



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 61089 DE 2019

( 06 NOV 2019 )

Radicado No. 14 - 103578

*"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"*

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, tomado por el artículo 1.2.1.2. del Decreto 1074 del 2015, el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 y la Ley 1340 de 2009, y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que "[...] la libre competencia económica es un derecho de todos [...]" y 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 mercado nacional".

**SEGUNDO:** Que el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 dispone que "[l]o dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera que sea la actividad o sector económico".

**TERCERO:** Que de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es función de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante, la Superintendencia) "[c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos 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".

**CUARTO:** Que según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, corresponde a la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, la Delegatura) "[f]ramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia".

**QUINTO:** Que el artículo 1 del Decreto 1663 de 1994 establece que "[d]e conformidad con lo establecido en el artículo 333 de la constitución, en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992, en el Decreto-ley 1298 de 1994<sup>1</sup> y en el presente Decreto, el Estado garantizará la libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios de salud, dentro del cual se entiende comprendido el de los insumos y equipos utilizados para la prestación de dichos servicios. (...) En consecuencia, el Estado garantiza a las Entidades Promotoras de Salud, a los promotores de éstas, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, a los profesionales del sector de la salud, a las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a todas las personas naturales y jurídicas que en él participen, el derecho a la libre y leal competencia en el mercado de los servicios de salud, en igualdad de condiciones, dentro de los límites impuestos por la ley y por el presente Decreto".

<sup>1</sup> Decreto 1613 de 1995 "por el cual se aclara el Decreto 1663 del 1º de agosto de 1994." Artículo 2º. Cuando se cita el Decreto 1298 de 1994 en el contenido del decreto que se aclara por medio del presente acto administrativo, debe entenderse que la norma aplicable, es la norma de origen contenida en las Ley 100 de 1993.

21

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

De forma específica, el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 establece que, "[s]in 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".

**SEXTO:** Que la **ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E.S.S.** (en adelante, **EMSSANAR**) formuló ante esta Superintendencia una denuncia contra la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE NARIÑO** (en adelante **AESEENAR**). La denunciante afirmó que **AESEENAR** habría realizado acuerdos contrarios a la libre competencia y prácticas comerciales restrictivas en la contratación de la prestación de servicios de salud para los afiliados del régimen subsidiado de **EMSSANAR**<sup>2</sup>. Al respecto, manifestó que el 13 de enero de 2014 **AESEENAR** le envió un oficio en el cual propuso negociar las tarifas de contratación de servicios de salud del año 2014 de manera grupal. Así mismo, que **AESEENAR** impartió instrucciones y adoptó decisiones que interferían en el libre juego de la competencia en el mercado de la prestación de servicios de salud del departamento de Nariño<sup>3</sup>.

**SÉPTIMO:** Que en desarrollo de las facultades conferidas a la Superintendencia de conformidad con lo dispuesto en los numerales 62<sup>4</sup>, 63<sup>5</sup> y 64<sup>6</sup> del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Delegatura realizó de manera preliminar requerimientos de información y practicó visitas administrativas de inspección y varias declaraciones. El propósito de esas actuaciones fue recaudar información relacionada con la denuncia y poder determinar si existía mérito para iniciar una averiguación preliminar.

**OCTAVO:** Que el 30 de junio de 2016, mediante memorando interno radicado con el No. 14-103578-97, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó la apertura de una averiguación preliminar con el fin de "establecer si existe evidencia que determine la necesidad de iniciar una investigación por la realización de presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia, por parte de la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE NARIÑO – AESEENAR**". En particular, durante el curso de esa etapa preliminar la Delegatura buscó determinar si **AESEENAR** incurrió en la conducta prevista en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

**NOVENO:** Que la Delegatura tendrá en cuenta todos los medios de prueba que obran en el expediente para evaluar los hechos relacionados en este acto administrativo. Sin perjuicio de lo anterior, la evidencia utilizada, en su mayoría, fue reunida en un medio de almacenamiento electrónico únicamente para efectos de facilitar la consulta por parte de los investigados, terceros interesados que sean reconocidos en el presente trámite y demás personas que puedan tener acceso a la información pública de la presente actuación administrativa.

