continuación:

## 1.2. Argumentos individuales

### 1.2.1. Carlos Gustavo Palacino – Representante legal de SALUDCOOP

El Apoderado de SALUDCOOP y su representante legal, expone en el Recurso similares argumentos a los del recurso radicado en representación de la empresa sancionada. No obstante, frente a la responsabilidad personal, hace referencia a una supuesta disparidad y desarticulación en la forma como esta Entidad decidió la situación de los diferentes representantes legales de las sancionadas. Específicamente, critica el Abogado que no se trató con el mismo rasero a los distintos investigados,

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

desconociendo varias de las afirmaciones realizadas dentro de la misma diligencia de interrogatorio.

Según los argumentos expuestos no se entiende "(...) *porqué la misma Superintendencia se abstuvo, sin ninguna razón que no fue predicable también de los representantes de las Empresas del Grupo SALUDCOOP, a imponer sanciones, por ejemplo, al representante legal de SANITAS, Dr. Melciades Castillo Escobar, persona respetable que como los representantes legales de las empresas del Grupo SALUDCOOP, asistía también a la Junta Directiva de ACEMI*".

No comparte el Despacho la posición del Apoderado quien pretende alegar una violación al derecho de igualdad comparando la situación del señor Palacino con la de otro de los investigados exonerado de responsabilidad por razones relacionadas con el momento en el cual ejerció como representante legal. Simplemente para darle claridad al tema, se reiterará lo ya manifestado frente a la situación del señor Melciades Castillo.

*"(...) específicamente frente al actuar del señor Castillo Escobar, este Despacho considera que del material probatorio obrante en el expediente no se desprende prueba suficiente que permita concluir que el señor Castillo Escobar, en virtud de las funciones que tiene a su cargo, toleró la realización de las conductas que se han venido analizando en el presente acto.*

*Lo anterior, debido a que el investigado fue designado como representante legal suplente a partir del 15 de diciembre de 2008<sup>49</sup> y las conductas investigadas en la presente investigación van hasta el 5 de diciembre de 2008<sup>50</sup>. (Subrayado fuera de texto)*

Como es absolutamente claro del aparte extraído, la situación del representante legal de SANITAS es diferente a la del señor Palacino quien sí ejercía como representante legal para la época de los hechos sancionados. Por lo tanto, no es posible alegar una situación de aplicación disímil de la ley, cuando la diferenciación en el tratamiento, parte de criterios netamente objetivos como en el presente caso. Además de lo anterior, para esta Entidad la responsabilidad del representante de SALUDCOOP, representada en su tolerancia de la conducta endilgada a la empresa que dirigida, se encuentra probada a través de su propia declaración, la cual se cita nuevamente a continuación:

**"Pregunta:** *Indíqueme por favor al despacho ¿qué persona es la que está encargada del área de la vicepresidencia técnico científica, por favor, y desde qué fecha?*

<sup>49</sup> Como se puede corroborar del certificado de existencia y representación legal de EPS SANITAS S.A. obrante en el cuaderno N° 2, folios 293 a 303 del expediente.

<sup>50</sup> En este sentido, es necesario citar apares de la declaración de parte rendida por el señor Castillo, en donde manifestó:

*"Pregunta: Ilustre al Despacho por favor con referencia cronológica los cargos que usted ha ocupado en los últimos 5 años.*

*Respuesta: Del año 2005, al 1 de diciembre de 2008 Trabaje con la clínica Colsanitas como gerente general, del 1 de diciembre de 2008 a la fecha como Vicepresidente de EPS SANITAS."*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Respuesta:** El doctor Alberto Castro Cantillo, yo estimo que debe estar desempeñando esa función hace unos 8 años.

**Pregunta:** ¿El doctor Alberto Castro Cantillo le reporta a usted directamente los resultados de su función?

**Respuesta:** Sí, como no.

**Pregunta:** ¿Sabe usted quiénes asisten por parte de SALUDCOOP a los diferentes comités que existen al interior de ACEMI, específicamente al comité médico y al comité jurídico?

**Respuesta:** Pues sí, normalmente asiste, bien sea el doctor Castro, en otras ocasiones algunos funcionarios que dependen de él, dependiendo del tema. En ocasiones asiste el doctor Mauricio Sabogal, cuando se trata dirección dentro del taller jurídico, ellos fundamentalmente creo que son los que están acompañando esos comités (...).

**Pregunta:** ¿Nos puede informar si el doctor Sabogal le informa los resultados de los temas tratados en ese comité?

**Respuesta:** Pues realmente me hace comentarios generales, pero no podría yo decirte que cada vez que hacen un comité de eso nosotros nos reunimos para que él me rinda cuentas, o me diga qué pasó con el tema. Realmente en mi gestión como presidente, yo tengo unas prioridades fundamentales, que son: por un lado la calidad del servicio, por otro la definición clara de procesos de atención al usuario, y por otro la aplicación intensiva de la tecnología para que la entidad sea supremamente eficiente; y el resto de temas, pues por supuesto que yo me voy enterando, bien sea por comentarios que ellos hacen en distintos escenarios de la organización, o bien porque yo leo los informes que se presentan de ACEMI, o bien porque hay comunicaciones de la superintendencia o del ministerio, etc., y sobre esos temas, por supuesto, a veces se trata con todo el personal, para nosotros asumir si hay que asumir o no hay que asumir una posición.” (Subrayado fuera de texto).

Si bien la única prueba citada en contra del señor Palacino es su misma declaración, contrario a lo argumentado por el recurrente, para esta Entidad las afirmaciones en ella contenida son suficientes para demostrar que en su calidad de representante legal de la empresa sancionada tuvo conocimiento de los hechos base de la investigación y no realizó ninguna gestión, actuación o manifestación para prevenirlos o rechazarlos<sup>51</sup>

<sup>51</sup> No puede dejarse a un lado lo manifestado por el señor Palacino respecto al carácter de la información que era solicitada y remitida a ACEMI:

**Pregunta:** ¿ACEMI solicita información a SALUDCOOP?

**Respuesta:** Sí, sí la solicita. **Pregunta:** ¿Nos puede informar qué tipo de información les solicita?

**Respuesta:** Solicita bases de datos de afiliados, bases de datos de costos médicos, de cuentas médicas, etc. **Pregunta:** ¿Conoce usted cuál es el tratamiento que ACEMI da a esa información que SALUDCOOP le reporta?

**Respuesta:** Normalmente para procesar información del gremio, a fin de hacer proyecciones, presentar informes conjuntos, bien sea para discutir con los ministerios, la superintendencia o información al público general. **Pregunta:** Esa información que le entrega SALUDCOOP a ACEMI ¿sabe usted si ACEMI la socializa entre sus agremiadas, o entre alguna otra institución?

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Como ya se señaló, la calidad de representante legal implica un grado de diligencia propio del cargo y en el caso de las violaciones al régimen de competencia, la misma puede emanar de tan solo tolerar su realización en los términos ya descritos. Por lo tanto, en el caso específico es claro para este Despacho que el representante legal de SALUDCOOP, conociendo a través de funcionarios a su cargo, la situación que hoy se sanciona no actuó con la diligencia necesaria, incurriendo así, en la responsabilidad consagrada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, por las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, contenidas en el artículo 3 y numerales 1,8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

**1.2.2. Octavio De Jesús Ayala Moreno – Representante legal de SOS**

Respecto a la situación específica del representante legal de SOS, su Apoderado considera que esta Entidad no demostró que el señor Ayala hubiera tolerado la realización o ejecución de ningún acuerdo anticompetitivo. Para el Abogado, de la lectura del aparte de la declaración citada en la resolución atacada, es posible extraer que en ningún momento se aceptó la asistencia a las reuniones del Comité Médico y que sólo se enteraba de lo allí discutido a través de informes que no son de conocimiento de la Superintendencia. Además se considera en el escrito presentado que en la misma declaración, el representante legal involucrado, manifestó:

*"Pregunta: Dr. Ayala, sabe usted si ha existido una posición, digamos, oficial por parte de ACEMI y de las EPS afiliadas a ACEMI con respecto al tema de los recobros por servicios POS?"*

*Respuesta: Posición oficial? Nunca. Nunca porque es que cada caso es muy particular, entonces cada uno mueve lo suyo (...)*

*Pregunta: Dr. Ayala, le hago la misma pregunta con relación al tema de autorizaciones, sabe usted si existe una posición unificada por parte de ACEMI y las EPS afiliadas a ACEMI, con relación a las autorizaciones de los servicios de salud?"*

*Respuesta: No. No existe."*

Para el Apoderado, lo anterior muestra que no es correcto endilgar consentimiento, tolerancia o ejecución de los supuestos acuerdos anticompetitivos ni en su criterio, tomar aisladamente una parte de la declaración realizada desconociendo otros fragmentos de la misma.

Se aparta el Despacho de los argumentos expuestos por el Recurrente, encaminados a desestimar las manifestaciones del señor Ayala frente a su conocimiento sobre la

---

*Respuesta: No sé si ellos se la entregan a otras entidades afiliadas al gremio, pero, pensaría que, por lo menos nosotros no le hemos fijado a ACEMI ninguna posición respecto de que es una información absolutamente confidencial, que no puede ser compartida con nadie, de manera que si eso se ha dado, pues, eventualmente nosotros no hemos fijado ninguna restricción..."<sup>21</sup> (Subrayado fuera de texto).*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

infracción sancionada y, por supuesto, de la tolerancia que mostró en su calidad de representante legal de la empresa. En opinión del Apoderado, es suficiente con la afirmación de su representado en donde se niega la posición unificada de las EPS respecto de los temas de cobros y autorizaciones de los servicios de salud. No obstante, se olvida que como ya se desarrolló en esta Resolución, la conducta en contra de la empresa ya se encuentra probada y la responsabilidad personal de los representantes gira alrededor de si la ejecutaron, autorizaron o toleraron.

Es decir, la supuesta descontextualización del testimonio no existe, ya que en lo que se refiere a los apartes citados en el recurso a la negación que realiza el representante de la conducta principal. Por otro lado, ya en cuanto a su participación, sí existen manifestaciones claras de que el señor Ayala conoció y toleró el acuerdo que se sanciona<sup>52</sup>. Veamos:

**“Pregunta:** *Dr. Ayala, conoce usted, sobre los temas tratados en el comité médico de ACEMI, ha conocido usted?*

**Respuesta:** *Buena parte, generalmente cuando se concluye el representante le hace a uno, un resumen de lo que allí se conversó, se debatió.*

**Pregunta:** *¿Nos puede indicar que ha sido de su conocimiento?*

**Respuesta:** *Pues aquí amaneceríamos, cada que los citan hay muchos temas, ósea, ...y generalmente el resultado de estas reuniones, surge una propuesta para hacerle a través del gremio al órgano estatal correspondiente.*

**Pregunta:** *¿Dr. Ayala, conoce usted, si en el comité médico de ACEMI, se han tratado temas relativos a la definición de políticas de autorizaciones de servicios de salud?*

**Respuesta:** *Yo creo que se pregunta con fines estadísticos, que tanto uso ha habido de tal o cual procedimiento, puede ser de los recientemente incluidos en el POS, para así mismo luego presentarle al gobierno, propuestas en torno a eso.*

**Pregunta:** *¿Dr. Ayala, conoce, conoció, actualmente, la junta directiva de ACEMI, el plan de trabajo del comité médico que funciona en su interior?*

**Respuesta:** *Como le digo, siempre llega un informe, como un resumen de lo que conversaron en el interior del comité de salud.*

**Pregunta:** *¿Dr. Ayala, indíquenos por favor, cual es la finalidad de la participación de SOS, en los diferentes comités, en el comité médico y en el comité jurídico.*

**Respuesta:** *Socializar las normas, y socializar el impacto de las normas al interior de la empresa”.*

No se trata de escoger apartes de acuerdo con los intereses de esta Superintendencia, como lo pretende hacer ver el Apoderado, sino de puntualizar con base en las declaraciones rendidas, si cada uno de los representantes legales tuvieron conocimiento de los hechos sancionados. Las manifestaciones atinentes a la conducta principal fueron valoradas en su momento para determinar su existencia. Se reitera lo

<sup>52</sup> Documento obrante en la capeta 32, folio 7785 del expediente 09-021413.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

ya dicho en el acto recurrido en el sentido de señalar que: (...) *basta con contar con la evidencia de que quienes tenían la posibilidad de dirigir y tomar las decisiones sobre actividades de la empresa, fueron permisivos frente a los hechos reprochados.*”

Se concluye, entonces, que el señor Ayala incurrió en la responsabilidad consagrada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, por las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, contenidas en el artículo 3 y numerales 1,8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

**1.2.3. Juan Carlos Fernández Manotas – Representante legal de FAMISANAR**

En lo que respecta a la situación particular del señor Fernández Manotas, su Apoderado señaló que no se probó por parte de esta Entidad su participación en la conducta. Para el Abogado, de los apartes de la declaración transcrita en la resolución sancionatoria o se extrae que el señor Fernández haya hecho parte de las reuniones de los comités de ACEMI y se desconocieron fragmentos de la misma declaración en donde frente al tema, se afirma:

**“Pregunta:** *De acuerdo a su conocimiento, existió algún tipo de posición desde ACEMI con relación a esas denominadas zonas grises? Una posición que recogiera la posición de todos o una posición unificada, o una posición común de ACEMI o de las agremiadas a ACEMI?*

**Respuesta:** *No, porque lo que conteste (sic) anteriormente, son tan diversos los temas, que llevar una sola versión de eso es prácticamente imposible porque el ente es una cosa, en el otro es otra cosa, en otro otra cosa, (...)*”

**Pregunta:** *Conoce usted si ha existido una posición oficial, por parte de las agremiadas a ACEMI, respecto de las políticas de cobros de servicios?*

**Respuesta:** *No*”

Para el Recurrente, la SIC no valoró o siquiera estudió las afirmaciones arriba transcritas, las cuales contradicen las conclusiones del acto sancionatorio, situación que de acuerdo con sus palabras *“demuestra una parcialización en el juzgamiento, pues deliberada y arbitrariamente la SIC se apartó de analizar las pruebas que demuestran que el señor Fernández no autorizó, ni ejecutó, ni siquiera toleró un acuerdo anticompetitivo entre las EPS”*.

Nuevamente confunde el Recurrente la prueba sobre la existencia o no de la conducta principal por la que se sanciona a la empresa, en este caso FAMISANAR, con la demostración de la responsabilidad de su representante legal por conocer y tolerar su ocurrencia. No es por lo tanto una parcialización ejercida por la Superintendencia, sino la extracción de los elementos probatorios o en este caso de los fragmentos de declaración en donde se hace referencia a la actuación específica del señor Fernández. Allí se observa el reconocimiento de la participación en la Junta Directiva de ACEMI, lo que denota el conocimiento de los hechos sancionados. El señor Fernández en su declaración manifestó lo siguiente:

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**"Pregunta:** *Ilustre por favor al Despacho los cargos que usted ocupó en los últimos cinco años?*

**Respuesta:** *Fui presidente de FAMISANAR los últimos trece años.*

**Pregunta:** *Por favor nos da usted años exactos de inicio y terminación de esa relación.*

**Respuesta:** *Terminó en diciembre 17 del 2009 y empecé como asesor de la EPS en 1995, después de asesor ocupe el cargo de gerente de mercadeo de la misma EPS y en el 99 me nombraron presidente de la EPS.*

**"Pregunta:** *Participaba usted durante su gestión como presidente de ACEMI a las reuniones de la junta directiva*

**Respuesta:** ***Si Claro, por supuesto***". (Subrayado fuera de texto)

Además de lo anterior, también reconoció el representante legal que de manera indirecta a través de informes elaborados por sus funcionarios, se enteraba de las discusiones que se llevaban a cabo al interior de los comités médicos y jurídicos de la asociación:

**"Pregunta:** *Dentro de la estructura organizacional quienes reportaban directamente a usted?*

**Respuesta:** *Todos los cuatro gerentes y los cuatro staff.*

[...]

**Pregunta:** *Dr. Fernández, conocía usted durante su participación en la junta directiva de ACEMI, las diferentes cámaras que funcionan al interior de ACEMI.*

**Respuesta:** *Si claro.*

**Pregunta:** *Nos la puede referir por favor?*

**Respuesta:** *Pues estaba básicamente la cámara jurídica y la cámara de estudios de salud, esas dos básicamente son las que funcionan.*

**Pregunta:** *Infórmenos por favor, quiénes participaban por FAMISANAR en esas cámaras?*

**Respuesta:** *La secretaria jurídica, en la última temporada fue Martha Garzón y por Salud iba el gerente de salud que es Freddy Rodríguez que es un médico. Esas eran las dos personas que directamente iban a esas reuniones.*

**Pregunta:** *Dr. Fernández, le fue informado a usted por parte del Dr. Freddy Rodríguez el plan de trabajo de la cámara médica?.*

**Respuesta:** *Si claro.*

**Pregunta:** *Nos puede informar qué fue lo realizado*

**Respuesta:** *Básicamente los trabajos que se hacen ahí, en general giran alrededor de la Nota Técnica de la UPC, de los contenidos que están en la nota actuarial y es obvio en un negocio de estos, en un tema de seguros de*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**salud, como es este, lo más importante es que la Nota Técnica este bien costeadada (...).**

*(...) el fundamento más importante del tema de ese comité de salud es el chequear todos los componentes que hace la Nota Técnica de la UPC, que está soportando la UPC, porque de ahí es donde sale la suficiencia o no de la UPC.*

**Pregunta:** *Dr. Fernández con que finalidad le era reportado, le reportaba la gestión la Dra. Martha Garzón? Me refiero a la gestión en su participación*

**Respuesta:** *Más que todo de seguimiento, en esta sesión se basó en esto, se baso en esto, no se ha avanzado en esto, como temas muy globales, muy generales y a mí como representante legal lo que me interesaba era eso saber si las cosas estaban avanzando o no estaban avanzando.*

**Pregunta:** *Dr. Fernández dentro de los reportes que hacia la Dra. Martha Garzón se encontraba el tema de las denominadas zonas grises*

**Respuesta:** *Si claro, siempre salían esos temas (...) para una sola cosa hay diferentes puntos de opinión no solo a nivel del gremio sino a nivel de los entes de control, entonces yo creo que en la medida que se pueda dilucidar esos puntos de diferencia es la única forma de llegar a acuerdos. De llegar a acuerdos con el gremio, con el ente de control que es el que finalmente da el sí o el no para hacer el recobro de ese procedimiento.*

**Pregunta:** *La Dra. Martha Garzón que era la persona que usted nos ha referido asistía a los comités jurídicos de ACEMI, le reportaba los resultados de su participación?*

**Respuesta:** *Si". (Subrayado fuera de texto).*

Asimismo, en lo que tienen que ver con las “zonas grises” expresó:

**“Pregunta:** *Dr. Fernández dentro de los reportes que hacia la Dra. Martha Garzón se encontraba el tema de las denominadas zonas grises?*

**Respuesta:** *Si claro, siempre salían esos temas. Porque precisamente lo que yo te digo, hay muchos temas puntualitos, como ese que te decía del lente (...) donde había diferentes puntos de opinión, para una sola cosa hay diferentes puntos de opinión. No solo a nivel de gremio, sino a nivel de entes de control entonces yo creo que en la medida que se pueda dilucidar esos puntos de diferencia, es la única forma de llegar a acuerdos. De llegar a acuerdos con el gremio, con el ente de control que es el que finalmente da el sí o el no para hacer el recobro de ese procedimiento.” (Subrayado fuera de texto)*

Para este Despacho, el conocimiento, autorización y tolerancia de la infracción por parte del señor Fernández están demostrados y los elementos probatorios supuestamente no tenidos en cuenta, no tienen la potencialidad de desvirtuar la realización de la conducta ya que se refieren a la existencia misma del hecho y no a la participación que sobre éste tuvo la persona natural involucrada. Por lo tanto, se reitera la posición sobre ~~la~~

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

responsabilidad que recae en cabeza del mencionado representante legal, quien incurrió en la responsabilidad consagrada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, por las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, contenidas en el artículo 3 y numerales 1,8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

**1.2.4. Piedad Cecilia Pineda Arbeláez – Representante Legal y Gerente General de COOMEVA**

En lo que respecta a la situación específica de la representante legal de COOMEVA, el Recurrente manifestó que esta Entidad no demostró que la señora Pineda hubiese tolerado la realización o ejecución de ningún acuerdo anticompetitivo. Para el abogado, del texto de la declaración contenido en el acto recurrido no es posible extraer la existencia de la conducta endilgada. Esto debido a que en dicho fragmento de declaración solamente se afirmó que sus funcionarios acudían a las reuniones y que ella tenía conocimiento de lo discutido. Se adiciona que para el apoderado no obra en el expediente ningún acta de reunión de junta directiva de ACEMI, en donde se haya participado su representada.

Po otra parte, se señala que en la misma declaración de parte, la señora Pineda declaró lo siguiente:

*“Pregunta: Dra. Pineda, conoce usted si el comité médico de ACEMI tocó en algún momento el tema de la zona gris, que usted nos refirió en alguna de sus respuestas?”*

*Respuesta: No conozco.”*

Para el Recurrente, la SIC no valoró o siquiera estudió las afirmación arriba transcritas, las cuales contradicen las conclusiones del acto sancionatorio, situación que de acuerdo con sus palabras *“demuestra una parcialización en el juzgamiento, pues deliberada y arbitrariamente la SIC se apartó de analizar las pruebas que demuestran que la doctora Pineda no autorizó, ni ejecutó, ni siquiera toleró un acuerdo anticompetitivo entre las EPS.”*

Como ya se ha señalado, no basta con manifestar en un fragmento de declaración que no se conoce el hecho sancionado, cuando en la misma diligencia se acepta la participación en las reuniones de la Junta Directiva de ACEMI. Lo que para el recurrente es parcialización, no es otra cosa que el análisis de la conducta endilgada a la luz de la prueba obtenida. En efecto, a pesar que la señora desconoce si se habló en el Comité Médico de ACEMI sobre la zona gris, lo cierto es que también señaló lo siguiente:

*“Pregunta: ¿Participa usted en las reuniones de la junta directiva de ACEMI?”*

*Respuesta: Si*

*Pregunta: ¿Nos puede indicar por favor quiénes conforman la junta directiva de ACEMI?*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Respuesta:** Las empresas afiliadas, en esta junta directiva quedamos Colsanitas, SALUD TOTAL, Coomeva EPS, Saludcoop, Compensar, creo que SOS también quedo. Hacen parte de la junta directiva que somos afiliados.

**Pregunta:** ¿Qué personas son las que cada una de esas EPS que usted nos ha mencionado delega para que hagan parte de la junta directiva?

**Respuesta:** Usualmente van los presidentes de las EPS, presidentes, gerentes generales, ante la ausencia cuando no va un presidente, va un representante legal.

**Pregunta:** ¿Tiene usted conocimiento del funcionamiento de un comité médico y de un comité jurídico dentro de ACEMI?

**Respuesta:** Claro, ahí está el comité médico, el comité jurídico, el comité de auditoría y hay uno incluso de operaciones y financiera.

**Pregunta:** ¿Nos puede referir por favor quiénes asisten por parte de COOMEVA EPS a dichos comités? Me refiero al comité jurídico y médico.

**Respuesta:** Comité jurídico el director jurídico o pues otra persona que trabaja con el que es jefe del área de conceptos. Y al comité de médico, igual, el gerente nacional de salud.

**Pregunta:** ¿El funcionario que usted nos ha mencionado que asiste al comité médico le ha reportado a usted los resultados de su participación en el comité médico?

**Respuesta:** Me comenta las discusiones que hay digamos al interior del comité médico de salud, ósea tema de indicadores de salud, temas que interesan pues al gremio, pues que tiene que ver con la gestión del riesgo en salud.

**Pregunta:** ¿La funcionaria que usted nos especificaba en su respuesta anterior que asiste a los comités jurídicos le ha reportado los resultados de su participación en dicho comité?

**Respuesta:** Si, pues por ejemplo me acuerdo de cosas como que tuvieron mucha importancia por ejemplo que hubo reuniones frecuentes sobre el tema de la emergencia social. Que salieron muchos decretos que merecían todo el estudio nuestro y que el comité se reunía a mirarlos por ejemplo. Me acuerdo de dos temas que fueron de mucha relevantes para el sector, temas de la emergencia social y los temas de la corte constitucional la sentencia 760, que también obligó a muchas tareas al Ministerio y a todo el mundo. Y cambio muchas cosas y esos dos temas fueron los de mayor relevancia”.<sup>53</sup>

No se entiende la posición del Apoderado cuando con el contenido de la declaración es explícito en lo que al conocimiento de la infracción por parte de la representante legal se refiere. Además, resulta contradictoria la cita al fragmento de declaración traída por el recurrente en donde se niega el conocimiento sobre si se hablaba de la denominada “zona gris” en el Comité Médico, cuando en otra de las respuestas, la representante

<sup>53</sup> Documento obrante en la capeta 32, folio 7773 del expediente 09-021413.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

legal acepta que se discutieron los temas de la Corte Constitucional en la Sentencia 760.

Como ya se dijo en la Resolución que hoy se recurre, la señora Pineda sí tuvo conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción, en virtud de su calidad de miembro de la Junta Directiva de la asociación y al recibir por parte de funcionarios de la empresa los respectivos informes sobre las actividades realizadas y discusiones sostenidas en los comités. Por lo tanto, se sostiene este Despacho en lo que a la responsabilidad de la señora Pineda se refiere, contenida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, por las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, contenidas en el artículo 3 y numerales 1,8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

**1.2.5. Néstor Ricardo Rodríguez Ardila – Representante Legal y Director Administrativo de COMPENSAR**

Señala el Apoderado del señor Rodríguez que las Cajas de Compensación Familiar como COMPENSAR no tienen un objeto social exclusivo en lo que hace referencia a la prestación de servicios de salud, sino que se trata de uno de los campos de acción de las dichas cajas. No se analizó, según el abogado, la delegación que sobre el tema de seguridad social se realizó el representante legal a la Dirección de Servicios de Salud, por lo que si bien existe un representante legal principal, este no tiene a su cargo el manejo, dirección o administración de los asuntos relacionados con la EPS.

Frente a la delegación referida, se manifestó expresamente lo siguiente:

*“Ahora bien, el hecho de que los Directores de Servicios de Salud hagan un reporte general de los asuntos relacionados con las funciones a su cargo, no permiten concluir, como en nuestro sentir lo hace equivocadamente la resolución que se impugna, que los señores Rodríguez y Grimoldi toleraron o autorizaron las supuestas conductas anticompetitivas.”*

En lo que se refiere particularmente al señor Rodríguez, el recurrente afirmó que su representado no toleró el comportamiento sancionado ni podía tolerarlo, si se tienen en cuenta que ninguno de los correos base de la investigación fueron dirigidos a él, así como tampoco asistió a alguna de las reuniones de ACEMI y la información que recibía al respecto era genérica, tal y como lo señaló en su declaración:

**Pregunta:** *Participa usted en la definición de políticas de autorizaciones de servicios de salud?*

**Respuesta:** *No, digamos en términos generales en nuestra junta veo los temas globales, generales, pero ya el detalle de esta cosa en particular no.”*

**Pregunta:** *La Subdirectora de Salud le ha reportado a usted los resultados de las reuniones de ACEMI?*

**Respuesta:** *En términos generales, como van las cosas, que haya en el sector, digamos lo pertinente para tener una visión general de la actividad.*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Pregunta:** *La Subdirectora de Salud le reportó a usted en algún momento temas tratados en la reunión a la que ella asiste en ACEMI, relacionados con los servicios, con las autorizaciones de servicios de salud?*

**Respuesta:** *No”*

**Pregunta:** *Con relación a los recobros, que se haya tratado este tema en algún momento en ACEMI?*

**Respuesta:** *No”*

Concluye el Apoderado señalando que no existe en el expediente prueba alguna de que el señor Rodríguez fue informado de las conductas reprochadas. Únicamente en su concepto, se tiene noticia de que le informaban verbalmente y de manera general algunas cosas.

No puede olvidarse como lo pretende el Apoderado, la ya mencionada responsabilidad especial que se encuentra en cabeza de los representantes legales como administradores de las actividades de una sociedad, así como tampoco que la conducta acusada en la modalidad de “tolerar” se estructura con el conocimiento que tenga la persona natural involucrada de los hechos motivo de sanción y la omisión de actuar frente a los mismos. En el caso del señor Rodríguez de la declaración rendida se extrae que, contrario a la posición del recurrente, hubo un conocimiento de las conductas a través de informes de funcionarios de la empresa. Se señala en los apartes ya citados en el acto recurrido, lo siguiente:

**“Pregunta:** *Ilustre al Despacho los cargos que usted ha ocupado en los últimos cinco años, indicando para ellos, la referencia de fecha de su vinculación*

**Respuesta:** *En los últimos cinco años he estado en la Dirección de COOMPENSAR.*

(...)

**Pregunta:** *Refiere por favor al Despacho las funciones propias del cargo que usted desempeña en la actualidad?*

**Respuesta:** *Como la Dirección General, son sobre todo funciones de planeación, de direccionamiento, de representación legal, de todas las actividades que realiza la caja, son digamos hoy en día actividades relacionadas con el subsidio familiar, los servicios de bienestar, luego esta toda la parte de salud, de EPS en particular, como programa (...)*

**Pregunta:** *Indíquenos por favor cuáles son sus funciones cotidianas con relación al programa de EPS*

**Respuesta:** *Son funciones que hacen relación al planeamiento general, a mirar la marcha general del programa, asistir a algunos grupos internos o juntas internas en relación con estos programas.*

(...)

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Pregunta:** *Infórmenos por favor en COOMPENSAR EPS que área o que persona es la encargada del proceso que tiene que ver directamente con la definición de autorizaciones de servicios de salud.*

**Respuesta:** *Se llama así un sub proceso de autorización de servicios de salud que mezcla un, parte de esta organización implica que en muchas actividades de las que normalmente se conocen funcionalmente, no tienen responsable una persona sino unos equipos de trabajo, entonces en la autorización de servicios de salud pues hay personas, pero corresponden a equipos de trabajo en prestación directa de servicios, si es pertinente, o en relación con servicios de terceros, si es pertinente y naturalmente el soporte de canales de atención.*

(...)

**Pregunta:** *Participa usted en la definición de políticas de autorizaciones de servicios de salud?*

**Respuesta:** *No, digamos en términos generales en nuestra junta veo los temas globales, generales, pero ya el detalle de esta cosa en particular no.*

(...)

**Pregunta:** *Sabe usted quienes asisten, por parte de COOMPENSAR, a los diferentes comités que funcionan al interior de ACEMI?*

**Respuesta:** *Conozco que la Directora, Subdirectora de Salud, asiste con regularidad a la junta general, ya quien asiste en cada comité no (...)*

**Pregunta:** *La Subdirectora de Salud le ha reportado a usted los resultados de las reuniones de ACEMI?*

**Respuesta:** *En términos muy generales, como van las cosas, que hay en el sector, digamos lo pertinente para tener una visión general de la actividad.*

(...)

**Pregunta:** *La Subdirectora de Salud le reportó a usted?*

**Respuesta:** *Conozco que la Directora, Subdirectora de Salud, asiste con regularidad a la junta general, ya quien asiste en cada comité no (...)*

(...)

**Pregunta:** *Con relación a los recobros, que se haya tratado este tema en algún momento en ACEMI?*

**Respuesta:** *No.”*

En el presente caso, a pesar de haber una manifestación relacionada con el no conocimiento de discusiones frente al tema de recobros y autorizaciones, no puede desconocerse que el señor sí conocía de manera general lo que se trataba y tenía conocimiento de los temas globales. Al respecto, es conveniente tener en cuenta que las conductas que dieron origen a la sanción no se basan en autorizaciones particulares sino en el consenso al que se llegó a través de la asociación sobre dichos reconocimientos, lo cual es sin lugar a dudas un tema general o global contrario a lo

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

que se pretende mostrar. Además, es en este punto en el que la diligencia exigida a los representantes cobra importancia. Si había un conocimiento macro de los temas tratados, era menester del representante legal siquiera ir más a fondo y antes que tolerar las actuaciones realizadas.

De tal suerte, debe mantenerse esta Entidad en lo expuesto en el acto recurrido sobre la existencia de una responsabilidad por parte del señor Rodríguez a la luz del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, por las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, contenidas en el artículo 3 y numerales 1,8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

**1.2.6. Gabriel Mesa Nicholls - Representante legal SUSALUD**

Con el fin de demostrar la no responsabilidad del señor Mesa, su Apoderado inicia sus argumentos refiriéndose a los problemas estructurales del sector, los cuales derivaron en la existencia de la llamada “zona gris”. Según el abogado, las EPS agremiadas en ACEMI junto con el Ministerio de Protección Social buscaron soluciones a la problemática, por lo que fue bajo la misma iniciativa del Gobierno que las sancionadas se reunieron. Sobre las actividades del representante legal dentro de la empresa, se señaló:

*“Las instrucciones que se le dieron al Dr. Mesa al interior de la compañía simplemente se referían a que se le indicara a ACEMI cuáles procedimientos consideraban incluidos en el POS y cuáles no, exponiendo de forma clara los argumentos técnicos que servían de soporte (...)”*

En lo que se refiere a la conducta de afectación de la transparencia en el sector, el apoderado señala que su poderdante no tiene conocimiento de que la empresa hubiera manipulado información para reportar a las autoridades distintas a las que se reflejan en sus bases de datos. Por último, se alega que el señor Mesa “(...) en el momento de dicha investigación (desde el mes de mayo de 2006 hasta el mes de mayo de 2008), era un gerente técnico, mas NO ERA EL GERENTE GENERAL ni el representante legal principal de la entonces SUSALUD.”

De acuerdo con lo anterior, solo es en mayo de 2008 que el señor Mesa asume como representante legal principal. Frente a esto, se alega que las pruebas relacionadas en la resolución atacada que extienden la ocurrencia de los hechos en diciembre de 2008, no son suficientes para comprobar la responsabilidad personal endilgada.

Frente a los argumentos relacionados con la problemática en el sector y la existencia de una “zona gris” como origen de la designación del señor Mesa para atender estos temas, los mismos hacen parte de los elementos propios del análisis de la conducta principal sancionada en contra de la empresa y como ya se mostró en la presente resolución no son suficientes para exonerar ni a las empresas, así como tampoco a sus representantes legales. Éstos deben responder por el hecho de tolerar la conducta, lo cual implica en primer lugar el conocimiento de la misma y en segundo, la omisión de reaccionar frente a la misma con el fin de evitarla o corregirla. Al respecto, deben

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

retomarse los siguientes fragmentos de la declaración del representante legal incluidos en la resolución sancionatoria<sup>54</sup>:

**Pregunta:** Dr. Mesa ilustre al despacho los cargos que Usted haya ocupado en los últimos años.

**Respuesta:** Muy bien, me desempeñe como gerente de salud de SUSALUD durante dos años y como gerente general de la hoy llamada EPS Sura (...).

**Pregunta:** Me puede Usted señalar los años

**Respuesta:** Si, 2006 a 2008 gerente de salud, 2008 a 2010 gerente general.

**Pregunta:** Dr., ¿participa usted en la dirección de políticas de autorizaciones de SUSALUD?

**Respuesta:** Como gerente tengo que mirar las políticas macro, pero no es mi función principal.

**Pregunta:** Nos puede ilustrar con más precisión lo que nos acaba de referir.

**Respuesta:** El área de salud es el área que tiene la función interpretar la normatividad vigente y la normatividad que tiene que ver con todas las inclusiones en el POS. Y como el área de salud tal, toma las decisiones finalmente cuando tomamos decisiones de la estrategia miramos que normativa ha salido y me entero por tal motivo de la interpretación que se ha hecho. **Si hay algún ajuste que debemos hacer los hacemos, pero el área de salud toma las decisiones autónomamente, de acuerdo a la norma, que está y no está incluido y cuáles son los procedimientos de autorizaciones para tal efecto.**

**Pregunta:** Dr. Usted como representante legal discute directamente temas de coberturas y de autorizaciones servicio de salud con el equipo que se encarga de las autorizaciones.

**Respuesta:** Si. **Igual si sale un normatividad o tenemos una situación distinta de la normal generalmente me consultan y me dicen mire salió una norma, por ejemplo, salió el Acuerdo 08 del año 2010 incluye una serie de cosas, todo esto va estar incluido y el proceso de autorización es tal. Generalmente el área de salud toma las decisiones, las revisamos y finalmente tomamos la política.**

**Pregunta:** Dr. Mesa Usted nos decía que Usted discute esto cuando hay eventos excepcionales de las normas. Nos puede referir algún evento excepcional específico, por ejemplo algún servicio específico, alguna autorización que le haya sido consultada.

**Respuesta:** Un caso es como decía el Acuerdo 08 de 2010, es una Acuerdo que sacó la CRES a principio de este año, buscaba dar claridad al POS respecto a lo que se llamaba “Zona Gris”, incluyendo una serie de procedimiento que antes no estaban claramente incluidos en el POS. Esto tiene un impacto sobre la UPC y por esa razón el equipo de salud analizo el acuerdo 08, **analizó la implicaciones, y finalmente nos presenta un informe donde nos dice el impacto es más o**

<sup>54</sup> Documento obrante en la capeta 32, folio 7813 del expediente 09-021413.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**menos del 2% sobre la UPC y es la norma vigente, por lo tanto hay que asumirla. Y partir de la fecha, se autoriza de esta o esta manera”.**

En cuanto a la participación de la empresa que éste representa en los comités y las decisiones y actuaciones tomadas y ejecutadas en ACEMI, manifestó<sup>55</sup>:

**“Pregunta:** Ha tenido Usted un vínculo laboral o comercial con ACEMI

**Respuesta:** No. Ninguno. Comercial o laboral ningún vínculo

**Pregunta:** Participa en las reuniones de las juntas directivas de ACEMI

**Respuesta:** Correcto. Participo como representante legal principal de EPS Sura en las juntas de ACEMI.

**Pregunta:** Nos puede informar quiénes conforman la junta directiva.

**Respuesta:** El Dr. Juan Manuel Díaz Granados como representante de ACEMI, el Dr. Juan Pablo Correa como presidente de la junta, el Dr. Octavio Ayala como presidente de SOS, EL Dr. Fernando Robledo como presidente de Colmédica, la Dra. Piedad Pineda como presidente de Colmédica, el Dr. Alberto Castro representando a Saludcoop, quien me falta, el Dr. Céspedes representando a Comfenalco Antioquia, la Dra. Martha se me olvido el apellido representando a Compensar. Esos son como los principales, **pero finalmente hay unas 15 EPS agremiadas y cada uno de sus presidentes está presente ahí.**

**Pregunta:** Dr. Mesa quiénes asisten por parte de SUSALUD a las distintas Cámaras al interior de ACEMI, me refiero específicamente a la cámara jurídica y a la cámara de salud

**Respuesta:** A la cámara jurídica asiste la Dra. Ana Isabel Mejía que es la directora jurídica para el área de protección social y **a la junta directiva asisto yo.**

**Pregunta:** Dr. Mesa los planes de trabajo de las diferentes cámaras que funcionan al interior de ACEMI son puestas en conocimiento de la junta directiva.

**Respuesta:** Hay unos resúmenes gerenciales de los resultados de cada una de las cámaras. Las funciones del gremio es muy específicas: planear las actividades de comunicación con otros gremios, hacer análisis de la normatividad vigente buscando normativos, entonces, bajo ese orden de ideas, lo que se hace es un resumen en las distintas cámaras y que está presente el momento en el tema de salud.

**Pregunta:** Dr. Mesa asistía Usted al comité médico durante el período comprendido entre 2006 y 2008

**Respuesta:** Si, asistí durante ese tiempo como gerente de salud al comité médico.

**Pregunta:** Dentro del organigrama de la EPS Sura quién actúa como su superior jerárquico 

<sup>55</sup> Ibidem.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Respuesta:** *El vicepresidente de seguridad social, el se llama el Dr. Andrés Ángel, y es mi jefe.*

**Pregunta:** *Al Dr. Andrés Ángel consulta Usted y reporta las decisiones que va adoptar?*

**Respuesta:** *Pues aquellas decisiones que son muy importantes o muy macros, pues igual tenemos reuniones periódicas donde los pongo al tanto. Pero como gerente general de EPS Sura soy autónomo en mis decisiones y le reporto aquellas pues que tengan una envergadura como para vicepresidencia, un impacto general del que tiene que tener conocimiento”.  
(Subrayado fuera de texto).*

Se reitera lo ya manifestado en la Resolución atacada en el sentido de señalar que la participación del señor Mesa, toda vez que, tuvo conocimiento y participó de las decisiones tomadas en los comités efectuados por ACEMI. Frente al elemento cronológico alegado por el recurrente, debe remitirse a los argumentos ya expuestos en el capítulo sobre caducidad de la facultad sancionatoria, en donde se determina que la conducta endilgada se mantuvo por lo menos hasta el mes de diciembre de 2008, momento en el que el señor Mesa ya ejercía como representante legal.

Conforme lo anterior, se sostiene este Despacho en lo manifestado en el acto sancionatorio respecto de la responsabilidad del señor Mesa.

**1.2.7. Juan Manuel Díaz-Granados - Representante Legal de ACEMI**

Frente a la situación específica del representante legal de ACEMI, el Recurrente manifestó que esta Entidad no demostró que el mismo hubiese tolerado la realización o ejecución de ningún acuerdo anticompetitivo. Para el abogado, del texto de la declaración contenido en el acto recurrido no es posible extraer la existencia de la conducta endilgada. Esto debido a que en dicho fragmento de declaración solamente se hizo mención a las funciones propias de su cargo y que por el contrario se obvio tener en cuenta otro fragmento de dicha diligencia en la cual se afirma lo siguiente:

**“Despacho:** *Ha existido en alguna oportunidad, de acuerdo con su conocimiento, una posición oficial por parte de Acemi y de sus agremiadas respecto a políticas de autorizaciones de servicios de salud?*

**Respuesta:** *No. Las autorizaciones y la política la define cada entidad. Y nosotros no tenemos injerencia alguna ni sugerencia alguna en relación con esos temas porque son autónomos. Cada entidad afiliada es independiente. Tiene sus órganos propios de decisión y Acemi ni asiste ni tiene injerencia alguna en esa materia.*

**Despacho:** *Le hago la misma pregunta con relación al tema de recobros*

**Respuesta:** *Igual porque cada entidad toma sus propias decisiones sobre qué recobra, que no recobra. Hay entidades que deciden recobrar unas cosas, no recobrar otras, dependiendo del valor. Cuando hay conflictos jurídicos cada entidad decide si demanda o no demanda. Esos (sic) es problema de cada quien. Yo no tengo poder de las EPS para decidir nada ni para presentar demanda*

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*alguna. En consecuencia son decisiones ya que son de la esfera individual de cada uno de los afiliados*

(...)

*El rol del gremio es la defensa del sistema y la defensa de las EPS y del sistema de medicina prepagada, de las entidades, y todas las actuaciones están orientadas que la gestión gremial externa tenga los mayores elementos de juicio y tenga el mayor soporte técnico. Uno en la relación gremial, en el ejercicio gremial frente al Estado, frente al Congreso, frente a los órganos de control, es mucho más serio y es mucho más efectivo tener soportes técnicos, análisis de cifras, para que los órganos competentes tomen las decisiones con la mayor objetividad y con el mayor volumen de información. Razón por la cual, toda nuestra actuación está presidida por este tipo de cosas."*

(...)

*Despacho: Respecto de las EPS la junta directiva da algún tipo de instrucción?  
Respuesta: Ninguna"*

Para el Recurrente, la SIC no valoró o siquiera estudió las afirmación arriba transcritas, las cuales contradicen las conclusiones del acto sancionatorio, situación que de acuerdo con sus palabras *"demuestra una parcialización en el juzgamiento, pues deliberada y arbitrariamente la SIC se apartó de analizar las pruebas que demuestran que el doctor Diaz-Granados no autorizó, ni ejecutó, ni siquiera toleró un acuerdo anticompetitivo entre las EPS."*

Se adiciona que en el expediente tampoco existe ningún documento, acta o correo en el que se demuestre que el representante legal de ACEMI participó en los supuestos acuerdos sancionados por esta Superintendencia. Esto cobra importancia si se tiene en cuenta lo señalado en su declaración respecto a las constancias de sus actuaciones:

*"Despacho: Usted acostumbra a dejar constancia de sus actuaciones en su calidad de Presidente Ejecutivo de Acemi?"*

*Respuesta: Todas mis comunicaciones están en correos electrónicos. Cuando uno tiene tanto número de afiliados la comunicación por medio electrónico y todo queda o en el correo electrónico, en los correos que mando o en las circulares que se envían de parte de Acemi. De cada reunión a la cual yo asisto que sea relevante, se presenta un informe a la junta directiva desde dice fecha, objetivo, asistentes, temática tratada."*

Además, para el Apoderado debe tenerse en cuenta que el señor Díaz-Granados no asiste al comité médico de ACEMI ya que como consta en el organigrama de la asociación, la Dirección Médica no depende de la Presidencia Ejecutiva ni le reporta directamente a ésta.

Se aparta este Despacho de la posición planteada en el recurso presentado, la cual se encamina a buscar una exoneración de la conducta endilgada basada en las algunas

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

afirmaciones del señor Díaz-Granados frente al rol del gremio que presidía en el momento de los hechos investigados. No obstante, como ya se ha manifestado la existencia o no de la conducta principal y del papel de la asociación dentro de la misma, ya fue evaluada concluyéndose que hubo un acuerdo anticompetitivo. Lo que ahora se discute es si cada uno de los representantes legales vinculados a la investigación y sancionados en el acto recurrido incurrieron en alguno de los verbos rectores que determinan la responsabilidad personal prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Frente a esto, el señor Díaz-Granados manifestó en su declaración lo siguiente:

**“Pregunta:** Con relación a su respuesta anterior Dr. Díaz-Granados, me puede especificar cuáles son las funciones que se encuentran en los estatutos a que usted nos ha hecho referencia?

**Respuesta:** Representar legalmente la asociación y ser el vocero de la misma ante terceros ante el público en general.

**Pregunta:** Dr. Díaz-Granados, nos puede explicar por favor su cotidianidad como presidente ejecutivo de ACEMI, cuáles son las labores que realiza, digamos de qué manera desarrolla sus funciones como presidente?

**Respuesta:** Como presidente ejecutivo yo soy el responsable de la asociación, además soy su representante legal como lo he dicho, en consecuencia tengo a mi cargo la coordinación de las actividades de la asociación y por lo tanto soy el superior jerárquico de ACEMI, en consecuencia las actividades de la asociación se desarrollan bajo mi dirección como está previsto en el estatutos y en desarrollo de eso se hace la respectiva planeación y las respectivas actividades, mi función directa básica es el manejo de la junta directiva y de las asambleas de afiliados.

(...)

**Pregunta:** De quién depende específicamente el comité médico?

**Respuesta:** Del área de la vicepresidencia operativa y financiera (...)

**Pregunta:** Dentro de la estructura que usted nos ha mencionado nos puede informar quienes reportan directamente a la presidencia ejecutiva?

**Respuesta:** Reporta la vicepresidente jurídica, reporta la vicepresidente operativa y financiera, reporta la directora de comunicaciones y mi asistente secretaria.  
(Subrayado fuera de texto)

No se encuentra sustento en la posición planteada por el Apoderado, cuando es claro que las actividades de la asociación estaban dirigidas por el sancionado. Los hechos que constituyen la infracción, no fueron aislados o insignificantes y por el contrario se constituyeron como una de las actividades principales de ACEMI. Por lo tanto, al reconocerse la dirección absoluta por parte del representante legal involucrado, su tolerancia a los mismos es clara. Al manejar la Junta Directiva y la Asamblea de afiliados, el señor Díaz-Granados tuvo la oportunidad de manifestar su oposición a las actuaciones hoy sancionadas con el fin de prevenirlas o contrarrestarlas.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Conforme lo anterior, se sostiene este Despacho en lo manifestado en el acto sancionatorio respecto de la responsabilidad del señor Díaz-Granados.