**DÉCIMO:** Que una vez surtida la averiguación preliminar, la Delegatura encontró mérito suficiente para iniciar una investigación administrativa contra **AESEENAR** para determinar si incurrió en la conducta prevista en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. Es importante anotar que la conducta que será descrita en este acto administrativo corresponde a los comportamientos que han sido valorados por la autoridad de competencia en casos como la investigación que se adelantó contra la Asociación de Hospitales de Risaralda (**ASHORALDA**) –Resolución No. 41687 del 5 de agosto de 2011– y la investigación contra la Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia (**AESA**) –Resolución No. 56816 de 2014–. Esas dos investigaciones culminaron con decisiones sancionatorias.

<sup>2</sup> Folio 1 al 48 del cuaderno público No. 1.

<sup>3</sup> Folio 2 al 3 del cuaderno público No. 1.

<sup>4</sup> "Artículo 1. Numeral 62. "Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley".

<sup>5</sup> "Artículo 1. Numeral 63. "Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones".

<sup>6</sup> "Artículo 1. Numeral 64. "Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones".

<sup>7</sup> Folio 626 del cuaderno público No. 3.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

En resumen, la conducta investigada consistiría en los siguientes elementos. En primer lugar, **AESE** habría fijado lineamientos y tomado decisiones para determinar las condiciones que las **ESE** asociadas debían ofrecer a las **EPS** que quisieran contratar con ellas. En segundo lugar, **AESE** habría negociado de manera directa con las **EPS** la contratación de los servicios de salud prestados por las **ESE** asociadas. Este comportamiento habría obstruido la posibilidad de que los agentes en el mercado fijaran las condiciones contractuales libremente. Por último, en diferentes ocasiones **AESE** habría enviado comunicaciones a las **EPS** para informarles que gestionaría la suspensión de la prestación de los servicios de salud como mecanismo de coerción en caso en que las **EPS** se negaran a aceptar las condiciones impuestas por la asociación investigada. Debido a estos comportamientos **AESE** habría restringido la libre competencia económica en el mercado de la contratación de los servicios de salud en algunos municipios del departamento de Nariño.

A continuación, la Delegatura desarrollará los argumentos que motivan esta decisión. Con este propósito, empezará con una descripción del mercado que habría sido afectado por la conducta anticompetitiva investigada.

**DÉCIMO PRIMERO:** Con el fin de describir el mercado afectado la Delegatura desarrollará varios de sus elementos. Primero expondrá la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que incluye el rol de las autoridades que regulan el mercado de salud. En segundo lugar, analizará los mercados de dos lados en el sector de la salud y los regímenes de vinculación que intervienen en ese contexto. En tercer lugar, enunciará los agentes que actúan en el mercado del servicio de salud. En cuarto lugar, describirá las dinámicas de negociación entre las Entidades Promotoras de Salud (en adelante **EPS**)<sup>8</sup>, de un lado, y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (en adelante **IPS**)<sup>9</sup> de carácter privado y las Empresas Sociales del Estado (en adelante **ESE**)<sup>10</sup>, del otro. Por último, expondrá la caracterización del mercado afectado.

### 11.1. Estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud

El artículo 1 de la Ley 100 de 1993 establece que el Sistema de Seguridad Social Integral "(...) comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios (...)". Este sistema es un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, y está conformado por los regímenes generales y por los servicios sociales complementarios<sup>11</sup>. Uno de los elementos de ese gran sistema es el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante **SGSSS**) que tiene el objetivo de regular y garantizar el servicio público esencial en salud en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social (en adelante **MSPS**)<sup>12</sup>. Este ministerio tiene funciones de coordinación, ejecución, control y seguimiento del sistema, y está apoyado por otras autoridades del aparato estatal. Las autoridades y las entidades que hacen parte del sistema están descritas en la Ley 100 de 1993, norma que determina los principios que se deben seguir para garantizar el derecho fundamental a la salud<sup>13</sup>. Particularmente, uno de estos principios es el de la libertad de escogencia<sup>14</sup> como un principio rector y que comprende una característica esencial del **SGSSS**. Sobre este principio, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia T-745/13<sup>15</sup> de la siguiente manera:

<sup>8</sup> Son las responsables de la afiliación y el recaudo de las cotizaciones y de garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud a los afiliados. Ver <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Regimensubsubsidado/Paginas/aseguramiento-al-sistema-general-salud.aspx>. Fecha de consulta 29 de agosto de 2019

<sup>9</sup> Son los hospitales, clínicas y laboratorios, entre otros, encargadas de prestar la atención a los usuarios. *Ibidem*

<sup>10</sup> Ley 100 de 1993. Artículo 194.-Naturaleza empresas sociales del Estado. "La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo."