**1.2.8. Felice Grimoldi Rebolledo – Representante legal COMFENALCO VALLE**

Señala el Apoderado del señor Grimoldi que las Cajas de Compensación Familiar como COMFENALCO VALLE no tienen un objeto social exclusivo en lo que hace referencia a la prestación de servicios de salud, sino que se trata de uno de los campos de acción de las dichas cajas. No se analizó, según el Abogado, la delegación que sobre el tema de seguridad social se realizó el representante legal a la Dirección de Servicios de Salud, por lo que si bien existe un representante legal principal, este no tiene a su cargo el manejo, dirección o administración de los asuntos relacionados con la EPS.

Frente a la delegación referida, se manifestó expresamente lo siguiente:

*“Ahora bien, el hecho de que los Directores de Servicios de Salud hagan un reporte general de los asuntos relacionados con las funciones a su cargo, no permiten concluir, como en nuestro sentir lo hace equivocadamente la resolución que se impugna, que los señores Rodríguez y Grimoldi toleraron o autorizaron las supuestas conductas anticompetitivas.”*

En lo que se refiere particularmente al señor Grimoldi, el Recurrente afirmó que su representado no toleró el comportamiento sancionado ni podía tolerarlo, si se tienen en cuenta que ninguno de los correos base de la investigación fueron dirigidos a Él, así como tampoco asistió a alguna de las reuniones de ACEMI y la información que recibía al respecto era genérica, tal y como lo señaló en su declaración.

Concluye el Apoderado señalando que no existe en el expediente prueba alguna de que el señor Rodríguez fue informado de las conductas reprochadas. Únicamente, en su concepto, se tiene noticia de que le informaban verbalmente y de manera general algunas cosas.

No puede olvidarse como lo pretende el apoderado, la ya mencionada responsabilidad especial que se encuentra en cabeza de los representantes legales como administradores de las actividades de una sociedad, así como tampoco que la conducta acusada en la modalidad de “tolerar” se estructura con el conocimiento que tenga la persona natural involucrada de los hechos motivo de sanción y la omisión de actuar frente a los mismos. En el caso del señor Grimoldi de la declaración rendida se extrae que, contrario a la posición del recurrente, hubo un conocimiento de las conductas a través de informes de funcionarios de la empresa. Se señala en los apartes ya citados en el acto recurrido, lo siguiente:

El señor Grimoldi, manifiesta en lo atinente a ACEMI, lo siguiente:

**“Pregunta:** *¿Desde cuándo conoce usted a ACEMI y a que reuniones ha asistido?*

**Respuesta:** *Fui miembro de su junta directiva, al comienzo de la reforma de la ley 100, de la reforma de salud que se inició con la ley 100. Y que dio origen también*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*a que todos los que estábamos participando, participáramos en la creación de ACEMI. Y fui miembro de su junta directiva durante muchos años, pero ya con el crecimiento de nuestra organización, en los últimos cinco, seis años no recuerdo exactamente, empezó a asistir directamente nuestra directora de servicios de salud y hoy en día nuestro director de salud.*

**Pregunta:** *¿Durante que años perteneció usted a la junta directiva de ACEMI?*

**Respuesta:** *Creo que estuve hasta el año, no sé exactamente, pero creo que estuve hasta el año 2003, más o menos 2004. De allí en adelante, yo ya no volví a participar en ningún, digámoslo así, en ninguna reunión de junta directiva y ya iba nuestro director de servicios de salud”.*

**“Pregunta:** *En este último período que usted nos refiere donde asiste a las reuniones de ACEMI el director de salud de Comfenalco Valle ¿Esta persona le reporta a usted los resultados o los temas del día abordados en la reunión de ACEMI?*

**Respuesta:** *Si, por supuesto pero ese informe es más verbal. Y en nuestros comités de dirección.*<sup>56</sup>

Contrario a la posición planteada por el apoderado del señor Grimoldi, así no haya participado en las reuniones de ACEMI y no vaya dirigido a Él ninguno de los correos electrónicos traídos en la investigación, lo cierto es que en su calidad de representante legal de la sociedad, conoció de los hechos constitutivos de infracción y los toleró, situación de cumple con uno de los presupuestos de responsabilidad de personas naturales por infracciones al régimen de competencia.

Conforme lo anterior, se sostiene este Despacho en lo manifestado en el acto sancionatorio respecto de la responsabilidad del señor Grimoldi.

**1.2.9. Claudia María Sterling – Segundo Suplente del Representante Legal SALUD TOTAL**

Para el Apoderado en el caso de la señora Sterling no solo no son suficientes las pruebas que sustentan la conducta, sino que no se tuvieron en cuenta otras tantas que demuestran su no responsabilidad. Se realiza en el recurso presentado un análisis sobre los verbos rectores de la conducta con el fin de determinar si en el caso específico la representante legal de SALUDTOTAL incurrió en alguno de ellos. Se critica en el escrito presentado la valoración probatoria que le dio la Superintendencia a la declaración de la sancionada.

En primer lugar, se alega que en virtud dentro de las funciones propias de su cargo la señora Sterling no tenía la de diseñar o implementar las políticas que motivaron la sanción en contra de la empresa que representa y que por el contrario, se encarga de atender procesos judiciales, los asuntos disciplinarios, la parte societaria de la organización asesorías contractuales y funciones consultivas como cualquier oficina jurídica de una empresa. Para el Recurrente la SIC “(...) *debió haber demostrado que*

<sup>56</sup> Documento obrante en la capeta 32, folio 7854 del expediente 09-021413.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*ella le fueron consultados de manera particular y concreta aspectos relacionados con los hechos materia de investigación, o cuando menos que tales hechos estaban relacionados con el giro ordinario y habitual de sus funciones como Secretaria Jurídica y que por lo tanto debía conocerlos.”* Como un segundo punto, señala el Apoderado que de la misma declaración de su representada se extrae que los temas abordados en las reuniones de ACEMI no le son consultados. Hace referencia a que en ninguno de los correos electrónicos referidos en la resolución recurrida aparece como destinataria y que aun si lo estuviera, ese solo hecho no era suficiente para demostrar su responsabilidad.

Otro de los argumentos se basa en que según el Abogado, tanto en el organigrama de la empresa, como en la misma declaración de la señora Sterling es claro que los temas técnicos no eran de su resorte o bajo su subordinación y que no conoció los “*planes de trabajo del Comité Médico de ACEMI*”, ni del “*Grupo POS*”, por ser de conocimiento exclusivo de la Vicepresidencia de Salud. Asimismo, afirma el Abogado que su representada manifestó bajo la gravedad de juramento que las “*Actas del Comité Médico de ACEMI*” las conoció únicamente con ocasión de la investigación de la SIC.

Finalmente, para el Apoderado de la representante legal de SALUD TOTAL el Superintendente en su decisión final debió haber explicado las razones por las cuales se apartó de la recomendación de exonerar a la señora Sterling contenida en el Informe Motivado.

En opinión de este Despacho, los argumentos esgrimidos por el Apoderado no son de recibo para exonerar a la representante legal de SALUD TOTAL de la responsabilidad personal emanada de la tolerancia a los hechos constitutivos de la infracción. En primer lugar, a pasar de que el Recurrente extraña un acervo probatorio más robusto para sustentar la decisión, debe recordarse que basta con que se haya evidenciado el conocimiento que como representante de la empresa haya tenido la señora Sterling de la conducta realizada y que frente a los mismos no hubo actuación alguna para evitarlos o corregirlos para estructurar la existencia de tolerancia frente al acuerdo anticompetitivo.

Se alega que no se tuvo en cuenta la declaración de la sancionada por no habersele consultado las decisiones, sin embargo, dichas afirmaciones podrían ser relevantes en un escenario en donde el verbo aplicado fuer el de autorizar únicamente. En el presente caso, como en varios de los aquí analizados, se reconoció que el conocimiento de las actividades realizadas en ACEMI. Veamos:

**Pregunta:** *Indique que cargos ha ocupado en los últimos 5 años, señalando para ellos la fecha de vinculación de los mismos.*

**Respuesta:** *Desde el 30 de mayo de 1995 soy la secretaria jurídica de SALUD TOTAL EPS.*

(...)

**Pregunta:** *Describa en detalle Dra. Sterling las actividades que usted realiza en su cotidianidad en SALUD TOTAL EPS*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Respuesta:** Bueno primero el manejo de todas las tutelas de mi compañía, segundo el manejo de todos los procesos judiciales de responsabilidad civil, acciones populares que también llegan a la compañía, tercero todo el manejo laboral disciplinario de la compañía, cuarto el manejo societario de la compañía, y quinto la asesoría contractual los contratos que celebra la compañía.

Adicionalmente como a todas estas labores tengo una labor digamos pues consultiva, cualquier área que tenga una duda legal o jurídica pues con mucho gusto se le asesora.

(...)

**Pregunta:** Dra. Sterling, recuerda usted con qué periodicidad se cita a las reuniones de ACEMI?

**Respuesta:** Tengo conocimiento de que las reuniones de ACEMI son de carácter mensual las de la junta directiva.

**Pregunta:** dentro de los roles que usted desempeña le son consultados los temas que son abordados en estas reuniones mensuales?

**Respuesta:** No, no me son consultados esos temas.

**Pregunta:** O para efectos de ilustración, los ponen en conocimiento suyo?

**Respuesta:** digamos que cuando hay dudas jurídicas en relación con algún tema tratado no sólo en ACEMI sino en cualquier reunión a la que va el presidente efectivamente me consultan mi opinión.

(...)

**Pregunta:** Dra. Sterling, conoce usted a la señora Adriana Bonilla, gerente de Salud de SALUD TOTAL, para los años 2007, en caso afirmativo, narre al despacho las circunstancias de tiempo y lugar en que usted conoció a la señora Bonilla.

**Respuesta:** Bueno Adriana Bonilla efectivamente fue la gerente de salud de SALUD TOTAL desde hace.... Durante muchos años. En septiembre del 2007, del 2008 aproximadamente fue nombrada vicepresidente de salud de la EPS y en enero de 2009 aproximadamente se retiro de la compañía.

**Pregunta:** Durante estos años que la Dra. Bonilla prestó sus servicios de SALUD TOTAL, tuvieron la oportunidad de compartir digamos aspectos laborales, o ella le reportaba a usted algunos aspectos desarrollados en concreto con el comité médico?

**Respuesta:** Digamos que la relación no era específicamente con ella, yo me relacionada con los vicepresidentes de salud directamente. Pues evidentemente cuando ella estuvo de vicepresidente de salud ella me preguntaba a mi algunas cosas en las que ella veía que había vacíos legales, pues ellos son médicos y no saben de temas legales entonces de temas legales si me preguntaba (...)

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Pregunta:** *Dra. Sterling, participa o participó usted en algún momento en la definición de políticas de definición de SALUD TOTAL?*

**Respuesta:** *No, no participe esa era una potestad o una delegación exclusiva de la vicepresidencia de salud, como le digo yo solamente contestaba unos temas puntuales que me preguntaban cuando había dudas jurídicas.*

(...)

**Pregunta:** *Dra. Sterling, compartían ustedes con las personas que se han mencionado lineamientos, de coberturas y autorizaciones en servicios de Salud?*

**Respuesta:** *Yo personalmente digamos que no porque ellos eran los que definían eso, es decir el área médica con todos u comité ellos eran lo que definían básicamente como se parametrizaban los servicios con base en criterios médicos, pues porque todos ellos son médicos, no le digo, cuando había alguna duda jurídica y puntual, porque no era es que vamos a consultarle todo allá a Claudia, alguna duda jurídica puntual, tal cosa usted qué opina, pues ahí yo opinaba, ellos veían si tomaban mi opinión o no porque a veces uno decía una cosa y ellos hacían otra, ah bueno entonces es que es definición de ellos y delegación de ellos, pues perfecto, uno cumple con decirles, ellos ya después definen que hacen. Y procedimentalmente se está así estipulado.*

La señora Sterling, en su doble condición de representante legal y asesora jurídica, tenía la carga de evitar o corregir el acuerdo anticompetitivo sancionado luego de tener conocimiento de las actividades que los constituyeron, no siendo necesario, como se pretende, que hubiera una consulta específica sobre la materia. Es decir, así los aspectos del Comité Médico no eran de su resorte, la demostración de lo contrario, sólo exoneraría la responsabilidad emanada de la ejecución y/o autorización de la conducta y no de la tolerancia de la misma.

Por último, como ya se ha dicho y como correctamente lo señala el apoderado, el Despacho al momento de tomar su decisión final, no tiene la obligación de seguir las recomendaciones contenidas en el Informe Motivado de la Delegatura, ya que analiza de manera independiente las pruebas obrantes en el expediente y como en el presente, caso las valora bajo su propio criterio. No obstante lo anterior, tanto la posición frente a la estructuración de la infracción, como la prueba tenida en cuenta para la decisión sancionatoria fueron debidamente explicadas en el acto recurrido.

**1.2.10. Aníbal Rodríguez Guerrero - Representante Legal de CAFESALUD**

El señor Rodríguez, actuando en nombre propio, basa los argumentos sobre su responsabilidad en la investigación en la supuesta violación al principio de imparcialidad contenido en el artículo 6 del CCA. El recurrente acusa por una parte a esta Entidad de discriminar en la forma como determinó su participación en la infracción sancionada en comparación con la de otros representantes legales no involucrados en la investigación, y por la otra, de no haber sido objetiva en la evaluación de su situación respecto a otras personas incluidas en la investigación.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

En lo que se refiere al primero de los aspectos descritos, considera el recurrente que la Superintendencia deliberadamente no vinculó a la investigación al señor Juan Pablo Currea Tavera quien, en su concepto, es el miembro más importante y de la Junta Directiva de ACEMI, además de ser el representante legal de EPS SANITAS y Presidente de la mencionada Junta. Para el recurrente, si aun siendo la participación del señor Currea mucho más activa no fue vinculado, no se entiende la razón de la sanción impuesta a Él como representante legal de CAFESALUD. Por otro lado, se señala en el recurso presentado que esta Entidad no fue imparcial al vincular al señor Melciades Castillo como representante legal suplente de EPS SANITAS, en lugar de hacerlo con Juan Pablo Currea, representante legal principal y en su caso, no se vinculó al representante legal suplente de CAFESALUD.

Frente al segundo aspecto alegado, para el recurrente tampoco fue imparcial la Superintendencia ya que no se sancionó a todas las personas que autorizaron, ejecutaron o toleraron las conductas anticompetitivas, además, tampoco existen pruebas directas a la conducta a él endilgada.

No se comparte la posición planteada sobre una supuesta violación al principio de imparcialidad citado por el sancionado ya que en el acto recurrido se analizó la situación de cada uno de los representantes legales vinculados a la investigación a través del auto de apertura, decisión que en su momento tomó la Delegatura de Protección de la Competencia, basada en los elementos probatorios recaudados durante la etapa de averiguación preliminar. Por lo tanto, este Despacho debe limitarse a definir el grado de responsabilidad de aquellas personas naturales involucradas en dicho acto, entre las cuales no se encontraba el señor Currea al que se hace referencia en el recurso. Llama la atención que el señor Rodríguez realice estas manifestaciones en esta instancia del trámite cuando hubiera podido realizarlas en las respuestas al acto que inició la investigación, durante la etapa probatoria o incluso en su declaración, en donde hubieran sido mucho más útiles para el ente investigador.

Ahora bien, en lo que se refiere al señor Melciades Castillo se reitera lo arriba afirmado sobre su exoneración, la cual tiene como razón de ser, el hecho de que el señor Casillo inició sus labores como representante legal suplente a partir del 15 de diciembre de 2008, fecha posterior a la última fecha hasta la cual se tiene conocimiento de la infracción.

Basa la mayor parte de su argumento el señor Rodríguez comparando su situación con la de otros investigados o hipotéticos investigados y no se sustenta de manera sólida la razón por la que considera que no existe un respaldo probatorio suficiente para la sanción a Él impuesta. En efecto, basta con traer nuevamente a colación la declaración del sancionado, en donde se acepta el conocimiento de los hechos sancionados:

**“Pregunta:** *Doctor Rodríguez, ¿qué injerencia tiene usted como presidente de Cafesalud EPS en los temas que trata la dirección médica?*

**Respuesta:** *Todos los temas se conocen conmigo, obviamente los consultamos con la junta directiva si hay necesidad, pero las competencias son nuestras.*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Pregunta:** Doctor Rodríguez, participa usted en la definición de políticas de autorizaciones de Cafesalud EPS?

**Respuesta:** Sí.

**Pregunta:** Doctor Rodríguez, ¿el Director Médico que asiste por parte de Cafesalud EPS a la cámara médica de ACEMI, le reporta a usted los resultados de la labor de la cámara?

**Respuesta:** Me cuenta situaciones de esa naturaleza, por supuesto que yo no soy médico, yo no tengo la habilidad técnica para conocer los temas de los cuales estamos hablando, pero él me cuenta obviamente las decisiones, pues las discusiones que se dan entorno a los temas (...).

**Pregunta:** Doctor ¿participa usted en las reuniones de la junta directiva de ACEMI?

**Respuesta:** Sí, yo soy miembro de la junta directiva de ACEMI.

**Pregunta:** ¿En la actualidad conoce el plan de trabajo del comité médico?

**Respuesta:** Conozco algunos temas que están trabajando porque presentan los informes (...) <sup>57</sup>. (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior, es claro que el señor Rodríguez tenía conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción y no realizó ningún tipo de actividad encaminada a prevenirlos o corregirlos. Se sostiene este Despacho en lo ya afirmado en el acto sancionatorio en los siguientes términos:

*“De los apartes anteriormente expuestos, se desprende que el señor Rodríguez, como representante legal de CAFESALUD, hace parte de la junta directiva de ACEMI y como tal está al tanto de la actividad de los comités que operan al interior de la misma a través de los informes que los mismos presentan y, en particular, por medio de los reportes que le hace el Director Médico que asiste en representación de CAFESALUD a la cámara médica.”*

Conforme lo anterior, se mantiene este Despacho en lo manifestado en el acto sancionatorio respecto de la responsabilidad del señor Rodríguez.

**1.2.11. Fernando Robledo Quijano – Representante Legal COLMEDICA**

En lo que respecta a la situación específica de la representante legal de COLMEDICA, el Recurrente manifestó que esta Entidad no demostró que hubiese tolerado la realización o ejecución de ningún acuerdo anticompetitivo. Para el Abogado, del texto de la declaración contenido en el acto recurrido no es posible extraer la existencia de la conducta endilgada. Esto debido a que en dicho fragmento de declaración ni siquiera se le pregunta por su asistencia o conocimiento sobre las reuniones al interior de ACEMI, sino que únicamente se le cuestiona acerca de sus funciones en la compañía.

<sup>57</sup> Testimonio llevado a cabo el 1 de junio de 2010, obrante en CD en el Cuaderno No. 32, folio 7759.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Por otra parte, se señala que no es acertado afirmar la responsabilidad del representante legal de COLMEDICA más aún cuando la misma Delegatura de Protección de la Competencia concluyó en su informe que frente al señor Robledo no existía evidencia sobre la su participación en la conducta acusada. Para el recurrente, la SIC deliberada y arbitrariamente tomó su decisión sin tener ninguna prueba.

No comparte este Despacho los argumentos presentados por el Recurrente, los cuales se encaminan a desestimar la prueba que sustenta la responsabilidad del señor Robledo. Para el abogado se buscó realizar una selección de determinados fragmentos de la declaración rendida, dejado de un lado, otros apartes que podrían ser favorables para el mencionado representante. Se deja de un lado la naturaleza de la infracción que, como ya se dijo, exige únicamente la demostración de la tolerancia de la conducta por parte de una persona que tenga el carácter de representante que, por supuesto, implica un grado de responsabilidad superior. Así, al analizar nuevamente el contenido de las declaraciones del representante de COLMEDICA, continúa siendo claro para este Despacho que no sólo conoció de las situaciones que dieron origen a la sanción, sino que no actuó de manera alguna para evitarlas o corregirlas. El señor Robledo en la diligencia afirmó:

**Pregunta Despacho:** *Indíqueme al Despacho qué cargos que ha ocupado durante los últimos cinco años.*

**Respuesta:** *Representante Legal de la EPS COLMEDICA, Representante Legal de COMEDICA MEDICINA PREPAGADA y representante legal de VANMEDICA COLOMBIA S.A.*

**Pregunta Despacho:** *Podría usted definirnos para cada uno de estos cargos que ha mencionado en la respuesta anterior sus fechas de vinculación y desvinculación.*

**Respuesta:** *Tal vez la fecha de vinculación de los dos primeros cargos, de la EPS fue a principio del año 94 o 95, tal vez 95 para ser más exacto y fue hasta septiembre de 2008, la representación de la EPS COLMEDICA y medicina prepagada, a partir de entonces soy VANMEDICA.*

(...)

**Pregunta Despacho:** *Cuáles son las actividades que usted realiza en la cotidianidad de sus funciones como representante legal de COLMEDICA EPS.*

**Respuesta:** *(...) pues era el principal responsable de la dirección de la compañía de la ejecución de un plan estratégico y de obviamente de las funciones normales de control y seguimiento de la compañía de todos sus ámbitos y del compromiso de cumplir con la ley y con lo que nos obliga en una actividad como la EPS y de direccionar una empresa que opera prácticamente en todo el país y que tiene pues oficinas por las diferentes ciudades, en fin es una compañía grande.*

**Pregunta Despacho:** *Durante su desempeño como representante legal de COLMEDICA EPS participaba usted en la definición de políticas de actualizaciones de servicios de salud?*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Respuesta:** Claro, por supuesto, eso era parte de las definiciones, por lo menos a nivel macro, del entendimiento de que aplicábamos como concepto de la misma y por supuesto cada vicepresidencia ejecutaba sus funciones individuales.

**Pregunta Despacho:** Nos podría explicar por favor de qué manera se tomaban estas definiciones?

**Respuesta:** En general a través del comité especializado de salud en donde se congregaban estas diferentes, digamos áreas, para definir el ámbito de acción y de definición, sobre todo en lo referente a como dar los lineamientos para la atención de las coberturas en las diferentes oficinas, en los diferentes canales de la compañía.

(...)

**Pregunta Despacho:** Cuál era su nivel de participación en la definición de las autorizaciones de los servicios de salud?

**Respuesta:** Pues no era al detalle, porque en el nivel en el que, en este caso cuanto, pues de alguna manera, este es un producto que tiene unos lineamientos y unas coberturas, el tema está muy normado, por lo cual no es que hubiera una política específica, por lo que en este caso no aplica, simplemente era aplicar lo que decía, y si digamos un rol para los temas donde tuviéramos alguna inquietud sobre el alcance de la cobertura, eso sí. Pero no teníamos ninguna cosa distinta, digamos, que aplicar a lo que decía en el plan, esto es muy característico del plan obligatorio, por su naturaleza. (Subrayado fuera de texto)

Como puede observarse, el señor Robledo reconoce que además de ser parte de la Junta Directiva de ACEMI, desde el año 1994 hasta el 2008, como representante legal, era el responsable de la dirección de la compañía y participaba en establecer los lineamientos de las políticas de autorizaciones de la misma.

En lo que respecta con la decisión de este Despacho de apartarse a de la recomendación contenida en el Informe Motivado de la Delegatura, debe recordarse que dicho documento no es vinculante para la decisión final, pudiendo incluso no atenderse la recomendación sobre la realización de la conducta principal. Además, tanto en la resolución atacada, con en el presente documento se está motivando la decisión de sancionar al señor Robledo, con base en la descripción típica de la conducta endilgada y en las pruebas obrantes en el expediente.

Conforme lo anterior, se mantiene este Despacho en lo manifestado en el acto sancionatorio respecto de la responsabilidad del señor Robledo.