<sup>11</sup> Artículo 8 de la Ley 100 de 1993.

<sup>12</sup> El artículo 170 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la dirección del **SGSSS** se haría "bajo la orientación, regulación, supervisión, vigilancia y control del Gobierno Nacional y del Ministerio de Salud y atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del Gobierno en la lucha contra las enfermedades y en el mantenimiento y educación, información y fomento de la salud y la salud de conformidad con el plan de desarrollo económico y social y los planes territoriales de que tratan los artículos 13 y 14 de la Ley 60 de 1993".

<sup>13</sup> Artículo 153 de la Ley 100 de 1993. Principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

<sup>14</sup> Numeral 3.12. Libre Escogencia. Artículo 153 de la Ley 100 de 1993.

<sup>15</sup> En esta Sentencia la Corte Constitucional revisó la vulneración de los derechos constitucionales a la vida, a la seguridad social, a la salud y a la vida digna. Analizó la naturaleza y el alcance del derecho fundamental a la salud, los principios que guían la prestación del servicio de salud, entre otros. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

"  
(...)

*Así, el principio de libertad de escogencia, característica del Sistema de Seguridad Social en Salud, no es solo una garantía para los usuarios sino que es un derecho que debe ser garantizado por el Estado y todos los integrantes del sistema. De tal modo que la libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno."*

En este sentido, la Corte Constitucional indicó que el principio rector y esencial de libre escogencia en el servicio de salud no se supedita únicamente a la facultad del usuario para escoger a la **EPS** en el mercado de aseguramiento y a la **IPS** en el mercado de prestación de servicios en salud, sino que además, se extiende a la facultad de la **EPS** de elegir a los prestadores que harán parte de su red.

#### 11.1.1. Autoridades encargadas del funcionamiento del mercado

El funcionamiento del **SGSSS** está en cabeza del **MSPS** que a su vez se apoya en entidades adscritas y vinculadas. A continuación se relacionan algunas de estas autoridades<sup>16</sup>:

- **MSPS**: tiene como objetivos, dentro del marco de sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud. Adicionalmente, participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales, lo cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo<sup>17</sup>.
- **Superintendencia Nacional de Salud** (en adelante **SNS**): mediante el Decreto-Ley 1472 en 1990 se reorganiza la **SNS**. En ese decreto se establecieron las funciones de la **SNS** entre las que se destacan ser la autoridad técnica en materia de inspección, vigilancia y control de: (i) la calidad y eficiencia de la prestación de los servicios de salud de los seguros sociales obligatorios, de la previsión social, la medicina prepagada y de las entidades que contratan servicios de salud con el subsector oficial del sector salud y las cajas de compensación familiar; (ii) la liquidación, recaudo, giro, cobro y utilización de los recursos que se apliquen a tales actividades y demás acciones de la salud y (iii) la eficiencia en la obtención y aplicación de los recursos en las entidades del subsector oficial del sector salud, agregando nuevos sujetos.
- **Instituto Nacional de Salud** (en adelante **INS**): según el Decreto Ley 4109 de 2011 el **INS** tiene carácter de autoridad científico técnica con las siguientes funciones: (i) actuar como entidad de referencia nacional en salud pública y coordinador técnico de las redes de vigilancia en el marco del Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación y (ii) operar y desarrollar el sistema de vigilancia y control en salud pública en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud** (en adelante **ADRES**): fue creada en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 como entidad adscrita al **MSPS** y reemplazó al **FOSYGA**. El **ADRES** asumió los procesos de recaudo de las fuentes de financiamiento del **SGSSS** y del reconocimiento y giro principalmente de la Unidad de Pago por Capitación (en adelante **UPC**) de los regímenes contributivo y subsidiado. Así mismo, se hace cargo de los recobros, las reclamaciones y las prestaciones económicas del régimen contributivo y de los afiliados a regímenes especiales y exceptuados con ingresos adicionales<sup>18</sup>.
- **Institutos Departamentales de Salud** (en adelante **IDS**): son las autoridades sanitarias que direccionan el mejoramiento de la calidad, seguridad y acceso en la atención en salud en los departamentos.