**1.2.12. María Fernanda Isaacs – Representante Legal de CRUZ BLANCA**

El Apoderado de CRUZ BLANCA y su representante legal expone en el escrito presentado como defensa de éste último, similares argumentos a los del escrito radicado en representación de la empresa sancionada. No obstante, frente a la responsabilidad personal, hace referencia a una supuesta disparidad y desarticulación en la forma como esta Entidad decidió la situación de los diferentes representantes legales de las sancionadas. Específicamente, critica el abogado que no se trató con el

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

mismo rasero a los distintos investigados desconociendo varias de las afirmaciones realizadas dentro de la misma diligencia de interrogatorio.

Según los argumentos expuestos no se entiende “(...) *porqué la misma Superintendencia se abstuvo, sin ninguna razón que no fue predicable también de los representantes de las Empresas del Grupo SALUDCOOP, a imponer sanciones, por ejemplo, al representante legal de SANITAS, Dr. Melciades Castillo Escobar, persona respetable que como los representantes legales de las empresas del Grupo SALUDCOOP, asistía también a la Junta Directiva de ACEMI.*”

No comparte el Despacho la posición del Apoderado quien pretende alegar una violación al derecho de igualdad comparando la situación de la señora Isaacs con la de otro de los investigados exonerado de responsabilidad por razones relacionadas con el momento en el cual ejerció como representante legal. Simplemente para darle claridad al tema, se reiterará lo ya manifestado frente a la situación del señor Melciades Castillo.

*“(...) específicamente frente al actuar del señor Castillo Escobar, este Despacho considera que del material probatorio obrante en el expediente no se desprende prueba suficiente que permita concluir que el señor Castillo Escobar, en virtud de las funciones que tiene a su cargo, toleró la realización de las conductas que se han venido analizando en el presente acto.*

*Lo anterior, debido a que el investigado fue designado como representante legal suplente a partir del 15 de diciembre de 2008<sup>58</sup> y las conductas investigadas en la presente investigación van hasta el 5 de diciembre de 2008<sup>59</sup>. (Subrayado fuera de texto)*

Como es absolutamente claro de aparte extraído, la situación del representante legal de SANITAS, es diferente a la de la representante legal de CRUZ BLANCA quien sí ejercía funciones para la época de los hechos sancionados. Por lo tanto, no es posible alegar una situación de aplicación disímil de la ley, cuando la diferenciación en el tratamiento, parte de criterios netamente objetivos como en el presente caso. Además de lo anterior, para esta Entidad la responsabilidad del representante de señora Isaacs, representada en su tolerancia de la conducta endilgada a la empresa que dirigida, ese encuentra probada a través de su propia declaración, la cual se cita nuevamente a continuación:

**“Preguntado:** *Ilustre al Despacho los cargos que ha ocupado durante los últimos cinco años y señale para ellos los períodos en los cuales los desempeño.*

<sup>58</sup> Como se puede corroborar del certificado de existencia y representación legal de EPS SANITAS S.A. obrante en el cuaderno N° 2, folios 293 a 303 del expediente.

<sup>59</sup> En este sentido, es necesario citar apares de la declaración de parte rendida por el señor Castillo, en donde manifestó:

*“Pregunta: Ilustre al Despacho por favor con referencia cronológica los cargos que usted ha ocupado en los últimos 5 años.*

*Respuesta: Del año 2005, al 1 de diciembre de 2008 Trabaje con la clínica Colsanitas como gerente general, del 1 de diciembre de 2008 a la fecha como Vicepresidente de EPS SANITAS.”*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**Respuesta:** *Durante los últimos cinco años estuve vinculada al Grupo Empresarial SALUDCOOP, desempeñándome como presidente de la empresa de tecnología del grupo que se llama GEOM y como representante legal de CRUZ BLANCA EPS. Estuve vinculada hasta el 31 de diciembre del 2009, fecha en la cual presente mi renuncia.*

**Preguntado:** *Para el cargo de representante legal de CRUZ BLANCA EPS, ilustre al despacho cuáles eran los cargos inherentes a esa magistratura, a ese cargo que usted desempeñaba como representante legal.*

**Respuesta:** *Las funciones propias de la representación legal de la entidad, del gerenciamiento de la compañía, definición de políticas, lineamientos, directrices, velar por el cumplimiento de la normatividad vigente, velar pues por la calidad en la prestación del ser servicio, el diseño pues de todas las políticas tendientes a garantizar el adecuado funcionamiento de la entidad, tanto desde el punto de vista de la atención al usuario como de su equilibrio financiero.*

(...)

**Preguntado:** *Dentro de esta estructura que usted acaba de mencionar Dra. María Fernanda, quiénes le reportaban a usted como representante legal?*

**Respuesta:** *Los directores de cada una de las áreas.*

**Preguntado:** *Ilustre usted al Despacho de estas tres áreas, los nombres de las personas que ejercían estos cargos de directores.*

**Respuesta:** *En la dirección de salud está el Dr. Juan Alberto Benavides, en la parte administrativa y financiera pues usualmente lo que se maneja es unos responsables de cada EPS, pero como se trata de un grupo empresarial, pues hay digamos una cabeza grande del grupo en donde se toman las directrices de grupo y de ahí se imparten las instrucciones a los diferentes directores.*

**Preguntado:** *En la estructura de CRUZ BLANCA, también ya mencionada existía una figura de director o vicepresidente médico, el Director de salud que usted me cuenta estaba en cabeza del Dr. Juan Alberto Benavides, el Dr. Juan Alberto Benavides le reportaba a usted, de su labor, de sus funciones?*

**Respuesta:** *Si, directamente.*

**Preguntado:** *Con qué periodicidad eran esos reportes Dra. María Fernanda?*

**Respuesta:** *Pues hacíamos comités semanal, comité de gerencia, en el que con las direcciones revisamos los diferentes aspectos de cada una de las áreas y su funcionamiento y en esos comités discutíamos los temas, pero pues obviamente había una relación directa a diario con cada uno de los funcionarios dependiendo de los temas a tratar.*

**Preguntado:** *Participaba usted en la aprobación o definición de planes de trabajo en el área de salud dentro de CRUZ BLANCA?*

**Respuesta:** *Desde el punto de vista de lineamientos generales, de políticas, sí. Ya en la parte operativa, desde luego, ya con un proceso definido, pues el proceso*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*fluía pues cumpliéndose la labor, pues por cada uno de los responsables asignados.*

**Preguntado:** *Dentro de los temas que usted trataba con el Dr. Juan Alberto Benavides, Dra. María Fernanda, estaban también lineamientos sobre coberturas, autorizaciones o negaciones o prestación de servicios de salud?*

**Respuesta:** *Pues básicamente lo que teníamos planteado era un proceso específico sobre autorización de servicios, regido bajo el cumplimiento de la ley y de las coberturas del plan obligatorio de salud y un proceso digamos autorizador automatizado, con unos niveles de autorización dependiendo de cada instancia, en el que específicamente para una autorización ya no tiene que ser consultada la gerencia por ejemplo, sino que pues el proceso estaba diseñado y automatizado para fluir la prestación de los servicios y autorizar los mismos.*

**Preguntado:** *El mismo proceso autorizador, el software autorizaba el procedimiento?*

**Respuesta:** *Lo que hicimos digamos fue, en ese diseño, a la luz de las coberturas del plan obligatorio de salud, incorporarlas en el sistema, para que cuando el usuario accede a solicitar una autorización de servicio, el mismo sistema sepa si hace parte de la cobertura o no, y esta pues desde luego se iba actualizando en la medida en la que las coberturas cambiarán. Pero no existía digamos un proceso de caso específico, sino un proceso autorizador basado en las coberturas del POS.*

En lo que se respecta a su participación como miembro de la Junta Directiva de ACEMI, señaló:

**Preguntado:** *Tuvo usted conocimiento de la agremiación de entidades de medicina integral Acemi? en caso afirmativo illustre al despacho las circunstancias de tiempo modo y lugar en que tuvo conocimiento de dicha agremiación*

**Respuesta:** *Si, pues claro conozco a Acemi, CRUZ BLANCA es una de las asociadas y yo participaba en las reuniones de junta directiva que se citaban con una periodicidad mensual, a ellas pues asistí durante todo el tiempo que estuve en la gerencia de la EPS.*

**Preguntado:** *Doctora María Fernanda, recuerda usted de algunos de los temas abordados por el comité médico dentro de Acemi? De los temas que allí se abordaban o se trataban de los que usted tuviera conocimiento?*

**Respuesta:** *Se hablaba por ejemplo de actividades de promoción en prevención como en un momento dado poder cumplir coberturas de vacunación de programas que tuvieran impacto en la población, análisis de la suficiencia de la UPC por ejemplo, ese tipo de temas, la necesidad d actualizar el POS, se discutía si había procedimientos que ya por ejemplo no eran costo efectivos o eran obsoletos, pero cada quien llevaba pues su propia información y así la discutía.* (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo ya manifestado en diversas ocasiones, la calidad de representante legal implica un grado de responsabilidad superior y en el caso de las violaciones al

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

régimen de competencia, la misma puede emanar del tan solo tolerar su realización en los términos ya descritos de conocimiento y omisión. Por lo tanto, en el caso específico, es claro para este Despacho que el representante legal de CRUZ BLANCA, existe un reconocimiento expreso sobre la el conocimiento de los hechos sancionados, lo que conlleva a un incumplimiento del deber de actuar para evitarlos o corregirlos. La señora Isaacs además de recibir informes sobre las actuaciones llevadas a cabo en la asociación, también hacia parte de su Junta Directivas no siendo posible aceptable la exoneración de su responsabilidad basada en la tolerancia presentada frente a la infracción.

Conforme lo anterior, se mantiene este Despacho en lo manifestado en el Acto sancionatorio respecto de la responsabilidad de la señora Isaacs.

**VI. ASPECTOS PROCESALES**

**1. CADUCIDAD**

Varios de los investigados reiteran que en el presente caso caducó la facultad sancionatoria de la Entidad en tanto han transcurrido más de 3 años desde la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la investigación. Señalan que las diferentes conductas investigadas se deben analizar de manera independiente y que las pruebas que se tuvieron en cuenta para determinar una fecha cierta de la ocurrencia de la caducidad resultan superfluas para tal efecto. Adicionalmente, señalan que la caducidad de las actuaciones de los representantes legales debe contarse de manera independiente a la determinada para las empresas.

En primer lugar, este Despacho considera necesario señalar que nada más apartado de la realidad que la afirmación de los apoderados según la cual esta Entidad está interesada en prolongar de manera artificiosa el término de caducidad; como se señala a continuación, el análisis realizado en la Resolución de sanción es producto de la forma como se presentaron los hechos investigados que si bien violaron diferentes normas se encuentran ligadas entre sí y tienen como finalidad común afectar la competencia en el sector salud y son parte de una única conducta como se indicó en la parte inicial de la presente Resolución.

En segundo lugar, es necesario precisar cuál es la forma en la que se debe contar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración. Para estos efectos se debe tener en cuenta que si bien los apoderados convenientemente citan una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que se indica que dentro del término de caducidad deben proferirse incluso los actos administrativos que resuelven los recursos en vía gubernativa, esta posición ya ha sido ampliamente decantada por el Consejo de Estado, Entidad que luego de un completo análisis y tras todo un proceso de evolución de la jurisprudencia ha llegado a la conclusión contraria como se indica a continuación.

En efecto, la Alta Corporación durante los años 1998, 2000 y 2001 sostuvo que dentro del término de caducidad de la facultad sancionatoria se debían expedir incluso los actos administrativos por medio de los cuales se resolvieran los recursos en vía

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

gubernativa. Este criterio fue reiterado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en un concepto de mayo de 2005<sup>60</sup>.

No obstante, desde el año 2001, la Sección Cuarta del Consejo de Estado<sup>61</sup> acogió una posición contraria según la cual el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración se agota cuando se profiere y notifica adecuadamente al administrado la decisión sobre su situación jurídica. Esta posición fue reiterada en otras oportunidades por la Sección Cuarta<sup>62</sup> de la Corporación. Sobre el particular resulta ilustrativo citar la sentencia del 4 de septiembre de 2008 en la que se señaló:

*“La caducidad del artículo 38 citado, se empieza a contar desde la fecha en la cual se produzca el hecho sancionable, conforme a la definición legal de la infracción y, finaliza con la notificación del acto sancionatorio, por lo que es este momento el que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la Administración, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos, pues “al dar respuesta a los recursos, lo que hace la autoridad es revisar una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos, errores de hecho o de derecho, que tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo su potestad sancionadora”<sup>63[4]</sup>. Subraya fuera del texto.*

*Sobre el particular, la Sala reitera el criterio expuesto en anteriores oportunidades, en el sentido de que, es la notificación del acto sancionatorio lo que permite establecer si la administración obró oportunamente, independientemente de la interposición de los recursos correspondientes, puesto que lo que hace la autoridad administrativa al dar respuesta a los recursos, es revisar una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos o errores, que ella tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo su potestad sancionatoria”. (Subrayado fuera del texto).*

Esta posición, adicionalmente, fue adoptada desde el año 2002 por otras secciones del Consejo de Estado como la Sección Primera que, en sentencia del 23 de mayo de 2002, determinó que la caducidad no había operado en el caso bajo examen ya que la resolución de sanción se había expedido y notificado “dentro del término que tenía la administración para hacerlo”<sup>64</sup>. Esta posición de la Sección Primera fue reiterada en decisiones posteriores de la Sala, que se profirieron incluso con posterioridad al concepto emitido por la Sala de Consulta de la Corporación. Al respecto, resulta ilustrativo el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado:

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 25 de mayo de 2005, Exp.1632.

<sup>61</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 15 de junio de 2001, Exp. No. 11869.

<sup>62</sup> Otras sentencias de esta sección sobre el tema son sentencias de 18 de septiembre de 2003, Exp. 13353; 9 de diciembre de 2004, Exp.14062; 15 de junio de 2001, Exp. 11869; y 9 de junio de 2005, Exp.14188. sentencia del 4 de septiembre de 2008 radicación número 25000-23-24-000-2003-00228-01 (1516-06) Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz.

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 23 de mayo de 2002, Exp. 6889.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*“En tratándose de la facultad sancionatoria de la Administración y para los efectos de la aplicación de la caducidad, la Sala en algunos pronunciamientos ha precisado que siendo la interposición de los recursos una circunstancia que depende enteramente de la voluntad del administrado, el cual, a su arbitrio, decide si debe acometerla o no, no debe ser tenida en cuenta para establecer tal fenómeno; por ende, lo que debe exigírsele a la Administración se reduce a que resuelva sobre la situación del investigado y notifique su decisión dentro del lapso que le confiere la norma, sin que se requiera la firmeza o ejecutoria de ese acto (sentencia de 6 de septiembre de 2001, expediente 6283, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Así también lo ha venido interpretando la Sección Cuarta de esta Corporación desde 1994, conforme se reitera en sentencia de 8 de septiembre de 2000 (Exp. 5976-02-10056, Actores: Inmobiliaria El Rosal S.A. y otros, Consejero ponente doctor Julio Enrique Correa Restrepo), que al efecto expresó: “... Esta tesis intermedia, que considera válido el ejercicio de la acción contravencional con la expedición y notificación del acto principal, esto es el que impone la sanción, es la vigente.”<sup>65</sup>*

Lo anterior demuestra que la forma en la que se debe contar el término de caducidad de la facultad sancionatoria es un tema en el que la jurisprudencia ha manifestado diferentes posiciones, circunstancia que llevó a que la Corporación en el año 2009, a unificar su posición en Sala Plena. En efecto, en providencia del 29 de septiembre de 2009<sup>66</sup>, se unificaron de manera expresa las posturas de las secciones sobre este aspecto, al considerar que la tesis de recibo es aquella que diferencia la actuación administrativa propiamente dicha, que culmina con la notificación de la decisión principal de imponer la sanción, de la vía gubernativa, señalando que solo la primera debe ser culminada dentro del término de caducidad, pues afirmar que en dicho lapso la administración debe además resolver los recursos y notificar ésta decisión implica adicionar al citado artículo una exigencia que no tiene. Al respecto la Sala Plena manifestó:

*“... [E]n la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que **la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario.** Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.”*

<sup>65</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Radicación 25000-23-24-000-2001-00314-01.

<sup>66</sup> Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia. Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00442-01(S)

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.*

*La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.*

*Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias". (Subrayado fuera del texto)*

Así las cosas, es claro que la máxima corporación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, luego de una evolución jurisprudencial de más de 10 años, determinó que el criterio a seguir es aquel según el cual dentro del término de caducidad con el que cuenta la Entidad para ejercer la facultad sancionatoria, está obligada a notificar de manera adecuada el acto sancionatorio, pero dentro de tal término no se encuentra en la obligación de resolver los recursos que se presenten en vía gubernativa. Lo anterior es así como quiera que la interposición del recurso de reposición, único procedente, es facultativo para los administrados, quienes, en ejercicio de su autonomía, pueden hacer o no uso del mismo.

Esta posición, además, fue plasmada en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la siguiente manera:

*“Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.*

*Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.*

*La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria”.*

Ahora bien, el Apoderado de la EPS SURA sostiene que la decisión de unificación del Consejo de Estado no es aplicable al presente caso pues en la misma se estudió un caso de derecho disciplinario; sin embargo, este argumento no es de recibo pues el derecho disciplinario es también parte del derecho administrativo sancionador al que se le aplican los mismos principios pero, sobre todo, porque al igual que en el caso de las investigaciones que adelanta la Superintendencia, en el caso analizado por la jurisprudencia se aplica el trámite administrativo regulado por el Código Contencioso. En relación con la decisión de tutela a la que hace referencia el Apoderado de SANITAS se debe señalar que la misma se encuentra en revisión en virtud de la impugnación concedida por auto del 22 de julio de 2011.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la vía gubernativa es una etapa diferente y posterior, regulada en el Título II del mismo Código, en la cual la administración, con ocasión de los recursos interpuestos por los interesados, revisa la decisión tomada en sede administrativa, con el fin de aclararla, modificarla o revocarla, etapa en la que en estricto sentido no se ejercita la facultad sancionatoria.

De hecho, en el artículo 50, del Título II del C.C.A. al establecerse los recursos de la vía gubernativa, se reconoce de manera expresa que, por regla general, los mismos proceden contra “los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas”.

Así, es claro que una vez proferido el acto definitivo la actuación administrativa ha culminado y que la vía gubernativa es una etapa diferente a aquella en que la autoridad ejerce su facultad sancionatoria, no sólo porque el mismo artículo 50 mencionado dispone la procedencia de recursos contra los actos que ponen fin a la actuación administrativa, sino porque el Código diferencia las dos etapas con claridad, las cuales son reguladas en títulos diferentes.

También debe tenerse en cuenta, como lo ha señalado la jurisprudencia, que la interposición de los recursos es facultativa de los administrados y que la Resolución No. 46111 de 2011 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio sólo es susceptible del recurso de reposición en los términos del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo. Este recurso es facultativo y su interposición para agotar la vía gubernativa no es obligatoria.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Adoptar la tesis según la cual la firmeza del acto administrativo es la que suspende el término de la caducidad, conduciría a que el plazo para las autoridades no solo sería muy inferior al estipulado en el artículo 38 del C.C.A, sino que la autoridad no tendría certeza del ámbito temporal dentro del cual puede ejercer su facultad sancionatoria, pues debería considerar los plazos de la notificación, bien sea que esta se surta personalmente o por edicto, los términos para interponer los recursos y el lapso para evaluarlos, decidirlos y notificarlos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentra que en este caso la Superintendencia mediante la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, sancionó a los recurrentes y puso fin a la actuación administrativa adelantada en su contra, dicha decisión administrativa fue proferida y notificada dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia de los hechos que originaron las sanciones impuestas en la misma. Pero adicionalmente y dado que el término de caducidad de la facultad sancionatoria culmina en diciembre de 2011, la presente decisión también es proferida dentro del periodo mencionado.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que 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 Contencioso, varía dependiendo del tipo de conductas investigada; es decir si trata de conductas de ejecución continuada o de ejecución instantánea. En el primer caso, que se presenta cuando hay una *“pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable”*<sup>67</sup>, el término de caducidad debe empezar a contarse desde el momento en que cesa la conducta y no cuando la misma empieza.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, en sentencia de enero de 2003, expediente No. 7909, Magistrado Ponente Dr. Manuel Urueta Ayola:

***“[...] 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 (...)”*** (Subrayado fuera del texto)

En este mismo sentido se pronunció el 20 de marzo de 2003, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera:

***“El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del C. C. A., sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una***

<sup>67</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 2 de julio de 1999 proferida por la, Rdo. 20019384. Consejero Ponente Daniel Manrique Guzmán.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

***conducta continuada, de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación...***<sup>68</sup>. (Subrayado fuera del texto)

De la misma forma, el 9 de diciembre de 2004 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta puntualizó:

*“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 y 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 y no la de su iniciación”*<sup>69</sup> (Subrayado fuera del texto).

En estos casos, se reitera, el término de caducidad se debe contar desde el momento en que cesa la conducta y no desde la fecha de su iniciación.

Aplicado lo anterior al caso concreto se tiene que, como se señaló desde la Resolución de Apertura, la investigación se abría con el fin de determinar si las EPS investigadas habían violado los artículos 3 y 5 numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994 y el artículo 4 de la misma normatividad.

En consonancia con lo anterior, en la Decisión de sanción se concluyó que las Investigadas habían violado las disposiciones mencionadas. A tal decisión se llegó luego de analizar de manera cuidadosa y detallada las pruebas que obran en el expediente y determinar que concretamente las EPS habían realizado los siguientes acuerdos, prohibidos por la normatividad señalada:

*“1. Los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios o tarifas.*

(...)

*8. 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.*

(...)

<sup>68</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Providencia del 20 de marzo de 2003, Expediente 25000-23-24-000-2001-0431-01(8340).

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Providencia del 9 de diciembre de 2004, Expediente 25000-23-24-000-2001-90129-01(14062).

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*10. Los que tengan por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud.”*

Por lo anterior, se analizó la existencia de tres conductas, la encaminada a afectar los niveles de prestación de los servicios (numeral 8), la encaminada a afectar la transparencia de la información (numeral 10) y, finalmente, la encaminada a fijar de manera indirecta el valor de la UPC (numeral 1), pero adicionalmente y como se deriva del artículo primero de la Resolución de sanción, se resolvió que con la realización de las tres conductas mencionadas se había vulnerado el artículo 3 del Decreto 1663 que es la cláusula general de competencia en el sector salud.

Adicionalmente, se dijo que cada una de las conductas era de naturaleza continuada en la medida en que consistieron en una pluralidad de acciones con una unidad de intención que tuvo una duración en el tiempo, pero adicionalmente se señaló que las tres conductas debían ser analizadas de manera integral en la medida en que su finalidad era restringir o falsear el juego de la libre competencia en el mercado de salud.

Así las cosas, el acervo probatorio demostró que las diferentes actividades realizadas por las EPS si bien se encuadran dentro de disposiciones independientes estaban ligadas entre sí por la unidad de intención de afectar la libre competencia en el mercado, razón por la que se vulneró la disposición general mencionada.

Por lo anterior, si bien puede decirse que con las conductas de las investigadas se desconocieron diferentes disposiciones, con las mismas también se desconoció una sola disposición, circunstancia que es perfectamente posible en las conductas continuadas como lo ha señalado la doctrina penal que resulta aplicable al derecho administrativo sancionatorio:

*“Cuando se verifiquen dos o más acciones llevadas a cabo con un único propósito, pero realizadas en momentos diferentes (aunque cada una sea la consumación de un delito en sí misma), y que, a su vez, infrinjan una misma norma jurídica, estamos frente a lo que la doctrina ha dado en llamar delito continuado”<sup>70</sup>.*

En este caso, a pesar de tratarse de diferentes conductas consideradas en sí mismas, todas ellas tienen el único propósito de afectar la competencia y, en consecuencia, infringen el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994 y afectan el mismo bien jurídico protegido que es la libre competencia.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que si se tratara de conductas completamente independientes y sin ningún vínculo común entre ellas, se habría impuesto una sanción por cada una de ellas y no una por todas como efectivamente ocurrió. En este sentido, no debe perderse de vista que si fueran conductas completamente independientes

---

<sup>70</sup> CONTI, Néstor Jesús, “Algunas consideraciones acerca de la teoría del concurso de delitos”, Pág. 4, en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

podría haberse iniciado investigaciones independientes e imponer multas por cada una de ellas.