<sup>16</sup> El listado completo de las instituciones adscritas y vinculadas al MSPS, puede ser consultado en la página web: <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Lists/Entidades%20Adscritas%20y%20Vinculadas/AllItems.aspx>. Fecha de consulta 26 de julio de 2019.

<sup>17</sup> <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Paginas/institucional-objetivos-funciones.aspx>. Fecha de consulta 29 de julio de 2019

<sup>18</sup> **ADRES**. Sitio web oficial. Ver: <https://www.adres.gov.co/La-Entidad/-Qué-es-la-ADRE>. Fecha de consulta 17 de mayo de 2019.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

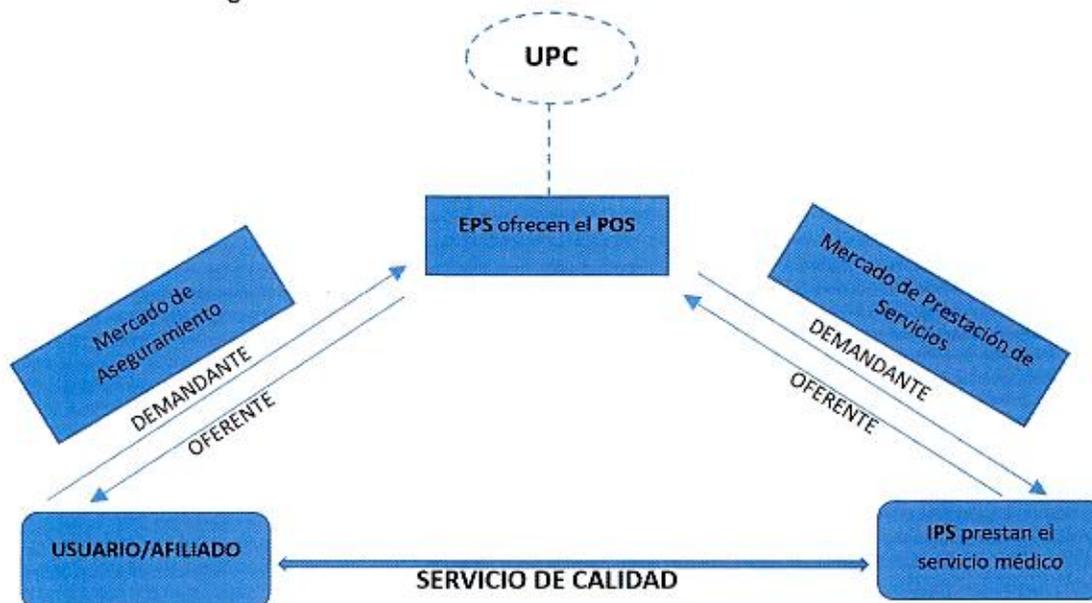
Las entidades que actúan en el **SGSSS** vigilan, regulan e intervienen en la dirección y administración del sector salud que tiene una particularidad en el funcionamiento por ser un mercado de dos lados, tal como se presentará adelante en este acto administrativo.

### 11.2. Los mercados de dos lados en el sector de la salud

Con el fin de analizar el comportamiento de uno o más agentes que actúan en este mercado y cómo pueden afectar las decisiones de los demás agentes, es pertinente describir el mercado de dos lados del sector de la salud<sup>19</sup>. La descripción se realizará con base en las definiciones del Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social No. 780 del 6 de mayo de 2016<sup>20</sup>. Las dinámicas del servicio de salud se componen principalmente por los siguientes elementos:

- **IPS**<sup>21</sup>: son los hospitales, clínicas y centros de salud que se encargan de la prestación de servicios de salud.
- **EPS**<sup>22</sup>: son las empresas prestadoras de salud que están a cargo del aseguramiento.
- **POS**<sup>23</sup>: es el plan obligatorio de salud que enmarca el paquete de servicios para la población afiliada al **SGSSS** y cuyo contenido es determinado por el **MSPS**.
- **Usuarios POS**: es la población que está afiliada al **SGSSS**.
- **UPC**<sup>24</sup>: es la unidad de pago por capitación que actúa como una prima para cubrir los riesgos en salud contemplados en el **POS**. El valor de la **UPC** es determinado por el **MSPS**.