Así, si bien cada una de las conductas sancionadas podría ser analizada como independiente, todas ellas hacen parte de un fin común que no puede desconocerse y que debe ser tenido en cuenta al momento de realizar su análisis.

A pesar de que con fundamento en lo señalado habría lugar a concluir que para efectos de la caducidad todas las conductas deben ser analizadas de manera integral, a continuación se exponen las razones por las que incluso si cada conducta fuera analizada de manera independiente no se habría configurado la caducidad de la facultad sancionatoria.

En efecto, en relación con la conducta constitutiva de consenso, en la Decisión se señaló que las diferentes pruebas recaudadas durante la investigación demostraron una unificación artificial de criterios entre las EPS-C agremiadas en ACEMI en torno a la negación de servicios incluidos en el POS, así como de los servicios de salud que debían considerarse POS y NO POS. Las diferentes pruebas que obran en el expediente y a las que específicamente se hizo referencia en la Resolución de sanción demuestran que la mencionada conducta se configuró en virtud de una pluralidad de acciones todas ellas encaminadas a restringir la competencia y que se desarrollaron de manera continuada en el tiempo.

Ahora bien, para efectos de la caducidad se indicó que en el expediente existían pruebas concretas de que la conducta mencionada se habría producido por lo menos hasta octubre de 2008, fecha en la que un trabajador de ACEMI<sup>71</sup> envía un correo a las EPS cuya finalidad era coordinar una reunión para determinar la homologación del Mapipos y precisar las definiciones del manual. El objeto de esta reunión según el texto del correo era entre otras cosas, redactar un artículo en el que se estableciera que el POS es limitado.

Este correo que analizado de manera independiente y descontextualizada podría parecer inocuo como tratan de hacerlo ver los apoderados, es una clara muestra de la forma en la que las EPS lograron llegar al consenso cuestionado en la decisión. Como se dijo, las empresas buscaban tomar una posición conjunta frente al Ministerio respecto de la suficiencia del POS y para lograrlo realizaban reuniones como la que se refleja en el correo citado que muestra como las EPS buscaron acordar que la interpretación que era presentada por el Ministerio para la Protección Social era limitada y, en consecuencia, las EPS debían unificar los criterios para la prestación de los servicios a prestar, circunstancia que como se señaló afecta los niveles de prestación de servicios en salud.

Adicionalmente, como se señaló en otros apartes de la presente decisión, si bien es procedente presentar propuestas de regulación, no son los asociados quienes de

---

<sup>71</sup> Dado que el correo fue enviado la señora Leidy Dayan Puentes Sánchez en su calidad de Analista de Sistemas de Información de ACEMI, no es cierto que pueda ser considerado como un documento emanado de un tercero ajeno a la investigación.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

común acuerdo deben determinar cuál es la oferta de servicios de salud, sino que deben ser las autoridades competentes las que determinen con base en la información independientemente suministrada por los agentes del mercado, las que determinen el contenido del plan. Lo anterior con mayor razón cuando, como se demostró económicamente en la decisión, la supuesta propuesta restringe la oferta de servicios en tanto el consenso determina cuáles procedimientos de los que se encontraban incluidos, no lo deben estar más.

Frente a la conducta de afectación de la transparencia, como se dijo, en el expediente se encuentra prueba de que por lo menos hasta el 5 de diciembre de 2008, se envió información al Ministerio, información que como se señaló en la decisión y se confirma en el presente acto administrativo, permitió a las EPS impedir la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud. Así las cosas, frente a esta conducta tampoco se habría presentado el fenómeno de la caducidad y la Entidad tiene plenas facultades para imponer la sanción recurrida.

Por último, como se indicó, la información enviada por las EPS es un insumo esencial para el funcionamiento del sistema ya que es base para la determinación de la UPC. Así, si hasta diciembre de 2008, las investigadas enviaron al Ministerio información que no reflejaba la realidad independiente de las empresas, es posible también afirmar que por lo menos hasta esta fecha se presentó el acuerdo encaminado a determinar de manera indirecta el valor de la UPC.

Finalmente, en relación con la caducidad frente a las sanciones impuestas a los representantes legales, este Despacho considera que no resulta procedente hacer una distinción temporal en tanto en que su actuación, como lo ha señalado esta Entidad en otras oportunidades, se encuentra ligada a la de las empresas investigadas.

## **2. VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

De acuerdo con los recursos presentados en el presente caso se violaron los derechos al debido proceso y a la defensa, afirmación que los apoderados sustentan con diferentes argumentos que serán analizados a continuación.

### **2.1. Falta de congruencia en tanto las pruebas y los hechos se deben referir materialmente al ámbito objetivo y temporal establecido en la resolución de apertura**

De acuerdo con los investigados, en la Decisión final se analizaron actividades realizadas en un periodo diferente al establecido en la Resolución de apertura que se limitó a los años 2006 y 2007. En efecto, los apoderados de SURA y SANITAS sostienen que los supuestos fácticos objeto de investigación indicados en la Resolución de apertura ocurrieron en los años 2006 y 2007, incluso con referencias al año 2005 y en el Informe Motivado y en la Resolución recurrida las conclusiones se refieren a hechos que ocurrieron en los años 2006 a 2009 y se citan pruebas “inclusive del año 2010”.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Para el Apoderado de Sura esta forma de actuar de la Superintendencia “es abiertamente inconstitucional, ya que durante el curso de la investigación, la defensa se concentró en desvirtuar las acusaciones planteadas en la Resolución de Apertura entre los años 2006 y 2007, siendo absolutamente imposible defenderse sobre imputaciones sobre un periodo que no fue mencionado dentro de la Resolución de apertura”.

En relación con este argumento es necesario, en primer lugar, señalar que el principio de congruencia en materia civil determina la necesidad de que la sentencia se encuentre en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, prohibiéndose al juez “condenar al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, o por causa diferente a la invocada en la misma (...)”<sup>72</sup>.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil:

*“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

*No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.*

*Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.*

*En las sentencias se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.* (Subrayado fuera del texto)

Por su parte, en el artículo 55 de la Ley 270 de 1996 se establece:

*“ELABORACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS JUDICIALES. Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales.*

*La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras:*

*“Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley”* 

<sup>72</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCION TERCERA – Bogotá, D. C. 5 de julio de 2006. CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Proceso número: 13095. Radicación número: R-1025.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*La pulcritud del lenguaje; la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y Jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrán en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de la calificación de sus servicios”.*

Para esta Superintendencia es claro que en las investigaciones administrativas por prácticas comerciales restrictivas es aplicable el principio de congruencia, aunque con un alcance acorde con la naturaleza de función ejercida y el procedimiento previsto en la ley para esta clase de investigaciones, todo lo cual presenta diferencias importantes con los demás ámbitos donde tiene aplicación el principio mencionado y especialmente frente al nuevo sistema penal acusatorio.

En el presente caso, revisada la actuación adelantada por esta Superintendencia y particularmente el contenido de la Resolución de apertura, el Informe Motivado y la Resolución recurrida, no observa este Despacho que la Entidad haya vulnerado el principio de congruencia, toda vez que los hechos y conductas investigadas guardan la identidad exigida. Cosa diferente es que se trate de conductas continuadas que se iniciaron en los años 2006 y 2007 y se extendieron a fechas posteriores, circunstancia que aparece probada en el expediente.

En efecto, revisado el contenido de la Resolución No. 10958 del 6 de marzo de 2009<sup>73</sup> en la que se ordenó la apertura de la presente investigación, se observa que en la misma se relacionaron los hechos que sirvieron de fundamento para la apertura, las disposiciones presuntamente violadas y las personas jurídicas y naturales presuntamente responsables. En la citada resolución se ordenó abrir investigación por las siguientes conductas:

**“ARTÍCULO PRIMERO:** *Abrir investigación formal para determinar las empresas Colmédica Entidad Promotora de Salud S. A. – COLMEDICA EPS, Coomeva Entidad Promotora de Salud S. A., Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada – CAFAM COLSUBSIDIO, Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S.A. - Salud Total S.A., Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. - EPS SOS S.A., Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A., SUSALUD Suramericana Medicina Prepagada, Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo - SALUDCOOP, Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A., Cafesalud Entidad Promotora de Salud S. A. – CAFESALUD EPS, Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. – E. P. S. SANITAS S.A., Entidad Cooperativa Solidaria de Salud - Ecoopsos, Compensar EPS Entidad Promotora de Salud Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, Caja de Compensación Familiar Comfenalco del Valle del Cauca, Humana Vivir S. A. EPS Entidad Promotora de Salud y Administradora del Régimen Subsidiado y la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral – ACEMI; infringieron lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1663 de 1994.*

<sup>73</sup> Documento obrante en el Cuaderno Público N° 3, Folios 576 al 607 del expediente.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**ARTÍCULO SEGUNDO:** *Abrir investigación para determinar si las empresas Colmédica Entidad Promotora de Salud S. A. – COLMEDICA EPS, Coomeva Entidad Promotora de Salud S. A., Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada – CAFAM COLSUBSIDIO, Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S.A. - Salud Total S.A., Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. - EPS SOS S.A., Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A., SUSALUD Suramericana Medicina Prepagada, Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo - SALUDCOOP, Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A., Cafesalud Entidad Promotora de Salud S. A. – CAFESALUD EPS, Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. – EPS. SANITAS S.A., Entidad Cooperativa Solidaria de Salud - Ecoopsos, Compensar EPS Entidad Promotora de Salud; Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, Caja de Compensación Familiar Comfenalco del Valle del Cauca y Humana Vivir S.A. EPS Entidad Promotora de Salud y Administradora del Régimen Subsidiado; infringieron lo dispuesto en el artículo 5°, numerales 1°, 8° y 10° del Decreto 1663 de 1994.*

**ARTÍCULO TERCERO:** *Abrir investigación para determinar si la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral - ACEMI, infringió lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 1663 de 1994.*

**ARTÍCULO CUARTO:** *Abrir investigación para determinar si los señores: Fernando Robledo Quijano, representante legal de la empresa COLMEDICA EPS; Piedad Cecilia Pineda Arboleda, representante legal de Coomeva E.P.S. S.A.; Juan Carlos Fernandez Manotas, representante legal de Famisanar Ltda.; Claudia María Sterling, representante legal de SALUD TOTAL S.A.; Octavio de Jesús Ayala Moreno, representante legal de EPS SOS S.A.; Gabriel Mesa Nicholls, representante legal de SUSALUD; Carlos Gustavo Palacino Antía, representante legal de SALUDCOOP; María Fernanda Isaacs Cabral, representante legal de CRUZ BLANCA; Anibal Rodríguez Guerrero, representante legal de CAFESALUD EPS; Milciades Castillo Escobar, representante legal de SANITAS EPS, María Magdalena Flores Ramos, representante legal de Ecoopsos; Néstor Ricardo Rodríguez Ardila, representante legal de Compensar EPS; Ricardo F. Sierra Caro, representante legal de COMFENALCO Antioquia; Felice Grimoldi Rebolledo, representante legal de COMFENALCO Valle y Nohra Jeannette Méndez Rivera, representante legal de Humana Vivir S.A. ESP, incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, al haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas referidas en los ARTICULOS PRIMERO y SEGUNDO, precedentes.*

**ARTÍCULO QUINTO:** *Abrir investigación para determinar si el señor Juan Manuel Díaz Granados, representante legal de ACEMI, incurrió en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, al haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas referidas en los ARTICULOS PRIMERO y TERCERO, precedentes”<sup>74</sup>.*

<sup>74</sup> Resolución No 10958 de marzo 6 de 2009, páginas 26 y 27 obrante en el Cuaderno Público N° 3, Folios 576 al 607 del expediente.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

La apertura de investigación se fundamentó en los siguientes hechos:

Intercambio de información por parte de las EPS afiliadas a ACEMI, información de naturaleza privada que en circunstancias normales de mercado no debería estar disponible para la consulta de los competidores. Tal información estaba referida a los criterios de cobertura de los servicios de salud, de la cual se deriva la diferenciación como estrategia de crecimiento de cada EPS, así como de costos de los servicios, variable determinante para los entes reguladores al definir el precio del servicio de aseguramiento en salud (UPC y recobros al FOSYGA).

Presuntos acuerdos de las EPS para coordinar su comportamiento en los procesos de autorización o negación de servicios de salud a los usuarios y unificar criterios de variación y clasificación de los costos y gastos, llegando a consensos sobre la no cobertura de diversos servicios de salud.

Participación activa de ACEMI en la concertación de las decisiones adoptadas por las EPS afiliadas a ella, impartiendo directrices respecto de la cobertura del POS y los conceptos que deben ser tenidos en cuenta al momento de suministrar información a los entes reguladores.

Presunto acuerdo de las EPS con el objeto de limitar la transparencia de la información suministrada por las EPS a los reguladores, aunado a un acuerdo para fijar indirectamente el valor de la UPC y los recobros ante el FOSYGA.

Como se indicó en la Resolución de apertura, los presuntos acuerdos y comportamientos restrictivos de la competencia se fundamentaron a partir de información y evidencia recabada. Una vez instruida la investigación el Superintendente Delegado presentó su informe al Superintendente de Industria y Comercio, analizando la evidencia probatoria recaudada respecto de los hechos descritos en la apertura y de las normas presuntamente violadas. Basta con revisar el contenido del Informe para establecer que el mismo guarda total congruencia con los hechos y conductas imputadas en la Resolución de apertura, lo cual se puede observar concretamente en el numeral 7, en el cual se analizan de manera particular la configuración de los acuerdos para negar la prestación de los servicios de salud, para ocultar o falsear la información e impedir la debida transparencia en el mercado de servicios de salud y para la fijación indirecta del precio del aseguramiento. Congruencia que igualmente se evidencia en la recomendación efectuada en el numeral 10 al manifestar:

**“10. RECOMENDACIÓN**

*Teniendo en cuenta que en el desarrollo de la presente investigación, se encuentra demostrado que por parte de las EPS-C agremiadas a ACEMI y con la participación y el consentimiento de esta, se llevó a cabo un acuerdo que infringió las normas de protección a la libre competencia, en donde se realizaron conductas tendiente a la negación de la prestación de los servicios de salud, ocultar o falsear la información e impedir la debida transparencia en el mercado de servicios de salud y la fijación indirecta de la UPC”.*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Finalmente, en la Resolución recurrida el Superintendente de Industria y Comercio, con base en los hechos investigados descritos en la apertura, el acervo probatorio, el informe del Delegado y las observaciones presentadas al mismo por los investigados, adoptó la decisión la cual guarda total congruencia no solo con los hechos que originaron la investigación y las normas presuntamente violadas, sino con la evidencia que obra en el expediente.

No es cierto que los supuestos fácticos del Informe Motivado y de la Resolución recurrida correspondan a hechos posteriores a la Resolución de apertura del proceso que no fueron objeto de investigación. Los mismos corresponden a los comportamientos que dieron origen a la presente investigación y que de manera general se describieron en la Resolución de apertura. Cosa diferentes es que con el desarrollo de la investigación, se haya verificado la ocurrencia de los mismos, y que tales comportamientos constituyan una conducta continuada cuya realización se extiende a periodos posteriores al año 2007, como se encuentra acreditado en el expediente.

De acuerdo con lo anterior, tales comportamientos no constituyen hechos nuevos como lo afirman los recurrentes sino la evidencia de la continuación de las prácticas restrictivas imputadas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la apertura de una investigación está dirigida a establecer las circunstancias de hecho y de derecho necesarias para determinar si una conducta particular inicialmente imputada corresponde o no con un comportamiento anticompetitivo. Por tanto, no es posible que en la Resolución de apertura se describan todas las circunstancias en las cuales ocurrieron los hechos imputados, pues precisamente ese es el objeto de la investigación.

Por tanto, se reitera que la apertura no es el escenario para establecer de manera rígida y exhaustiva todos los hechos que deban ser analizados por la Entidad para determinar la existencia de una conducta anticompetitiva.

No es posible pedir como es pretendido, que no se tengan en cuenta los hechos realizados con posterioridad a la apertura, que pueden surgir de las pruebas que se practican dentro del trámite correspondiente y que permitan establecer la ocurrencia de la conducta investigada y la continuación de la misma en el mercado, toda vez que ese es precisamente el objeto de la investigación.

Conforme a las normas que regulan el debido proceso en materia de prácticas restrictivas de la competencia, si bien las pruebas de la etapa investigativa están limitadas por los cargos contenidos en la Resolución de apertura, el hecho de hallar evidencia adicional que confirme o desvirtúe dichos cargos no vulnera el derecho de defensa, pues tanto la información recogida por esta Entidad durante la averiguación preliminar, como las pruebas decretadas una vez dictada la Resolución de apertura de la investigación, están a disposición de los investigados y contra ellas pudieron ejercer su derecho de defensa presentando las pruebas y explicaciones que contravirtieran la

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

evidencia recaudada, defensa que podían ejercer incluso a medida que las pruebas se incorporaban al expediente.

No se debe perder de vista que dentro del procedimiento que se sigue por infracción a las normas de protección de la competencia, la violación al derecho de defensa se presenta cuando no se ha dado al investigado la oportunidad para alegar, plantear sus argumentos frente a los hechos que se le imputan, y para solicitar o aportar las pruebas que pretenda hacer valer con el fin de controvertir los cargos formulados y desvirtuar las pruebas que obren en su contra. El derecho de defensa se garantiza también con el traslado que se da a los investigados del Informe Motivado, oportunidad en la que éstos pueden exponer los argumentos que desvirtúen lo allí consignado.

Esas oportunidades se garantizaron en el caso objeto de estudio, pues los investigados pudieron pedir y aportar pruebas y presentar los argumentos que consideraran pertinentes, tanto sobre la evidencia que obraba en el expediente y la que se iba incorporando al mismo, como respecto de lo afirmado en el Informe Motivado. Prueba de ello, es que todas y cada una de las empresas involucradas, a través de sus apoderados recorrieron el traslado que se les hizo tanto de la Resolución de apertura de investigación, como del Informe Motivado.

Por lo expuesto, la violación al debido proceso y al derecho de defensa alegada por las investigadas resulta infundada, en la medida que se acredita con las pruebas del expediente que la actuación fue adelantada conforme al procedimiento previsto en el Decreto 2153 de 1992 para este tipo de infracciones, brindando a los investigados todas las garantías constitucionales y legales.

**2.2. Se desconoce la independencia entre el funcionario instructor y el que toma las decisiones**

Los apoderados consideran que se vulneró el principio de imparcialidad, pues no se preservó la separación de investigador y juzgador, en tanto el Delegado para la Protección de la Competencia revisó la Resolución No. 46111 de 2011 y habló ante los medios en relación con la misma.

Al respecto, es necesario precisar que en el Decreto 2153 de 1992 se establece el procedimiento que debe seguir la Superintendencia para determinar si existe una infracción a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como los funcionarios competentes para adelantar las etapas previstas en el mismo y tomar las decisiones correspondientes<sup>75</sup>.

En virtud de lo establecido en el citado Decreto, corresponde al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia adelantar la investigación preliminar, ordenar cuando sea procedente la apertura de investigaciones, realizar la instrucción de la misma y presentar al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido infracción. Por su parte, compete al Superintendente de ~~de~~

<sup>75</sup> Ver artículo 4 numerales 10, 11, 12, 13, 15 y 16; artículo 11 numerales 1,2 y 3 y artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Industria y Comercio decretar medidas cautelares, adoptar las decisiones que pongan fin a dichas investigaciones e impartir las órdenes correspondientes.

De acuerdo con la información que obra en el expediente se establece que en el presente caso se ha observado el procedimiento previsto en la ley y el principio de imparcialidad de los funcionarios de la Superintendencia, quienes han ejercido sus funciones de acuerdo con la competencia atribuida en la misma ley.

Adicionalmente, tampoco debe perderse de vista que el numeral 7 del artículo 8 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010, establece como función del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia la siguiente:

*“7. Elaborar los proyectos de resolución mediante los cuales se decida una investigación por violación a las normas sobre protección de la competencia, de acuerdo con los lineamientos e instrucciones que sobre el caso particular imparte el Superintendente de Industria y Comercio.”*

Así las cosas, es claro que existe una disposición normativa que establece como facultad del Delegado proyectar las decisiones en investigaciones por violación al régimen de competencia que serán firmadas por el Superintendente o, como ocurrió en este caso, participar en algunos apartes de su redacción.

Lo anterior no implica que el Superintendente no realice un análisis imparcial y objetivo de informe motivado, de las observaciones que al mismo se presentan y de las pruebas que obran en el expediente, ni que no pueda apartarse, como ocurrió en el presente caso, de algunas o todas las manifestaciones realizadas por el Delegado en el Informe Motivado.

En el presente caso basta con revisar la Resolución recurrida para establecer que este Despacho hizo una revisión objetiva y rigurosa de los hechos acreditados en el expediente y de las observaciones presentadas por los investigados y a partir de tal análisis adoptó de manera independiente la decisión que se revisa, difiriendo en varias de las manifestaciones realizadas por el Delegado, como por ejemplo el hecho de que no es posible afirmar que el valor del aseguramiento en salud está compuesto por el valor de los RECOBROS que las EPS presentan al FOSYGA. En efecto, al respecto se afirmó en la página 184 de la Decisión lo siguiente:

*“Contrario a lo afirmado por la Delegatura, este Despacho reconoce que el precio del aseguramiento en salud no está constituido por los recobros generados al FOSYGA. Por el contrario, comparte la posición de algunos de los apoderados quienes señalan que la UPC junto con los copagos y las cuotas moderadoras son los tres elementos fundamentales del precio de aseguramiento en salud”.*

También se apartó el Despacho de la afirmación de la Delegatura sobre la inexistencia de controversias en cuanto al contenido del POS como lo señaló en la página 79 de la Decisión:

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*“Este Despacho comparte parcialmente la afirmación arriba transcrita. Por un lado, debe apartarse de la aseveración relacionada con la inexistencia de controversias y problemática respecto al contenido del POS, pero por otro lado, respalda la posición de la Delegatura, según la cual, independientemente de la existencia o no de incertidumbre frente al contenido del plan, no es admisible coordinación alguna entre agentes del sector que como las EPS, deben competir activamente y no organizar de manera artificial las condiciones del mercado. (...)”.*

El análisis independiente realizado por el Superintendente también se reflejó en la valoración probatoria realizada. Por ejemplo, se observa que en la página 150 de la Decisión se consignó lo siguiente:

*“En el mismo sentido, este Despacho se aparta del análisis presentado por la Delegatura en el Informe Motivado, respecto de la prueba comprendida en la hoja de Excel denominada “NO POS per cápita enviado UPC”, contenida en el archivo denominado “Formato confirmación No POS” adjunto al correo electrónico enviado por Sandra Camacho (...).”*

(...)

*Coincide este Despacho con lo expuesto por el Apoderado de ACEMI y otros y considera que, contrario a como lo apreció la Delegatura, la información contenida en este documento no tiene el carácter de desagregada, por cuanto se refiere a información del costo general NO POS declarado por cada EPS, que se expresa en valores per cápita”.*

Así, no se puede afirmar que el Superintendente actuó en desconocimiento del principio de imparcialidad e independencia, ni es posible sostener, como de manera irrespetuosa lo sugieren los investigados, que la decisión haya sido tomada por el Delegado para la Protección de la Competencia pues como lo indica la norma, cualquier proyecto, incluso si es realizado por el Delegado, se proyecta de acuerdo con las instrucciones y lineamientos del Superintendente de Industria y Comercio.

En conclusión, en ésta como en todas las decisiones que toma la Entidad, se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 35 del C.C.A., en tanto luego de dar a los interesados la oportunidad para expresar sus opiniones, el Superintendente de Industria y Comercio adoptó la decisión final con base en las pruebas disponibles y exponiendo la motivación de la misma.

**2.3. Se violaron los principios de tipicidad y legalidad aplicables al procedimiento administrativo en virtud de los artículos 6 y 29 de la Constitución Política**

De acuerdo con algunos apoderados la decisión final desconoció el principio de tipicidad en tanto las normas por las que se sancionó no definen de manera clara la conducta reprochable. En efecto afirmaron:

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*“Como se puede apreciar, las mencionadas disposiciones no definen de manera clara concreta o inequívoca una conducta reprobada, sino que hace (sic) una descripción general de conductas que permite aplicaciones equívocas, lo cual ha sido considerado inconstitucional por la jurisprudencia de la Corte Constitucional”.*

*“Manifestación por excelencia de esos límites lo constituye el principio de legalidad al que está sometido cualquier accionar del Estado y que se traduce en el caso de la potestad sancionadora en que la conducta objeto de reproche debe estar prevista con cada uno de sus elementos en la Ley. Es lo que se conoce comúnmente como tipicidad de la conducta que se convierte de esta forma en una garantía jurídica a favor del implicado en cualquier proceso sancionatorio ya que no se le podría entonces realizar ningún reproche si su comportamiento no se encuentra previsto en la Ley”.*

Al respecto, se debe tener en cuenta que las disposiciones cuyo desconocimiento se determinó en la Resolución de sanción establecen lo siguiente:

**“ARTICULO 3o. PROHIBICION GENERAL A LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.** De conformidad con lo previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992, el Decreto - ley 1298 de 1994 y con lo establecido en el presente Decreto, están prohibidos todos los acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito.

*Serán aplicables a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2.153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen.*

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

**ARTICULO 5o. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.** Se consideran contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

entre otros, los siguientes acuerdos, convenios, prácticas o decisiones concertadas:

1. Los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios o tarifas.

8. 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.

10. Los que tengan por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud”.

Como se observa, las disposiciones iniciales son cláusulas generales que establecen en forma categórica e imperativa la prohibición de incurrir en actos contrarios a la libre competencia, mientras que el artículo 5 es enunciativo sobre los acuerdos que son considerados restrictivos de la competencia en el mercado de servicios de salud.

A lo anterior, hay que adicionar las disposiciones que establecen la competencia de esta Entidad para sancionar el desconocimiento de las normas de protección de la competencia:

“ARTÍCULO 1o. Modifíquese el artículo 1o del Decreto 3523 de 2009, el cual quedará así:

“**DECRETO 1687. Artículo 1o. Funciones generales.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3467 y 3466 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, el Decreto 427 de 1995, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, las Leyes 550 y 546 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1340 y 1341 de 2009 y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de la República.

“La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

“3. Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.”

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*“4. Imponer con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.*

*(...)*

*“6. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia.*

*(...)*”

*“ARTÍCULO 3o. Modifíquese el artículo 3o del Decreto 3523 de 2009, el cual quedará así:*

***“Artículo 3o. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Superintendente de Industria y Comercio:***

*(...)*

*“8. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica.*

*(...)*

*“10. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia.*

*(...)*

*“13. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.*

*“14. Imponer las multas que procedan de acuerdo con la ley, contra administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a las que se refieren la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 o las normas que los modifiquen o adicionen”.*

Por último, se debe tener en cuenta que los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece como competencia del Superintendente de Industria y Comercio la de:

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*“15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente Decreto,*

*A*

*sí mismo, imponer las sanciones señaladas en este numeral por violación a la libre competencia o incumplimiento en materia de tarifas, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario de las empresas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos últimos sectores mientras la Ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos.*

(...)

*16. Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente Decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional. Así mismo, imponer la sanción señalada en este numeral a los administradores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren prácticas contrarias a la libre competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos eventos hasta tanto la Ley regule las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos”.*

De acuerdo con las anteriores disposiciones, no es cierto que no exista una descripción clara y concreta de las conductas que son consideradas contrarias a la libre competencia y de las sanciones que acarrearán su incumplimiento. Por el contrario, de las mismas se deriva una clara prohibición de realizar cualquier actividad que afecte la competencia en el mercado de salud, así como la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para investigar cualquier violación a las disposiciones sobre competencia y el valor de las sanciones a imponer en caso de que encuentre probada la ocurrencia de tal violación.

En todo caso, es preciso resaltar que el rigor del principio de tipicidad que caracteriza el derecho penal, no se predica del derecho sancionatorio, toda vez que en atención al tipo de conductas y los bienes jurídicos protegidos, la tipificación no puede establecerse en detalle y, por consiguiente, debe recurrirse a una tipificación genérica o algunas veces indeterminada, que en manera alguna puede entenderse en detrimento de la certeza de las conductas.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que *“aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no es demandable en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal”*<sup>76</sup>, razón por la

<sup>76</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-406 de 2004.

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

cual, lo que es importante es que pueda ser determinable ya sea acudiendo a remisiones normativas, criterios técnicos o incluso a la *lex artis*. En efecto, en la sentencia C-860 de 2006 señaló:

*"Debido a las finalidades propias que persigue, y a su relación con los poderes de gestión de la Administración, la jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara<sup>[48]</sup>; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal<sup>[49]</sup>; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal<sup>[50]</sup>. En esa medida el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate<sup>[51]</sup> y aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no se puede demandar en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias en estos casos hace posible también una flexibilización razonable de la descripción típica<sup>[52]</sup>.*

Teniendo en cuenta lo anterior, no resulta de recibo el argumento de los investigados según el cual las disposiciones de protección de la competencia aplicadas en el presente caso desconocen los principios de legalidad y tipicidad que deben respetarse en la aplicación del derecho administrativo sancionador.

Por último, resulta pertinente precisar que el Decreto 1663 de 1994, es la reglamentación del parágrafo 2o. del artículo 183 y el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 como lo señaló expresamente el Decreto 1613 de 1995. Los artículos mencionados disponen lo siguiente

**"ARTÍCULO 183. PROHIBICIONES PARA LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. (...)**

**PARÁGRAFO 2o.** *Están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud".*

**"ARTÍCULO 185. INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD.**

*Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.*

*Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. (...)*”

Así las cosas, es claro que las prohibiciones en materia de protección a la competencia correspondientes al sector salud, fueron consagradas por el legislador y reglamentadas por el ejecutivo en ejercicio de las facultades establecidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

**2.4. Teniendo en cuenta que hay versión pública y privada de la decisión se vulneró el artículo 35 del C.C.A.**

El señor Aníbal Rodríguez Guerrero sostiene que en este caso se violó el derecho al debido proceso pues contrario a lo dispuesto en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo no se tomó una decisión sino dos, en tanto se le notificó tanto la versión reservada de la decisión como la versión pública de la misma. En efecto, afirmó:

*“Esta palmar situación que viola el art 35 del CCA, tiene además el efecto de constituir una violación al debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de contradicción; en la medida que al no respetarse la forma en que la administración debe expedir sus actos administrativos “reservado” o “publico” es el que tiene valor jurídico, dado que ambos fueron notificados”.*

Al respecto, es importante señalar que no es cierto que la Entidad hubiera proferido dos decisiones diferentes, sino que en virtud del derecho de reserva que asiste a los investigados en aquellos casos en los que dentro del texto se hace referencia a información que deba ser considerada confidencial o que no es de acceso público, se realizan dos versiones de la misma decisión.

Dado que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 del Código Contencioso, los actos administrativos tienen naturaleza pública y que cualquier persona puede acceder a ellos una vez expedidos, en la versión pública se eliminan aquellos datos que deben ser protegidos, con el fin de que no sean conocidos; en la versión reservada, cuya copia solo se entrega a los investigados, se deja visible toda la información con el fin de que los mismos puedan ejercer el derecho de defensa de manera adecuada.

Así las cosas, no es que se hubieran proferido dos decisiones diferentes, sino que en la versión pública de la misma no se presenta la información sujeta a reserva que tuvo en cuenta la entidad para tomar la decisión.

Esta actuación en lugar de violar el derecho al debido proceso, es una garantía de su protección y una salvaguarda para los derechos de los investigados que podrían, a

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

través de un acto administrativo, ver difundida información que no tiene la naturaleza de pública.

**2.5. Por tratarse de asuntos sometidos a la intervención del Estado a los mismos no se les aplican las normas de protección de la competencia**

Para el Apoderado de SANITAS, la Ley 1340 en su artículo 31 establece que en el caso de intervención del Estado, no se aplican las disposiciones de libre competencia. Según su posición al reconocer la misma Superintendencia que el contenido del POS y la UPC son aspectos de regulación del Estado, en los mismos no puede existir competencia y las normas sobre prácticas comerciales restrictivas no resultan aplicables

El artículo en mención expresamente señala:

*“El ejercicio de los mecanismos de intervención del Estado en la economía, siguiendo el mandato previsto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, constituye restricción del derecho a la competencia en los términos de la intervención. Son mecanismos de intervención del Estado que restringen la aplicación de las disposiciones de la presente ley, los Fondos de estabilización de precios, los Fondos Parafiscales para el Fomento Agropecuario, el Establecimiento de precios mínimos de garantía, la regulación de los mercados internos de productos agropecuarios prevista en el Decreto 2478 de 1999, los acuerdos de cadena en el sector agropecuario, el Régimen de Salvaguardias, y los demás mecanismos previstos en las Leyes 101 de 1993 y 81 de 1988”.*  
(Subrayado fuera de texto)

Para el Apoderado fue “absurda” la respuesta que dio esta Entidad a su argumento en la Resolución recurrida, en donde se citó el artículo 4 de la Ley para sustentar que en que incluso en los sectores regulados eventualmente es necesario aplicar normas específicas relacionadas con la protección de la competencia<sup>77</sup>, pero que definitivamente no son exceptuados de la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única.

Con una lectura menos sesgada por parte del Abogado, hubiera sido más fácil entender que con la posición planteada en el Acto recurrido, se negaba cualquier excepción de la aplicación de las normas de competencia en el sector de la salud. Son innumerables los mercados regulados, que cuentan con mecanismos de intervención del Estado y no por dicha situación deben estar por fuera del control que realiza esta Superintendencia.

Ahora bien, frente a la aplicación del artículo 31 de la Ley 1340, realmente resulta insólita y direccionada la argumentación basada en su aplicación en el sector de la

<sup>77</sup>“ARTÍCULO 4o. NORMATIVIDAD APLICABLE. La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicione, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico.” (Subrayado fuera de texto)

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

salud, cuando de su misma redacción es posible establecer que no se trata de una simple enunciación sino de una descripción taxativa y excluyente en donde sólo ciertos mecanismos de intervención de la economía restringen la aplicación de la mencionada norma.

En efecto, sólo están expresamente exceptuados, los fondos de estabilización de precios, los fondos parafiscales para el fomento agropecuario, el establecimiento de precios mínimos de garantía, la regulación de los mercados internos de productos agropecuarios prevista en el Decreto 2478 de 1999, los acuerdos de cadena en el sector agropecuario, el Régimen de Salvaguardias, y los demás mecanismos previstos en las Leyes 101 de 1993<sup>78</sup> y 81 de 1988<sup>79</sup>.

Por último, no debe perderse de vista que tratándose de una excepción a la aplicación de las normas de protección de la competencia su aplicación e interpretación debe ser restrictiva. Sumado a lo anterior, la esta Entidad tiene competencia para investigar en todos los sectores de la economía de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 6 de la ya mencionada Ley 1340 de 2009, “(...) *las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestan el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio*”.

**2.6. No se respetó la confidencialidad del Informe Motivado en tanto el documento salió en los medios de comunicación**

El Apoderado de ACEMI y otros cuestiona el hecho de que el Informe Motivado haya sido publicado por los medios de comunicación y que con posterioridad el Delegado se haya pronunciado públicamente sobre el mismo. Al respecto, señaló que el hecho de que el Informe se hubiera hecho público viola el derecho a la intimidad en tanto en el mismo se hace referencia a correos y documentos de los investigados cuando de acuerdo con el artículo 15 de la Constitución Política la correspondencia y demás formas de comunicación privada es inviolable.

Adicionalmente, señalaron que el carácter reservado de las investigaciones por presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia fue determinado por el legislador en el artículo 13 de la Ley 155 de 1959 circunstancia que en su criterio fue reiterada por el artículo 15 de la Ley 1340 de 2009.

Las afirmaciones mencionadas no son de recibo por las razones que se exponen a continuación. Contrario a lo indicado, en virtud del artículo 29 del Código Contencioso que cualquier persona tiene derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, y a obtener copias y certificaciones sobre los mismos, salvo el caso de los documentos que, por mandato de la Constitución Política o de la ley, tengan carácter de

<sup>78</sup>Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero.

<sup>79</sup>Por la cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico, se determinan las funciones de sus dependencias, se deroga el Decreto legislativo número 0177 de 1o. de febrero de 1956, se dictan normas relativas a los contratos de fabricación y ensamble de vehículos automotores y a la política de precios y se dictan otras disposiciones.

**"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

reservados. En este sentido el numeral 4.1., del Capítulo Cuarto del Título VII de la Circular Única de esta Superintendencia, establece lo siguiente:

**"Reserva en las investigaciones en materia de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal"**

*De acuerdo con la posición señalada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en las sentencias del 6 de abril de 1999 (Expediente 99-01-78) y del 14 de abril de 1999 (Expediente 99-02-40), los expedientes correspondientes a las investigaciones que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de prácticas comerciales restrictivas deben manejarse de acuerdo con lo señalado en los artículos 12 y 21 de la Ley 57 de 1985. Por lo tanto, sólo podrá negarse la consulta de las pruebas, piezas y documentos que hagan parte de los mismos cuando, conforme a la Constitución o a la ley, tengan carácter de reservado, no siendo aplicable la reserva general que se preveía en el artículo 13 de la Ley 155 de 1959."*

Así lo ha señalado la Corte Constitucional - Sala Plena – que en sentencia C-887 de 02, consideró:

*"De lo anterior se desprende claramente que la regla general sobre publicidad de los documentos públicos está consagrada en la propia Constitución, y que únicamente la ley está habilitada para establecer las excepciones al derecho de acceder a los documentos públicos. Así lo ha reconocido la Corte desde sus primeros pronunciamientos al considerar que "el ejercicio del derecho al acceso a documentos públicos debe, pues, ceñirse a los postulados de la Constitución y la ley tal como lo dispone expresamente el artículo 74. Vale decir: solo la Carta Fundamental y la ley pueden establecer límites al ejercicio de este derecho que por supuesto, incluye la consulta de los documentos in – situ y no sólo como pudiera pensarse, la solicitud de copias".*

Así, no es cuerto que las investigación por prácticas comerciales restrictivas tengan, en su integridad, el carácter de reservado. Pero, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha señalado que la divulgación que realice la Entidad no puede ser considerada como violatoria del debido proceso sino que, por el contrario, dado que se encuentra involucrado el derecho colectivo de la libre competencia es de todo el interés de la opinión pública conocer las actuaciones de la entidad incluso desde el comienzo de la investigación:

*"En cuanto a las razones en que se funda el cargo séptimo, desviación de poder por cuanto el fin perseguido con la sanción no fue la de censurar una conducta sino la de dar un mensaje **ejemplarizante mediante la amplia divulgación de la medida, incluso desde el comienzo de la investigación**, y por la negativa inmotivada de responder sobre cuáles eran las garantías suficientes para terminar la investigación, se ha de señalar que uno de los principios que rigen la actividad administrativa, y dentro de ella las actuaciones administrativas, es la publicidad, el cual comporta un deber para las autoridades de permitir el acceso a las mismas de cualquier persona, de acuerdo a lo consagrado por el artículo 29, inciso*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*tercero, del C.C.A., cuyo texto prevé que cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren y de obtener copias y certificaciones sobre los mismos, salvo los que tengan carácter de reservados por mandato de la Constitución o de la ley, que no es la condición del procedimiento administrativo bajo estudio.*

***De otra parte, dado que el asunto concernía a la opinión pública por estar de por medio el derecho colectivo de la libre competencia, de suyo era de interés de la misma, luego nada obstaba para que los medios de comunicación se ocuparan del mismo, sin que la entidad demandada lo pudiera evitar, habida cuenta del alcance del principio de publicidad anotado respecto de las actuaciones administrativas.***

*De suerte que la amplia difusión que se le dio al caso no puede tomarse como prueba en forma alguna de que el acto acusado se expidió con desviación de las funciones propias<sup>80</sup>. (Subrayado fuera del texto)*

Ahora bien, en relación con la publicación que del Informe Motivado realizaron algunos medios de comunicación es pertinente reiterar que, como se señaló, dicho documento tiene naturaleza de público a no ser que contenga información de naturaleza reservada, circunstancia que no se presentó en este caso.

En efecto, en relación con la violación del derecho a la intimidad alegada por el Apoderado ACEMI por haber incluido correspondencia de naturaleza privada en el Informe Motivado, es necesario señalar que la jurisprudencia ha precisado que los correos enviados a través de cuentas institucionales no deben considerarse como correspondencia privada. En efecto, ha manifestado:

*“Los mensajes de correo electrónico transmitidos a través de cuentas institucionales no se consideran correspondencia privada, porque estas cuentas tienen como fin primordial la transmisión de datos relacionados con las actividades ordinarias de la empresa. Por esta razón dichos mensajes pueden ser exhibidos y e inspeccionados judicialmente, son admisibles como medios de prueba y gozan de plena eficacia jurídica<sup>81</sup>.”*

En todo caso hay que señalar que dentro de la información incluida en los mencionados correos no se incluyen datos relacionados con el ámbito de vida personal o familiar de los destinatarios<sup>82</sup> y tampoco se incluye información que tenga el carácter de reservada y que permitiera negar la expedición de copias. No debe perderse de vista que los

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 25 de abril de 2002, Expediente No. 7261.

<sup>81</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 23001 del 24 de septiembre de 2007.

<sup>82</sup> La jurisprudencia constitucional ha entendido que la protección al derecho a la intimidad implica “exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas. (...) Adicionalmente, puede decirse que el derecho a la intimidad es un derecho disponible. Ciertas personas, según su criterio, pueden hacer públicas conductas que otros optarían por mantener reservadas”. Corte Constitucional, Sentencia T-552 de 1997.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

documentos electrónicos son considerados documentos y como tal se les aplica la regla mencionada anteriormente según la cual son públicos, siempre y cuando no exista una ley particular que establezca lo contrario. Al respecto, ha señalado la jurisprudencia:

*“5.2. En el caso colombiano, la Ley 527 de 1999, “por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, definió el “Mensaje de datos” como “[l]a información generada, enviada, recibida, almacenada comunicada (sic) por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (art. 2º) y estableció en su artículo 10º que “[l]os mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil”, precisándose luego que “[e]n toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”<sup>83</sup>.*

Adicionalmente, tampoco es cierto que el artículo 15 de la Ley 1340 hubiera “confirmado el carácter reservado que tiene la información recaudada por la Superintendencia en el marco de investigaciones por prácticas comerciales restrictivas”, como se deriva del texto normativo:

*“ARTÍCULO 15. RESERVA DE DOCUMENTOS. Los investigados por la presunta realización de una práctica restrictiva de la competencia podrán pedir que la información relativa a secretos empresariales u otro respecto de la cual exista norma legal de reserva o confidencialidad que deban suministrar dentro de la investigación, tenga carácter reservado. Para ello, deberán presentar, junto con el documento contentivo de la información sobre la que solicitan la reserva, un resumen no confidencial del mismo. La autoridad de competencia deberá en estos casos incluir los resúmenes en el expediente público y abrir otro expediente, de carácter reservado, en el que se incluirán los documentos completos.*

*PARÁGRAFO 1o. La revelación en todo o en parte del contenido de los expedientes reservados constituirá falta disciplinaria gravísima para el funcionario responsable, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.*

*PARÁGRAFO 2o. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá por solicitud del denunciante guardar en reserva la identidad de quienes denuncien prácticas restrictivas de la competencia, cuando en criterio de la Autoridad Unica de Competencia existan riesgos para el denunciante de sufrir represalias comerciales a causa de las denuncias realizadas”.*

---

<sup>83</sup> Corte Suprema de Justicia,

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Como se deriva de la disposición citada, no es cierto que todas las pruebas y documentos que obran en una investigación por prácticas comerciales restrictivas tengan la naturaleza de reservada; solamente tienen tal naturaleza los documentos frente a los secretos empresariales o a los que existe norma legal de reserva o confidencialidad.

Por último, en relación con el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009 es necesario precisar que el mismo no establece las actuaciones a las que la entidad puede darles publicidad, sino los casos en los que los investigados deben publicar en un diario de amplia circulación nacional algunas decisiones administrativas.

**2.7. Se aplicó el artículo 17 de la Ley 1340 cuando el mismo no es aplicable de manera inmediata por tratarse de una sanción**

En relación con el argumento de acuerdo con el cual, la orden de efectuar la publicación de que trata el numeral 2 del artículo 17 de la ley 1340 de 2009, constituye la aplicación retroactiva de la mencionada ley y desconoce el principio de legalidad y debido proceso, por considerar que dicha disposición constituye una sanción para los investigados, son procedentes los siguientes comentarios.

Sea lo primero señalar que las publicaciones previstas en la disposición en comento, no constituyen una sanción como equivocadamente se afirma en los recursos. Tal publicación, como se indica a continuación es un mecanismo de procedimiento previsto en la ley para suministrar información y dar a conocer a los consumidores y al mercado en general actuaciones y decisiones en materia de libre competencia que revisten especial interés para los mismos.

En efecto, en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009 se dispone:

*“La Superintendencia de Industria y Comercio deberá atendiendo a las condiciones particulares del mercado de que se trate y el interés de los consumidores, ordenar la publicación de un aviso en un diario de circulación regional o nacional, dependiendo las circunstancias, y a costa de los investigados o de los interesados, según corresponda, en el que se informe acerca de:*

*“(…)*

*“2. La apertura de una investigación por infracciones a las normas sobre protección de la competencia, así como la decisión de imponer una sanción, una vez en firme los actos administrativos correspondientes”.*

Al respecto, es importante tener en cuenta que con la adopción de la Constitución Política de 1991, la libre competencia económica se erigió como “un derecho de todos que supone responsabilidades” y estableció que el “Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*mercado nacional*<sup>84</sup>. Así mismo, en el artículo 88 de la Carta se reconoce su carácter de derecho colectivo.

En consonancia con lo anterior, al expedirse el Decreto 2153 de 1992<sup>85</sup> y, posteriormente, la Ley 1340 de 2009, se estableció que los objetivos o propósitos particulares de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas son alcanzar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Precisamente, una de las modificaciones introducidas con la Ley 1340 de 2009 fue el reconocimiento a los competidores que acrediten su interés directo, así como de las asociaciones de consumidores en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia. De hecho en el artículo 19 se les reconoce su condición de terceros interesados<sup>86</sup> y se les habilita para participar en las actuaciones adelantadas por esta Entidad y en artículo 17 se prevé la realización de publicaciones para dar a conocer la existencia de las mismas, así como las decisiones sancionatorias que se adopten, una vez queden en firme, lo cual confirma el carácter procedimental de la tales disposiciones

Por otra parte, debe señalarse que revisado el texto de la Ley 1340, así como los antecedentes de la misma, se observa que el legislador no consagró las publicaciones previstas en el artículo 17, como mecanismos sancionatorios, pues dicho artículo forma parte del Título IV correspondiente a las disposiciones procedimentales y no del Título V en el que se desarrolla el régimen sancionatorio. Adicionalmente, en la Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley 333 de 2008 Cámara, 195 de 2007 Senado, en relación con las publicaciones establecidas en el mencionado artículo se manifestó:

*“Artículo 17. Publicación de actuaciones administrativas. La modificación consiste en que la referida información se revele en la publicación, a fin de que cumpla con el propósito que con ella se persigue, cual es, el de informar al público y a terceros indeterminados sobre la iniciación del trámite y brindarles la posibilidad de que acudan al mismo en caso de acreditar las condiciones que la propia norma exige para poder hacerse parte.*

*Mantener la restricción a esos datos básicos hace en la práctica remoto el cumplimiento de los fines de la norma. No debe generar ningún tipo de prevención revelarlos si se tiene en cuenta que la apertura de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, a diferencia de lo que ocurre con la averiguación preliminar, corresponde a una etapa del procedimiento administrativo respecto de la cual la autoridad no tiene la carga de guardar ningún tipo de reserva, distinta a la que por disposición legal exijan algunos de los documentos que integran el expediente*<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Ver artículo 333 de la C.P.