Figura No. 1. Mercado de dos lados en los servicios de salud



Fuente: Elaboración Superintendencia.

El esquema anterior describe la existencia de dos mercados en los servicios de salud. Por un lado, el **mercado de aseguramiento** está definido como una estrategia de política pública diseñada para lograr el acceso oportuno, efectivo y equitativo de la población a los servicios de salud para la promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación<sup>25</sup>. Por otro lado, el **mercado de la prestación de servicios de salud** que, de acuerdo con la Ley 1122 de 2007 y sus decretos reglamentarios, busca

<sup>19</sup> Para una presentación clara sobre lo que significa mercado de dos lados ver Rochet, J.C. and J. Tirole The RAND Journal of Economics Vol. 37, No. 3 (Otoño, 2006), pp. 645-667.

<sup>20</sup> Artículo 2.1.1.3 del Decreto No. 780 de 2016.

<sup>21</sup> Son las Instituciones encargadas de prestar los servicios de salud en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la Ley 100 de 1993. **MSPS**. Sitio web oficial. Ver: <https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/Glosario.aspx>. Fecha de consulta 30 de julio de 2019.

<sup>22</sup> Son las entidades responsables de la afiliación y prestación del Plan obligatorio de salud. **MSPS**. Sitio web oficial. Ver: <https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/Glosario.aspx>. Fecha de consulta 30 de julio de 2019.

<sup>23</sup> Es el conjunto de actividades, procedimientos e intervenciones, servicios, insumos y medicamentos al que tienen derecho los afiliados al **SGSSS**. **MSPS**. Sitio web oficial. Ver: <https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/Glosario.aspx>. Fecha de consulta 30 de julio de 2019.

<sup>24</sup> La Unidad de pago por capitación (**UPC**) es el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (**SGSSS**) para cubrir las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud (**POS**), en los regímenes contributivo y subsidiado. **MSPS**. Sitio web oficial. Ver: [https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/UPC\\_S.aspx](https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/UPC_S.aspx). Fecha de consulta 30 de julio de 2019.

<sup>25</sup> **MSPS**. Sitio web oficial. Ver: [www.minsalud.gov.co/](http://www.minsalud.gov.co/). Documento Boletín de Aseguramiento en Salud. Fecha de consulta 30 de julio de 2019.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

garantizar el acceso y la calidad de los servicios, optimizar el uso de los recursos, promover los enfoques de atención centrada en el usuario y lograr la sostenibilidad financiera de las **IPS** públicas<sup>26</sup>. Las **EPS** conectan la oferta y la demanda de los servicios de salud en ambos lados del mercado, entre los afiliados al **SGSSS** –que son los usuarios finales del servicio de salud– y las **IPS** públicas, privadas o mixtas –que son las entidades prestadoras del servicio de salud–. Esta estructura relaciona los diferentes actores en cada mercado así:

- Mercado de aseguramiento: es la relación entre **EPS** y usuarios para garantizar la cobertura de las necesidades del servicio de salud y como contraprestación percibe el valor de la prima representada en la **UPC**. El usuario espera recibir a cambio el paquete de beneficios incluido en el **POS**. De esta manera los usuarios acuden a las **EPS** para que la atención médica que reciban tenga los niveles de calidad esperados.
- Mercado de prestación de servicios de salud: es la relación entre las **EPS** y las **IPS** como prestadoras del servicio médico. Este servicio consiste en la atención médica y el pago de los servicios médicos. Los principales puntos de negociación son la fijación de las tarifas, la composición de la población, el tipo de contratación y la forma de pago. La negociación se formaliza a través de contratos.