<sup>85</sup> Expedido con fundamento en el artículo 20 transitorio de la C.P.

<sup>86</sup> Ver artículo 19 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>87</sup> Ver Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley 333 de 2008 Cámara, 195 de 2007 Senado, publicada en la Gaceta 335 19/05/2009.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Ahora bien, sobre el supuesto carácter punitivo de la publicación de decisiones sancionatorias, cabe mencionar que la jurisprudencia de nuestra Altas Cortes ha señalado que la publicación de esta clase de decisiones no es violatoria del debido proceso, ni del derecho al buen nombre. Por el contrario, se ha considerado desarrollo del derecho a la información y del carácter público de las actuaciones administrativas, más aún cuando las mismas comportan interés para los asociados, como ocurre en el caso de la vulneración de derechos colectivos, como el de la libre competencia.

En este sentido, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de la publicación de decisiones sancionatorias impuestas a los abogados manifestó:

*“... si los procesos disciplinarios que se adelantan contra los abogados, son públicos, no halla la Corte razón válida alguna para impedir la publicación de las sanciones, distintas a la de amonestación, que se les impongan. Sin embargo, la demandante considera que dicha publicación lesiona el derecho a la intimidad, al buen nombre y a la honra, como el derecho a la igualdad, criterio que no comparte esta Corporación por las siguientes razones:*

*“(...) en lo que atañe a la violación del derecho a la intimidad y al honor, cabe preguntar, ¿en qué medida difundir una sentencia sancionatoria puede lesionar el honor del sancionado, si toda la información es veraz? No puede pretenderse una protección del honor cuando el sancionado ha incurrido en hechos censurables, que demuestran una actuación anti ética y a todas luces contraria a la ley.*

*“(...)”*

*Considera la Corte Constitucional que el derecho al honor, a la intimidad y al buen nombre, no pueden constituir obstáculo alguno para que a través de procesos judiciales o expedientes administrativos seguidos con todas las garantías, se investiguen y sancionen conductas ilegales de los profesionales de cualquier especialidad, en este caso del derecho, pues el daño que a tales bienes se puede causar, no se origina en estos procedimientos, sino en la propia conducta, y ni la Constitución ni la ley pueden proteger al individuo contra la mala imagen, o el deshonor que nazca de sus propios actos.*

*“La publicidad de las sanciones disciplinarias que se imponen a los abogados (excepto la amonestación), también tiene fundamento en el derecho a informar y a recibir información veraz e imparcial a que alude el artículo 20 constitucional, pues se trata no de dar opiniones sino de suministrar información sobre hechos que son ciertos, cumpliéndose así el requisito de veracidad.*

*“Finalmente, considera la Corte pertinente agregar que la citada publicidad, tiene íntima relación con el concepto de seguridad jurídica, ya que la ciudadanía en general tiene derecho a saber que las ilicitudes han sido investigadas y que los responsables de conductas anti éticas, deshonestas, y, en fin, contrarias a la Constitución y la ley, han sido debidamente sancionadas, máxime si se trata de*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*abogados cuya misión principal es colaborar con la justicia, fin esencial del Estado social de derecho.*

*“Es entonces de señalada importancia que se publiquen las sanciones disciplinarias impuestas a los profesionales del derecho, pues de esta manera los ciudadanos tendrán la oportunidad de conocerlas y, en caso de tener que contratar los servicios de uno de ellos, podrán seleccionar aquellos que por su nombre y reputación son idóneos para defender sus intereses. Por tanto, la publicidad de las sanciones tiene como finalidad esencial la defensa y protección de la sociedad”<sup>88</sup>.* (Subrayado fuera del texto)

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, al resolver la apelación de un fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Medellín en el cual se había demandado a esta Superintendencia, entre otras razones, por haber publicitado el fallo sancionatorio, confirmó la decisión adoptada por el Tribunal al considerar:

*“... no se observa que las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio estén sometidas a reserva, de manera que no puede alegarse vulneración al debido proceso ni al buen nombre de la Cooperativa, por el hecho de que se hubiese hecho público el proceso sancionatorio que se le adelantó”<sup>89</sup>.*

Asimismo, como se dijo, el Consejo de Estado, en fallo del 25 de abril de 2002, radicación No. 1100103240002000016301, al analizar la legalidad del suministro de información a los medios de comunicación sobre una resolución en la cual esta Superintendencia impuso una sanción pecuniaria por violación a las normas de prácticas comerciales restrictivas, manifestó:

*“... dado que el asunto concernía a la opinión pública por estar de por medio el derecho colectivo de la libre competencia, de suyo era de interés de la misma, luego nada obstaba para que los medios de comunicación se ocuparan del mismo, sin que la entidad demandada lo pudiera evitar, habida cuenta del alcance del principio de publicidad anotado respecto de las actuaciones administrativas.”*

Por lo anteriormente señalado, para esta Entidad la publicación prevista en el artículo 17 de la ley 1340 de 2009, no es ni tiene el carácter sancionatorio como se alega en los recursos. La misma corresponde a una disposición de carácter eminentemente procedimental, establecida como mecanismo para informar y promover el conocimiento y participación de los consumidores y demás agentes del mercado en actuaciones y decisiones que les conciernen.

Ahora bien, teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 1340 de 2009, la misma entró a regir a partir de la publicación, esto es, el ~~24~~

<sup>88</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. C-060/94 Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DIAZ., diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

<sup>89</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: JORGE LUIS QUINTERO MILANES. Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil cinco (2005). Tutela 19.350 Cooperativa Colanta Ltda. Aprobado acta N° 012.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

de julio de 2009, la orden impartida a las empresas sancionadas para que una vez en firme la Decisión recurrida, realizaran la publicación de que trata el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, no constituye una aplicación retroactiva de la misma, toda vez que dicha decisión fue adoptada por esta Entidad con posterioridad a la vigencia de la ley.

Al respecto, debe resaltarse que la aplicación inmediata de la ley procesal a la investigación de conductas ocurridas con anterioridad a su vigencia no constituye violación al principio de legalidad, de acuerdo con el cual *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”*. Así lo ha manifestado en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional al señalar:

*“(…) de conformidad con los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, la Corte ha definido que las normas preexistentes a que se refiere el principio de legalidad son las normas de carácter sustantivo, las cuales determinan las conductas calificadas como faltas, así como las sanciones que deben ser impuestas. No se pueden asimilar, por el contrario, a disposiciones de carácter procesal, respecto de las cuales opera, por regla general, el principio de aplicación inmediata.*

*“(…)*

*“Se plantea el problema jurídico de si la aplicación inmediata de nuevas disposiciones procesales en materia disciplinaria, respecto a conductas ya ocurridas pero que no han sido sometidas a investigación, por no haberse proferido auto de apertura de la misma, desconoce los principios de legalidad y favorabilidad, por cuanto se desconoce la máxima de que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, que la Corte Constitucional ha resuelto, concluyendo del recuento jurisprudencial estudiado que: i) el principio de legalidad, en materia disciplinaria, se traduce en que la investigación y juzgamiento de conductas calificadas como faltas, sólo puede fundarse en disposiciones sustantivas preexistentes, que definan la falta y prevean la sanción; ii) respecto de las normas procesales, en la misma materia, resulta válida su aplicación inmediata según la decisión adoptada por el legislador en ejercicio de su margen de configuración de los procedimientos. (…). En dicho proceder, el legislador se encuentra amparado por el margen de configuración que le brinda la Constitución para el diseño de procedimientos y, con ello, para determinar la aplicación de la ley procesal en el tiempo, resultando que no contraria el principio de legalidad como tampoco desconoce el principio de favorabilidad<sup>90</sup>.*

Adicionalmente, no debe perderse de vista que la publicidad de las sanciones en materia de protección de la competencia es una de las herramientas más útiles con las que cuentan las autoridades para promover el conocimiento y respeto de las normas y las consecuencias de su incumplimiento. Lo anterior se refleja en los antecedentes de la Ley 1340 de 2009, en los que sobre el tema se señaló:

<sup>90</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-692/08 Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, nueve (9) de julio de dos mil ocho (2008).

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**“2.7. Artículo 17. Publicación de actuaciones administrativas.** La modificación consiste en que la referida información se revele en la publicación, a fin de que cumpla con el propósito que con ella se persigue, cual es, el de informar al público y a terceros indeterminados sobre la iniciación del trámite y brindarles la posibilidad de que acudan al mismo en caso de acreditar las condiciones que la propia norma exige para poder hacerse parte.

**Mantener la restricción a esos datos básicos hace en la práctica remoto el cumplimiento de los fines de la norma<sup>91</sup>.** (Subrayado fuera del texto)

Excluir el uso del mecanismo mencionado conlleva a limitar el alcance disuasivo que tienen las decisiones de la Entidad sobre la realización de conductas reprochables frente a la competencia y, por ende, impedir que los mercados puedan avanzar hacia su adecuado funcionamiento.

Por todo lo anterior, no se consideran de recibo los argumentos de los recurrentes.

**2.8. Se sancionó con fundamento en pruebas que no pudieron controvertirse (testimonio preliminar informe defensoría 2010)**

El apoderado de COMPENSAR y otros señaló que la decisión se tomó con fundamento en pruebas no controvertidas como el Informe de la Defensoría del Pueblo correspondiente al año 2010.

Al respecto es importante precisar que el Informe de la Defensoría del Pueblo no fue utilizado como una de las pruebas centrales de la decisión, sino que el mismo sirvió como instrumento para el entendimiento del mercado, como expresamente se dijo en la Resolución:

*“Así, el contenido de los informes de la Defensoría, no compone el eje central de la infracción y debe ser interpretada como un elemento fundamental para el entendimiento de la realidad del mercado respecto a los recobros ante el FOSYGA”.*

En este sentido el mencionado informe es un documento público, consultable en la página de la defensoría del pueblo, que al igual que la doctrina podía ser consultado por la Entidad para efectos de entender el funcionamiento del mercado afectado con las conductas estudiadas.

Adicionalmente, en los recursos se afirmó que no se debió tener en cuenta la declaración rendida por la Dra. Gloria Eugenia Gómez en el curso de la averiguación preliminar por cuanto la misma no fue ratificada en el proceso.

Frente a este argumento lo primero que hay que señalar es que la Dra. Gómez rindió declaración tanto en la etapa de averiguación preliminar como en la investigación, pruebas que fueron valoradas en conjunto por esta Entidad en la decisión final, llegando

<sup>91</sup> Gaceta No. 335 del 19 de mayo de 2009.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

a la conclusión de que el hecho que la declarante hubiera modificado su dicho, no era suficiente para desvirtuar las conductas imputadas.

No obstante, no sobra dejar de señalar que en caso de que los investigados no lo requieran en su petición de pruebas y la Entidad así lo decreta, no es necesario realizar la ratificación de un testimonio practicado en la averiguación preliminar, en tanto el mismo fue practicado dentro del mismo proceso. Así se deriva expresamente del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil que señala que la ratificación tiene lugar cuando se trata de testimonios recibidos fuera del proceso y lo ha confirmado la jurisprudencia tratándose de las actuaciones administrativas<sup>92</sup>.

En cualquier caso, es importante precisar que ni el estudio de la Defensoría ni la declaración de la Dra. Gómez son las pruebas que soportan la decisión tomada por esta Entidad, por lo que aún si las mismas no fueran tomadas en cuenta no habría lugar a modificar la decisión sancionatoria.

**2.9. La Entidad no ha debido compulsar copias a la Delegatura con el fin de establecer la aplicación de una multa por el no pago de los gastos del informe técnico decretado pues carece de fundamento para hacerlo en tanto no resultan aplicables las disposiciones del Código de Procedimiento Civil**

Como se dijo en la Resolución de sanción, no es este trámite el correspondiente para analizar la conducta de los investigados frente al no pago del informe técnico decretado.

No obstante lo anterior, se encuentra probado en el proceso que la Delegatura para la Protección de la Competencia decretó una prueba, ordenando que los gastos los asumieran los investigados en partes iguales y, que a pesar de lo anterior, algunos de los investigados se negaron a realizar el pago mencionado. Así las cosas, será necesario determinar en el trámite correspondiente si la orden impartida por la Delegatura debía ser cumplida o no y no puede el Superintendente dentro de esta investigación realizar ningún juicio sobre el caso, so pena de incurrir en causal de impedimento.

En cualquier caso, es pertinente señalar que no se acepta la afirmación de ACEMI y otros en el sentido de que no son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil pues la misma desconoce que el artículo 52 del Decreto 2153 establece que en lo no previsto se aplica el Código Contencioso y éste a su vez señala en el artículo 267 que en los aspectos no contemplados se debe seguir lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

**2.10. No se comparte el cambio de declaraciones a testimonios de parte ni se aceptan las razones por las que se negó el dictamen pericial**

Adicionalmente, algunos investigados señalaron que no aceptaban el cambio de los testimonios a declaraciones de parte ni la negativa por parte de la Delegatura del

<sup>92</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 9 de mayo de 1997, Expediente No. 8186.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

dictamen pericial solicitado; no obstante no dan razones específicas para justificar su inconformidad. En efecto se afirma:

*“No compartimos, como ya lo hemos dicho, que al momento de definir la prueba testimonial que se solicitó, negándola y transformándola en decisiones de parte, esa Superintendencia presuma la existencia de Litis Consorciados Necesarios o de Solidaridades entre Investigados, que de ninguna manera son predicables y que sí afectan el derecho de defensa y el debido proceso.*

*Frente a la explicación que trae la Resolución (pág 194) para habernos negado la práctica de un dictamen pericial, solo podemos decir que los argumentos carecen por completo de razón, pues la prueba estuvo bien solicitada, al tenor de las normas de procedimiento”.*

En esta medida y dado que en la Resolución de sanción expresamente se analizaron las razones por las que se negó el dictamen pericial y se decretaron interrogatorios en lugar de testimonios, este Despacho considera que no hay lugar a realizar ninguna consideración adicional, salvo remitir a las páginas 191 y s.s. de la Resolución.

**2.11. En relación con el testimonio Mónica Uribe se señaló que la Delegatura no resolvió un recurso de reposición presentado por el Apoderado de ACEMI otros y que la limitación realizada por la Delegatura no era procedente en tanto con las pruebas recaudadas no se suplieron todos los temas de los que tenía conocimiento la funcionara pública. Adicionalmente, argumentaron que se han debido usar mecanismos que establece la ley para que la testigo asistiera a las diligencias programadas.**

En relación con lo afirmado por el Apoderado de ACEMI, se observa que frente a la última comunicación en la que solicitaba *“abstenerse de dar trámite al informe motivado hasta tanto se resuelva el recurso de reposición interpuesto contra la negativa de practicar el testimonio de la Doctora Mónica Uribe”* la Delegatura para la Protección de la Competencia le respondió mediante comunicación No. 09-21413-1102 del 11 de abril de 2011.

En la comunicación mencionada se le reiteró que, como se había establecido en la Resolución No. 68661 del 13 de diciembre de 2010, por medio de la cual se limitó la práctica de la prueba testimonial de la Doctora Mónica Uribe, en su contra no procedía recurso alguno como lo establece expresamente el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente, en la comunicación mencionada se volvieron a exponer las razones por las que fue imposible practicar la prueba mencionada y las que hacían procedente su limitación.

Es importante tener en cuenta que como lo ha señalado la jurisprudencia, los investigados no pueden hacer un uso irracional y desproporcional de sus derechos con el fin de entorpecer las investigaciones:

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

*“Los recursos procesales se ofrecen a los administrados como alternativas de defensa, de las cuales hay que servirse racionalmente. Es perfectamente legítimo que las personas hagan valer sus derechos en los estrados judiciales; pero cuando esta prerrogativa se ejerce de manera abusiva, el ejercicio del derecho se deslegitima, porque pierde su natural destinación, convirtiéndose en un instrumento al servicio de fines reprobables, antes que una herramienta de defensa, pero sobre todo, de justicia y equidad”<sup>93</sup>.*

Así, inicialmente se le señaló al Apoderado que no era procedente el recurso de reposición a pesar de lo que decidió presentarlo y reiterar tal solicitud a lo que nuevamente, se le informó la improcedencia del recurso. En estas circunstancias, como lo ha señalado la jurisprudencia, la administración no se encuentra obligada a reiterar una respuesta que ya se le ha dado al administrado<sup>94</sup>.

En cuanto a los temas que, de acuerdo con los apoderados, no se suplieron con la práctica de otras pruebas, tampoco comparte el Despacho esta afirmación en tanto que sobre los criterios relacionados con el alcance del POS, las funciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las notas técnicas que soportan el POS y los demás mencionados sí obran pruebas en el proceso y cosa diferente es el que el Apoderado no las considere como suficientes, argumentación que desestima el Despacho.

**2.12. Desconocimiento de la denuncia mencionada en el acta del Consejo Asesor**

De acuerdo con el apoderado de EPS SURA S.A. se desconoció el derecho de defensa y contradicción en tanto los investigados no tuvieron conocimiento de la denuncia a la que se hace referencia en el acta del Consejo Asesor celebrado el 14 de junio de 2011.

En relación con lo anterior es necesario señalar que la referencia que quedó consignada en el acta del Consejo Asesor es una imprecisión manifestada en la reunión, pues como se señaló en el Informe Motivado y se puede confirmar en el expediente, la investigación inició con ocasión de la orden impartida por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, mediante memorando de fecha 3 de marzo de 2009 y no a raíz de una queja.

La imprecisión mencionada no implica ninguna violación al derecho de defensa, en tanto los investigados tuvieron conocimiento de todos los documentos que obran en el expediente y no había lugar a citar a audiencia de conciliación en virtud de lo establecido en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001. En todo caso no sobra señalar que de acuerdo con el artículo mencionado la conciliación es sobre los intereses particulares que pudieran verse afectados, por lo que incluso si la investigación hubiera iniciado por la remisión realizada por el Ministerio no habría interés particular que conciliar.

---

<sup>93</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-557 de 1999.

<sup>94</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-414 de 1995.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**2.13. *La Superintendencia violó el art 35 del Código Contencioso al no pronunciarse sobre algunos de los argumentos presentados por los investigados en las observaciones***

El Apoderado de SANITAS señala que se violó el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo en tanto la Superintendencia no se pronunció sobre la práctica de visitas administrativas sin presencia de las partes, la no práctica de algunas pruebas, la violación del principio de congruencia, la limitación de testimonios y la fijación de nuevas fechas para la práctica de algunos.

Al respecto, observa este Despacho que en la Resolución de sanción expresamente se analizaron los argumentos mencionados. En efecto, en las páginas 192 y 193 la entidad se pronunció sobre la práctica de las visitas administrativas, entre las páginas 195 y 198 se analizó la no práctica de pruebas, su limitación o modificación de fechas, en las páginas 187 y 188 se analizó la violación del principio de congruencia

**2.14. Nulidad**

Los apoderados de EPS SURA S.A. y SANITAS sostienen que se configuró una causal de nulidad en tanto se desconoció el artículo 8 de la Ley 1340 de 2009 que señala que dentro de los 10 días siguientes al inicio de una investigación deben comunicarse los hechos investigados a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados, con el fin de que las mismas emitan concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento.

El argumento planteado por los apoderados no es de recibo pues de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 las nulidades que se presenten dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tienen por saneadas si, como en este caso, no se alegan antes del traslado a los investigados del Informe Motivado.

No obstante, aún si en gracia de discusión hubiera lugar a analizar el argumento mencionado, se encuentra que en este caso no resulta aplicable la disposición mencionado en tanto la apertura o inicio de la investigación tuvo lugar mediante la Resolución No. 10958 el 6 de marzo de 2009; es decir antes de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009 que es de 24 de julio de 2009.

Dado que la norma que los apoderados sostienen se inaplicó, establece que el envío a las entidades de regulación y control y vigilancia se debe realizarse dentro de los 10 días siguientes al inicio de la investigación es decir que el plazo establecido concluyó antes de que entrara en vigencia la ley no siendo posible aplicarla de manera retroactiva.

En consecuencia no proceden las solicitudes de nulidad presentadas.

**VII. DOSIMETRIA DE LAS SANCIONES**

**1. INTRODUCCIÓN**

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

En lo que se refiere al monto de las sanciones impuestas a cada una de las empresas investigadas, junto con sus representantes legales, la Resolución 46111 de 2011 propone un conjunto de criterios de graduación de multas, considerando factores de agravación y atenuación de las mismas.

En este sentido, este Despacho considera importante reiterar lo propuesto en la Resolución recurrida en tanto era el Decreto 2153 de 1992 la norma vigente al momento de analizar las conductas objeto de reproche y por lo tanto, en virtud del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, la aplicable en el caso concreto. La norma mencionada establece lo siguiente:

*“ARTICULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.*

*Exceptúanse de esta disposición:*

*1o. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y*

*2o. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.*  
*(Subrayado fuera de texto).*

Por lo anterior, el Decreto 2153 de 1992 constituyó el referente para efectos de la determinación de la sanción administrativa y de su dosificación en la resolución recurrida, pese a la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009.

Lo anterior con el fin de precisar que la Entidad no está obligada a realizar ningún procedimiento específico para efectos de dosificación de la sanción pero que con el fin de brindar más claridad a los investigados, en algunas oportunidades acude a la metodología propuesta en la Resolución recurrida.

Para efectos de responder los argumentos de los apoderados sobre este punto, a continuación se hace un breve resumen de los aspectos más importantes citados en la Decisión y con base en esto, se da respuesta a las afirmaciones propuestas por cada uno de los apoderados sobre el particular.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que en la Resolución en comento fueron considerados diferentes criterios para determinar el valor de la multa a aplicar, clasificándolos en diferentes conjuntos. Por una parte, fue definido como un primer grupo aquellos aspectos que se relacionan directamente con el mercado sobre el cual se realizan las conductas que fueron reprochadas, esto es, el impacto real o potencial y la dimensión del mercado.

Por otro lado, fueron agrupados los criterios relacionados con la caracterización y responsabilidad de quien comete la infracción, tal como el beneficio obtenido por quien o quienes cometen la falta, el grado de participación de los mismos, junto con la cuota de mercado y la conducta procesal.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Adicionalmente, se tuvo presente en el análisis de graduación el principio de proporcionalidad al momento de determinar la respectiva sanción dirigida a quienes participaron en las conductas que en el presente acto administrativo se reprochan, realizando la graduación teniendo en cuenta si colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó, o toleró aquellas conductas violatorias de protección de la competencia, en particular en lo relacionado con las personas naturales involucradas en la investigación.

Como se manifestó en la Resolución recurrida, el Despacho buscó definir un porcentaje que sería tomado como referente para aplicar sobre la multa máxima posible a cada una de las personas jurídicas que, de acuerdo a esta Superintendencia, han llevado a cabo conductas que son consideradas reprochables frente a las normas de protección de la competencia.

Tal porcentaje fue ajustado considerando los elementos atenuantes y/o agravantes definidos para tal fin y de esta forma fue definida la sanción de los participantes de las conductas que acá se reprochan.

El primer grupo de argumentos que este Despacho consideró central para efectos de su análisis de dosificación de la sanción asociada a cada una de las personas jurídicas y naturales investigadas, fue aquel que contenía los elementos relacionados con el grado de afectación o impacto que con la conducta reprochable por parte de cada una de las partes fue generado en el mercado.

A este respecto, es importante reiterar lo propuesto en la Resolución recurrida en cuanto a que esta Entidad reconoce que la conducta sancionada, tal como se ha ilustrado en secciones anteriores, corresponde a la violación del artículo 3 y el artículo 5 numerales 8 del Decreto 1663 de 1994 para las EPS-C agremiadas en ACEMI y a esta última asociación por haber infringido los artículos 3 y 4 del Decreto 1663 de 1994; no obstante, en virtud de las características propias de los investigados y del mercado afectado los efectos potenciales de la misma no pueden ser desconocidos al momento de establecer la cuantía de la sanción .

En cuanto a la dimensión del mercado afectado, esta Superintendencia en su ejercicio de dosimetría concentró su análisis en responder si, con la realización de las conductas sobre las cuales versa la presente Resolución, los mercados que acá resultan afectados llegan a ser catalogados como mercados sensibles y particularmente vulnerables en materia de afectación de la competencia frente al universo de mercados potencialmente afectables en esta materia en Colombia. La respuesta afirmativa a esta pregunta, tal y como se logró identificar en el presente caso, indujo a imponer una carga sancionatoria adicional, traducida en puntos porcentuales adicionales de la fracción de la multa máxima admisible por prácticas restrictivas de la competencia.

En lo concerniente con el grado de participación del infractor en el mercado, fue reconocida la naturaleza de la conducta que acá se reprocha teniendo en cuenta el alcance en términos de afectación real y potencial de la competencia al interior del mercado.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

De igual manera, frente a la participación de cada empresa en el mercado, se precisó que, controlando por el resto de criterios, empresas con mayor participación deberían ser más fuertemente sancionadas por una conducta violatoria de las disposiciones de competencia. De esta manera quedó claramente manifestado que la participación de las investigadas en el mercado representa para el Despacho un criterio objetivo a considerar en el proceso de la dosificación de la multa a imponer.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor con la conducta sancionada, la resolución recurrida reconoció la necesidad de calificar el monto de beneficio obtenido dentro de una serie de categorías, a las que se propuso asociar puntos porcentuales de penalización mayores entre más grande fuese el nivel de beneficio adicional obtenido por la conducta.

Fue reconocido a su vez en el análisis que para aquellas conductas continuadas debería reconocerse una potencial amplificación del beneficio que pudiese llegar a cuantificarse en el momento de fijación de la multa. Por tal razón propuso la resolución que la severidad de la sanción debiera ser mayor en este caso que si se tratase de una conducta de ejecución instantánea.

Precisó también la Resolución que en los casos particularmente analizados, los criterios descritos podrían no ser tenidos en cuenta en su totalidad, ya sea por no encontrarse probados en el expediente, o porque no son considerados adecuados para la respectiva graduación de la sanción de las conductas.

Por último, dentro de los elementos que hacen parte del segundo conjunto de criterios, fue definida la conducta procesal del investigado. En términos prácticos, este argumento en los términos propuestos por el Despacho en la Resolución en mención, fue definido como un factor de ajuste de la sanción, el cual se definió como neutro de no haber ocurrido evento alguno que pudiese ser catalogado como comportamiento nocivo que haya dilatado o impedido el avance normal en el proceso de investigación.

En conclusión, a partir de la información agrupada en los dos conjuntos ya señalados, este Despacho procedió a fijar el alcance que en materia de afectación real o potencial de la competencia tuvo asociada la conducta reprochada.

La anterior explicación permite afirmar que, contrario a lo señalado por los apoderados, sí existió un ejercicio minucioso y exhaustivo relacionado con el ejercicio de dosificación de la sanción.

Además de que tanto en la Resolución recurrida como en el presente acto, se describió la metodología aplicada y se tuvieron en cuenta de manera juiciosa los criterios de dosificación que la componen, no puede perderse de vista que el monto de las sanciones administrativas a imponer por parte de esta Entidad es discrecional, bajo el límite de las sanciones máximas previstas en la ley, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

*“Finalmente, en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas*

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma<sup>95</sup>. (Subrayado fuera de texto)

A continuación se realizará un recorrido sobre los argumentos comunes e individuales que fueron expuestos por los apoderados en sus recursos y que hacen referencia a la forma como se dosificaron las multas en el presente caso.

**2. ARGUMENTOS DE LOS APODERADOS**

Como parte de los argumentos presentados en los diferentes recursos frente a la dosificación de las sanciones, es posible extraer los siguientes como reiterados por los diferentes abogados:

**2.1 Argumentos comunes**

**7.1.1. Proporcionalidad de la sanción**

Para los apoderados de SANITAS y EPS SURA, existe una violación al principio de proporcionalidad, en virtud del cual una decisión de carácter discrecional debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa<sup>96</sup>. Coinciden los abogados en afirmar que aún en el caso de que las empresas que representan hubieran infringido las normas de competencia, “(...) lo cierto es que al momento de dosificar la sanción en la resolución recurrida, la SIC impuso la máxima sanción prevista en la ley y por ende no tuvo en cuenta los principios de proporcionalidad y dosimetría de las sanciones”.

Frente a la supuesta violación al principio referido, el Apoderado de ACEMI y otras, reiteró en los diferentes recursos presentados que los criterios de dosificación aplicados por esta Entidad, como lo son el impacto efectivo o potencial a generarse en el mercado y el beneficio efectivo o potencial que pueda percibir cada infractor con la conducta, no están acorde con las conductas “por objeto”, ya que se dirigen a evaluar la afectación en el mercado. Este argumentos también fue expuesto por los apoderados de SANITAS y EPS SURA

Además, para el Apoderado de ACEMI y otras, en estos casos debe hacerse un análisis de grado de culpabilidad de los sujetos sancionados y que la Superintendencia omitió analizar el impacto de la cuantía de las multas aplicadas en la estabilidad financiera de las entidades.

No comparte este Despacho los argumentos arriba expuestos, a través de los cuales se busca cuestionar la metodología aplicada en la resolución recurrida para la imposición de las sanciones. Tal como lo prevé el artículo 36 del C.C.A., la determinación de la cuantía por parte de la administración debe encontrarse dentro del tope fijado por el legislador, el cual en el presente caso está representado en 2000 SMLV para las

<sup>95</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera, sentencia de 28 de enero de 2010; Magistrado Ponente: María Claudia Rojas Lasso; Demandado: ANDEVIP, Pg. 36.

<sup>96</sup> Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

personas jurídicas involucradas y en 300 SMLV para las personas naturales. Por su parte, en lo que se refiere a los criterios a tener en cuenta para su dosificación, como lo reconocen los apoderados, para la fecha de ejecución de la conducta la ley no establecía criterios específicos.

Así, contrario a lo que pretenden los apoderados, los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad establecidos en el Código Contencioso no pueden confundirse con la existencia de un deber en cabeza de la Entidad, de aplicar una metodología concreta de dosificación de las sanciones. Si bien se ha buscado encontrar metodologías y/o modelos económicos en lo que a dosificación se refiere, dicha actividad no es estática, toda vez que no en todos los casos se cuenta con la información de cada uno de los ítems que conforman el análisis e igualmente cada caso tiene características únicas que deben evaluarse de manera individual. En otras palabras, el procedimiento descrito en la Resolución recurrida no puede entenderse como la reglamentación de los artículos 25 y 26 de la Ley de Competencia, sino como una descripción de los factores tenidos en cuenta para la imposición de sanciones en aras de la transparencia.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las circunstancias de atenuación, se trata de una circunstancia aplicable en aquellos casos en que a través de una posición activa de los investigados se logran avances que sin dicha colaboración no se hubieran logrado. Por lo tanto, el comportarse adecuadamente como sujeto procesal antes de ser considerado como una circunstancia de atenuación para efectos de dosificación, es una obligación legal.

En el caso concreto se alega una supuesta inconsistencia cuando, por una parte la conducta sancionada es “por objeto” y por la otra se analiza como factor de dosificación como el impacto efectivo o potencial a generarse en el mercado y el beneficio efectivo o potencial. No obstante, desconocen los apoderados que si bien en el presente caso no se realizó un ejercicio probatorio para determinar los efectos de la conducta y así la potencialidad de la misma no sea necesaria para su determinación por objeto como ya se expuso, para efectos de determinar el monto de la sanción resulta más que razonable evaluar el potencial impacto de la infracción y, por supuesto, los beneficios que con la misma se podrían generar.

Es decir, no se trata de una contradicción sino de un nivel diferente de grado probatorio. No puede pretenderse la demostración de efectos anticompetitivos y/o de beneficios palpables en el análisis de dosificación de una conducta por objeto; sin embargo, sí es posible analizar de acuerdo con las características de los investigados, del mercado y de las conductas realizadas probadas en el expediente, los potenciales efectos que podrían presentarse. De seguir la posición de los apoderados, este tipo de conductas serían jerárquicamente inferiores a las conductas cuyos efectos se demuestren, cuando claramente la norma las ubica en un mismo nivel. Ya sea una infracción realizada por objeto o como efecto, pueden ser impuestas las más altas multas indistintamente. De otra forma, sería la misma ley la que en los criterios plasmados incluyera la mencionada clasificación.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Por otro lado, en lo que se refiere al análisis de intencionalidad o de grado de culpabilidad, basta con reiterar lo manifestado por esta Entidad al respecto, en los siguientes términos:

*“El deber de la autoridad es establecer la existencia del elemento subjetivo planteado en la conducta descrita en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sin que esté obligada a realizar un análisis de intencionalidad para efectos de determinar la responsabilidad por parte de los actores. Exponer los términos de participación en los hechos considerados como anticompetitivos y el efecto en el mercado agota el análisis de la administración atendiendo los términos de la ley<sup>97</sup>.”*

Tampoco es acertada la posición según la cual se obvió por parte de esta Superintendencia analizar los efectos financieros de las multas en cada una de las empresas y personas naturales sancionadas. En este punto, debe tenerse en cuenta que en las normas arriba citadas no existe mención alguna a dicho elemento como criterio para la dosificación de multas. No es dable exigir que una Entidad sancionadora haga un estudio de impacto de sus decisiones, cuando su único deber es cumplir con la aplicación de la ley y los topes impuestos por ella, más aun cuando, no se aporta prueba alguna al expediente sobre la supuesta afectación.

**7.1.2. Principio de igualdad**

Para los apoderados de SANITAS y EPS SURA existe una violación al principio de igualdad, teniendo en cuenta varios factores. En primer lugar alegan que al comparar la resolución recurrida con las resoluciones mediante las cuales se decidió el trámite en el caso de PROCAÑA y AZUCARI se observan diferencias en las metodologías aplicadas cuando en ambos casos se trataba de conductas por objeto. Se critica que en el presente trámite, se haya adicionado la severidad y nocividad del daño existente o potencial. En segundo lugar, siguiendo con la línea comparativa, se alega que en la sanción aquí impuesta se haya considerado la naturaleza del mercado cuando en el caso PROCAÑA y AZUCARI no se hizo a pesar de que el sector agrícola es igualmente sensible. En tercer lugar, se considera errado por parte de los recurrentes que no se haya hecho un análisis de participación de mercado los patrimonios de las sancionadas.

Sobre la aplicación del principio de igualdad la Corte Constitucional ha considerado:

*“El principio de igualdad, como lo ha expresado esta Corporación, “es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado”<sup>98</sup>*

<sup>97</sup> Resolución 42411 de 2010. Caso Ingenios.

<sup>98</sup> Sentencias C-221/92 MP Alejandro Martínez Caballero y C-472192 MP José Gregorio Hernández Galindo.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

En relación con los argumentos mencionados hay que señalar, además de reiterar que cada caso es particular y el análisis de uno no puede ser aplicado simétricamente a otro, que no le asiste razón a los recurrentes pues como expresamente se señaló en la Resolución citada, la Entidad no está obligada a seguir de una forma en particular determinados criterios de dosificación:

*“Sin embargo, lo anterior no significa que los criterios a los cuales se ha hecho referencia no puedan ser considerados como elementos de análisis para la dosificación de las sanciones a imponer en el presente caso, bajo el entendido de que esta Entidad no está obligada a una aplicación integral de los mismos<sup>99</sup>.”*

Adicionalmente, el caso al que hacen referencia es diametralmente diferente del que en esta oportunidad se decide. En efecto, en el caso citado por los apoderados se trató de una conducta unilateral y no de un acuerdo como en el presente caso, circunstancia que hace más gravosa la conducta como expresamente se señaló en la Decisión recurrida. Por otra parte, dentro del expediente citado en el recurso, quedó demostrado que la conducta anticompetitiva realizada por los investigados no tuvo ningún efecto en el mercado, mientras que en el presente tal demostración no tuvo lugar. En efecto, en la decisión citada por los apoderados se señaló:

*“Ahora bien, respecto de los efectos generados con las anteriores actuaciones se tiene, conforme con las pruebas obrantes en el expediente, que los ingenios - principales potenciales afectados de la conducta de las asociaciones y sus asociados- no se vieron afectados por el acuerdo. Así se puede apreciar en lo manifestado en el testimonio realizado al Presidente del Sindicato de Trabajadores de la Industria del Dulce Mayoritario<sup>100</sup> SINTRAIDUBAR, el señor ALBERTO LLERAS VELARDE AGUIRRE, puso de presente lo siguiente: (...)”.*

Por otro lado, si bien el sector agrícola es un sector de gran importancia para la economía y para el país, el mismo no puede compararse con el sector de la salud, donde el derecho que se encuentra de por medio es el derecho fundamental a la vida. En relación con la participación individual de las EPS en el mercado y los patrimonios particulares, baste decir que, como se señaló en la decisión que se recurre, es posible *“que los criterios descritos no puedan ser tenidos en cuenta, ya sea porque no se encuentran probados en el expediente, o porque no se consideran adecuados para la respectiva graduación de la sanción de las conductas”.*

## **2.2 ARGUMENTOS IDIVIDUALES**

### **7.2.1. E.P.S SURA**

Para el Apoderado de EPS SURA en el caso de su representada, existían factores de atenuación de la conducta que no fueron tenidos en cuenta por la Superintendencia en la Resolución recurrida. El primero de ellos tiene que ver con el hecho de que la

---

<sup>99</sup> Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-710 de 2001. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño

<sup>100</sup> Carpeta 20, Folio. 5362.

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

sancionada no ha generado ganancias adicionales ni se ha apropiado indebidamente de recursos, ya que sus actuaciones se han enmarcado en la ley. Como segundo argumento, se presenta el hecho de que en su concepto, fue el mismo Estado el que le solicitó su posición frente a los contenidos del POS y en este momento está siendo sancionado por cumplir dicho encargo. Además finaliza su exposición señalando que su representada siempre actuó bajo el principio de buena fe y no tenía ningún tipo de antecedentes en este tipo de investigaciones.

Los argumentos mencionados se relacionan directamente con la realización de la conducta y su demostración y no con la dosificación de la sanción impuesta. En lo que se refiere a la ausencia de ganancias y la no apropiación de recursos, debe tenerse de presente que si bien no hay pruebas de la existencia de apropiación indebida alguna, es claro que con el acuerdo realizado existían para las EPS involucradas beneficios potenciales emanados de la conducta. Finalmente, frente a los antecedentes y al actuar de buena fe, como se dijo, se trata del cumplimiento de obligaciones legales que no pueden ser consideradas como atenuantes en una investigación como la llevada a cabo.

**7.2.2. SANITAS**

El Apoderado de SANITAS presenta argumentos similares a los de la E.P.S SURA por lo que a los mismos se respondió en el numeral anterior.

**7.2.3. FERNANDO ROBLEDO QUIJANO**

Afirma el Apoderado que existe una contradicción en la Decisión de la Entidad ya que a pesar que la responsabilidad del señor Robledo giró alrededor de su participación como miembro de la Junta Directiva de ACEMI, al dosificar su sanción fue incluido dentro del grupo de los representantes multados con \$69.628.000.

Además de que no se comparte la afirmación señalada en virtud de lo manifestado por el Representante en su declaración, aceptarla llevaría a aumentar la sanción del Recurrente circunstancia prohibida por la ley en virtud del principio de la *reformatio in pejus*.

**7.2.4. PIEDAD CECILIA PINEDA**

Específicamente, frente a la señora Pineda su Apoderado señaló que en el expediente no existe prueba alguna que acredite la participación de la sancionada en las reuniones de ACEMI y que por el contrario Ella nunca asistió. Lo anterior, teniendo en cuenta que existe una diferencia en el monto de las sanciones impuestas entre las personas que estuvieron y las que no estuvieron en dichas reuniones.

Este argumento, además de que ya fue analizado no resulta procedente para analizar la dosificación de la sanción.

**7.2.5. OCTAVIO DE JESÚS AYALA**

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Frente al caso del señor Ayala, su Apoderado afirmó que la sanción en su contra es contraria a la presunción de inocencia, ya que nunca participó en las reuniones de ACEMI y tampoco se probó que hubiera tolerado la conducta.

En el caso del señor Ayala, debe tenerse en cuenta que su sanción no emana de haber participado en las reuniones de ACEMI, sino de tolerar la conducta, lo cual como se puede observar en el capítulo de representantes legales sí está probado. Al respecto, debe anotarse que los argumentos en contra de la dosificación de las sanciones no pueden confundirse con aquellos propios de la existencia o no de la infracción.

**7.2.6. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ**

En lo que se refiere al señor Fernández, su Apoderado afirmó que nunca se probó su participación en las reuniones de ACEMI y tampoco se probó que hubiera tolerado la conducta.

Este argumento, además de que ya fue analizado no resulta procedente para analizar la dosificación de la sanción.

**7.2.7. JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS**

En lo que se refiere al señor Díaz-Granados, su Apoderado afirmó que nunca se probó su participación en las reuniones de ACEMI y tampoco se probó que hubiera tolerado la conducta. Nuevamente se busca atacar la dosificación de la sanción con la existencia en sí misma de la conducta. Es clara, tal y como ya se expuso, la responsabilidad del señor Díaz-Granados, tal y como ya se analizó en la presente resolución.

En síntesis el hecho de que este Despacho haya concluido que cada una de las empresas investigadas debía ser sancionada con la multa máxima de la sanción no significa de ninguna manera que se haya omitido la realización de un ejercicio cuidadoso y con el suficiente rigor técnico a la hora de determinar la multa a imponer a cada una de las empresas involucradas en las conductas restrictivas de la competencia que fueron detalladamente descritas en la Resolución No. 46111 de 2011.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** RECHAZAR por extemporáneo el recurso de reposición presentado por la EPS HUMANA VIVIR S.A.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** NEGAR las nulidades propuestas por los investigados.

**ARTÍCULO TERCERO:** CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 46111 de 30 de agosto de 2011.

**ARTÍCULO CUARTO:** Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a las empresas Colmédica Entidad Promotora de Salud S.A., COLMÉDICA

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

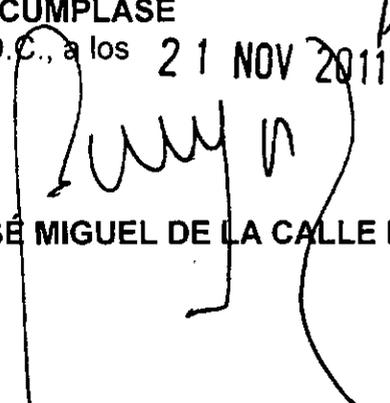
VERSIÓN PÚBLICA

ahora ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., ALIANSALUD; Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A., COOMEVA; Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada Cafam Colsubsidio, en adelante FAMISANAR; Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S.A., SALUD TOTAL; Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A., SOS; Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Suramericana Medicina Prepagada, SUSALUD ahora EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., EPS SURA; Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo, SALUDCOOP; Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A., CRUZ BLANCA; Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A., CAFESALUD; Entidad Promotora de Salud SANITAS S.A. – E. P. S., SANITAS; Compensar EPS Entidad Promotora de Salud, en adelante COMPENSAR; Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, E.P.S. COMFENALCO ANTIOQUIA; Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, E.P.S. COMFENALCO VALLE; Humana Vivir S.A. EPS HUMANA VIVIR, a la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral –ACEMI y a la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud – ECOOPSOS, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

**ARTÍCULO QUINTO:** Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a los señores CARLOS GUSTAVO PALACINO ANTIA, representante legal de SALUDCOOP, NÉSTOR RICARDO RODRÍGUEZ ARDILA, representante legal COMPENSAR, CLAUDIA MARÍA STERLING, representante legal de SALUD TOTAL, FELICE GRIMOLDI REBOLLEDO, representante legal de COMFENALCO VALLE, OCTAVIO DE JESÚS AYALA MORENO, representante legal de SOS, y FERNANDO ROBLEDO QUIJANO, representante legal de COLMEDICA, MARÍA FERNANDA ISAACS CABRAL, representante legal de CRUZ BLANCA, GABRIEL MESA NICHOLLS, representante legal de SUSALUD, PIEDAD CECILIA PINEDA ARBOLEDA, representante legal de COOMEVA, ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO, representante legal de CAFESALUD, y JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MANOTAS, representante legal de FAMISANAR y a JUAN MANUEL DIAZ-GRANADOS, como representante legal de ACEMI, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los 21 NOV 2011

  
JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Proyectó:

Juan Pablo Herrera  
Germán Bacca  
Piedad Fuentes  
Carolina Salazar

Revisó: Juan Pablo Herrera/Germán Bacca/Carolina Salazar

**“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”**

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

**NOTIFICACIONES:**

Doctor

**JOSE ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR**

Apoderado

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. S.O.S.

OCTAVIO DE JESUS AYALA MORENO

ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD ECOOOPSOS ESS EPS-S

MARIA MAGDALENA FLORES RAMOS

COLMEDICA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. ahora ALIANSALUD ENTIDAD

PROMOTORA DE SALUD S.A., ALIANSALUD;

FERNANDO ROBLEDO QUIJANO.

COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

PIEDAD CECILIA PINEDA ARBELAEZ

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR LTDA. CAFAM COLSUBSIDIO

JUAN CARLOS FERNANDEZ MANOTAS

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MEDICINA INTEGRAL - ACEMI

JUAN MANUEL DÍAZ GRANADOS

CARRERA 14 No. 93 B - 32 OFICINA 404

BOGOTA D.C., COLOMBIA

Doctor

**GUILLERMO SOSSA GONZALEZ**

Apoderado

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL  
RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A. - SALUD TOTAL S.A.

CLAUDIA MARIA STERLING POSADA

CALLE 87 N° 15 - 23 OFICINA 302

BOGOTA D.C., COLOMBIA

Doctor

**ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**

Apoderado

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A – EPS SANITAS S.A

MILCIADES CASTILLO ESCOBAR

Calle 72 No. 6 - 30 Piso 12

BOGOTA D.C., COLOMBIA

Doctor

**ANDRÉS JARAMILLO HOYOS**

Apoderado

COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SERVICIOS DE SALUD - SUSALUD ahora EPS Y

MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., EPS SURA

GABRIEL MESA NICHOLLS

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación N° 09-021413

VERSIÓN PÚBLICA

Calle 72 No. 6 - 30 Piso 12  
BOGOTA D.C., COLOMBIA

Doctor

**ENRIQUE VARGAS LLERAS**

Apoderado

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO - SALUDCOOP

CARLOS GUSTAVO PALACINO ANTIA

Calle 70 A No. 6 - 24

BOGOTA D.C., COLOMBIA

Doctora

**SONIA CETARES PUENTES**

Apoderada

HUMANAVIVIR S.A. EPS-S

Avenida Calle 26 No. 82 – 54/Calle 35 No. 6-64

BOGOTA D.C., COLOMBIA

Doctor

**LUIS FERNANDO VILLEGAS GUTIERREZ**

Apoderado

CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. EPS S.A.

CRUZ BLANCA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

MARIA FERNANDA ISAACS CABRAL

CALLE 70 A No. 6-24

BOGOTA D.C., COLOMBIA

Doctor

**ANIBAL RODRIGUEZ GUERRERO**

Representante Legal CAFESALUD

Carrera 22 No. 100 – 15

BOGOTA D.C., COLOMBIA

Doctor

**JAIME HUMBERTO TOBAR ORDOÑEZ**

Apoderado

CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR

NESTOR RICARDO RODRIGUEZ ARDILA

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA – COMFENALCO VALLE

FELICE GRIMOLDI REBOLLEDO

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE ANTIOQUIA – COMFENALCO ANTIOQUIA

RICARDO F. SIERRA CARO

Carrera 7 No. 32-33 Piso 22

BOGOTA D.C., COLOMBIA