En consecuencia, los aseguradores asumen un rol importante para alcanzar los objetivos del **SGSSS**, pues las **EPS** participan en los dos lados del mercado para corregir las fallas relacionadas con las asimetrías de la información<sup>27</sup> que existen entre los usuarios y los prestadores del servicio. Por una parte, la **EPS** participa en el mercado de aseguramiento como oferente para la afiliación de los usuarios al sistema y, por otra parte, participa en el mercado de prestación como demandante de los servicios que ofrecen las **IPS**. En este sentido, el asegurador conecta el mercado de aseguramiento y el mercado de prestación de servicios para corregir las fallas de mercado y así generar externalidades positivas que permitan mejorar la calidad de la atención, el nivel de los servicios y la eficiencia del sistema.

Una de las principales fallas de mercado derivadas de la asimetría de información que se encuentran presentes en el sector salud es el de selección adversa<sup>28</sup>. Este problema se presenta cuando el prestador del servicio de salud no tiene la información respecto al estado de salud de los pacientes, pero estos sí conocen su propia condición médica. Para corregir esta falla, el asegurador funciona mediante un mecanismo de monitoreo de la información de las personas con mayor o menor riesgo de enfermedad, esto con el fin de reducir los costos relacionados con la información y mejorar la eficiencia de los servicios.

Otra asimetría que se presenta en el sector salud es el riesgo moral. Este sucede cuando un usuario que tiene acceso a los servicios de salud tiende a utilizarlos de forma excesiva. Esta falla en el mercado, se corrige a través de elementos de señalización que son las cuotas moderadoras que racionalizan el uso de los servicios por parte del afiliado. Así mismo, los copagos implican un mayor cobro para los usuarios y sus beneficiarios y, representa un porcentaje del valor del servicio al que se quiere acceder. Igualmente, existe un problema de riesgo moral cuando el prestador del servicio tiene información privilegiada –conocimiento científico y médico de los problemas de salud– y puede inducir la demanda de servicios que no requieren efectivamente los usuarios. La situación anterior otorga un poder de mercado al prestador del servicio que es corregida por el asegurador. La corrección se realiza contrarrestando el poder de mercado del prestador con la información privilegiada que adquiere el asegurador sobre sus afiliados.

<sup>26</sup> **MSPS**. Sitio web oficial. Ver: <https://www.minsalud.gov.co/salud/PServicios/Paginas/Prestacion-servicios-home.aspx>. Fecha de consulta 30 de julio de 2019.

<sup>27</sup> Los problemas de información asimétrica han sido un tema de preocupación por el mal funcionamiento que pueda surgir en los mercados que tienen esta condición. Los principales problemas que ha tratado la teoría económica son los de selección adversa y riesgo moral. La selección adversa entendida como un juego con información escondida, "por ejemplo, los agentes pueden no querer revelar su verdadero 'estado' y habría que solicitarles la información". El riesgo moral, entendido como un juego con acción escondida, "por ejemplo, los agentes pueden no cumplir sus promesas debido a la falta de monitoreo". Monsalve Gómez, Sergio. Competencia bajo equilibrio de Nash. Facultad de Ciencias Económicas. Universidad Nacional de Colombia. Centro Editorial. Vol. 3. Capítulo 6. Juegos bayesianos y diseño de mecanismos. Pág. 257-259.

<sup>28</sup> Akerlof, George A. (1970). "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism". *Quarterly Journal of Economics*. The MIT Press. **84** (3): 488-500.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

#### - Régimen de vinculación

El mercado de aseguramiento en salud está compuesto por los regímenes contributivo, subsidiado y especial. Estos regímenes de vinculación son una parte importante en la relación existente entre oferentes y demandantes en el mercado de aseguramiento en salud.

El régimen contributivo es definido por la Ley 100 de 1993 de la siguiente forma:

*"conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y su empleador"<sup>29</sup>.*

Este régimen afilia a los trabajadores asalariados, independientes y pensionados con ingresos iguales o superiores a un salario mínimo.

El régimen subsidiado está definido como un

*"conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley"<sup>30</sup>.*

Este régimen afilia a todas las personas sin capacidad de pago. Además, la regulación incluye en este régimen a las **EPS** indígenas (en adelante **EPSI**) con el fin de organizar y garantizar la prestación de servicios del **POS** en el régimen subsidiado para población indígena<sup>31</sup>.

El régimen especial incluye los sectores de la población que se rigen por las normas legales concebidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Entre estos están las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y otros<sup>32</sup>.

#### 11.3. Agentes que intervienen en el mercado de servicios de salud

El Decreto Único Reglamentario No. 780 de 2016 define el plan de beneficios como un conjunto de tecnologías en salud al que los afiliados tienen derecho. Este plan es gestionado por las Empresas Administradoras de Planes de Beneficios, como las **EPS** del régimen contributivo y subsidiado, Entidades Adaptadas y Empresas de Medicina Prepagada<sup>33</sup>. En el caso de las **EPS**<sup>34</sup>, estas hacen parte del **SGSSS** como responsables de organizar y garantizar la prestación del conjunto de servicios de salud a los que tienen derecho los afiliados incluidos en el **POS**<sup>35</sup>. Las **IPS** también intervienen en el mercado y pueden ser entidades de naturaleza pública, privada o mixta. Finalmente, la Nación o las entidades territoriales que prestan directamente los servicios de salud lo realizan a través de **IPS** públicas denominadas **ESE**, de acuerdo con lo establecido en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993<sup>36</sup>.

#### 11.4. Negociación entre EPS e IPS – ESE (mercado de prestación de servicios de salud)

En el mercado de prestación de servicios de salud, los oferentes son las **IPS** y los demandantes las **EPS**. Las **EPS** constituyen una red de servicios de salud a través de la contratación con las **IPS** públicas (**ESE**), privadas o mixtas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 179 de la Ley 100 de

<sup>29</sup> Artículo 202 de la Ley 100 de 1993.

<sup>30</sup> Artículo 211 de la Ley 100 de 1993.

<sup>31</sup> Artículos 2.5.2.4.1. a 2.5.2.4.3. del Capítulo 4 sobre las EPS indígenas del Título 2 sobre los aseguradores del Decreto 780 de 2016.

<sup>32</sup> Artículo 279. EXCEPCIONES. Ley 100 de 1993.

<sup>33</sup> Artículo 2.5.1.1.3 del Decreto No. 780 de 2016.

<sup>34</sup> Artículo 154 de la Ley 100 de 1993.

<sup>35</sup> Ley 100 de 1993. Artículo 156. "Características básicas del sistema general de seguridad social en salud. El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características: c) Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud."

<sup>36</sup> Ley 100 de 1993. Artículo 194.-Naturaleza empresas sociales del Estado. "La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo."

21

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

1993. Los mecanismos de pago que tienen las **EPS** a favor de las **IPS** que conforman su red pueden ser por capitación<sup>37</sup>, por evento<sup>38</sup> o por caso<sup>39</sup> de acuerdo a la modalidad de contratación elegida (4 del Decreto 4747 de 2007).

De acuerdo con el Capítulo II del Decreto 4747 de 2007, la negociación y suscripción de los acuerdos de voluntades entre **EPS** e **IPS** debe contener unos requisitos mínimos. Por parte de los prestadores del servicio de salud, deben tener habilitación, soporte de suficiencia estimada a partir de la capacidad instalada, condiciones demográficas y epidemiológicas de la población que será atendida (población objetivo), entre otros<sup>40</sup>. Por parte de entidades responsables del pago de los servicios de salud deben tener información general de la población objetivo, un modelo de atención, una red de servicios diseñada y organizada por tipo y complejidad de los servicios, mecanismos y medios de comunicación de la red de prestación, entre otros<sup>41</sup>.

Adicionalmente, dentro de la negociación entre **EPS** e **IPS** los niveles de atención son un factor relevante. Estos niveles están definidos en la Resolución No. 5261 de 1994 como actividades, intervenciones y procedimientos. El primer nivel corresponde a la atención ambulatoria y a servicios con internación<sup>42</sup>, el segundo nivel contiene la atención ambulatoria especializada<sup>43</sup>, el tercer nivel incluye laboratorio clínico<sup>44</sup>, imágenes diagnósticas y otros procedimientos diagnósticos y/o terapéuticos<sup>45</sup> y, en el cuarto nivel recaen las imágenes diagnósticas, oncología y otros procedimientos relacionados de acuerdo con las patologías específicas definidas como catastróficas<sup>46</sup>.

Es importante resaltar que en los procesos de negociación no todas las **IPS** tienen la misma capacidad de negociación frente a la **EPS**, puesto que existen **IPS** que no cuentan con los establecimientos adecuados en cuanto a instalaciones, capacidad, equipos médicos ni con los profesionales especializados exigidos para cada nivel de atención, que sí pueden ofrecer otras **IPS**<sup>47</sup>. De igual manera, existen factores de diferenciación entre las **IPS** que pueden influir en la capacidad de negociación, tales como el tamaño del territorio y el tamaño de la población de un municipio<sup>48</sup>.

#### 11.5. Sobre el producto afectado

Como se analizará en el presente acto administrativo, el producto afectado por la conducta objeto de análisis corresponde a la contratación para la prestación de los servicios de salud entre las **EPS** y las **ESE** que operan en algunos municipios de Nariño. Es de señalar que de acuerdo a la descripción del **SGSSS**, las **IPS** y las **ESE** ofrecen los mismos servicios de salud de acuerdo con cada nivel de atención. Sin embargo, existen unos elementos que pueden resultar diferenciadores como la capacidad de las instalaciones, el nivel de atención, la calidad de la atención y la ubicación geográfica. Como consecuencia, estos elementos diferenciadores hacen que las condiciones de negociación varíen.

<sup>37</sup> **Pago por capitación:** Pago anticipado de una suma fija que se hace por persona que tendrá derecho a ser atendida durante un periodo de tiempo, a partir de un grupo de servicios preestablecido. La unidad de pago está constituida por una tarifa pactada previamente, en función del número de personas que tendrían derecho a ser atendidas.

<sup>38</sup> **Pago por evento:** Mecanismo en el cual el pago se realiza por las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos prestados o suministrados a un paciente durante un periodo determinado y ligado a un evento de atención en salud. La unidad de pago la constituye cada actividad, procedimiento, intervención, insumo o medicamento prestado o suministrado, con unas tarifas pactadas previamente.

<sup>39</sup> **Pago por caso:** conjunto integral de atenciones, paquete o grupo relacionado por diagnóstico. Mecanismo mediante el cual se pagan conjuntos de actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos, prestados o suministrados a un paciente, ligados a un evento en salud, diagnóstico o grupo relacionado por diagnóstico. La unidad de pago la constituye cada caso, conjunto, paquete de servicios prestados, o grupo relacionado por diagnóstico, con unas tarifas pactadas previamente.

<sup>40</sup> Literal a del artículo 5 del Decreto 4747 de 2007.

<sup>41</sup> Literal b del artículo 5 del Decreto 4747 de 2007.

<sup>42</sup> Artículos 96 a 104 de la Resolución 5261 de 1994.

<sup>43</sup> Artículos 102 a 109 de la Resolución 5261 de 1994.

<sup>44</sup> Artículo 110 a 115 de la Resolución 5261 de 1994.

<sup>45</sup> Artículo 115 de la Resolución 5261 de 1994.

<sup>46</sup> Artículo 117 de la Resolución 5261 de 1994.

<sup>47</sup> Rodríguez A., Sandra Milena. El poder de voto en el consejo nacional de seguridad social en salud. Revista de Economía Institucional. Vol 9, num.16, primer semestre, 2007, pp. 223-253. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, Ver: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41991609>. Consulta: 5 de septiembre de 2019. Pág. 236-238.

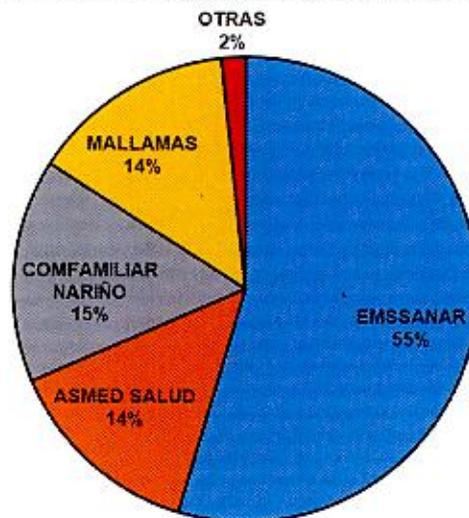
<sup>48</sup> Rodríguez A., Sandra Milena. El poder de voto en el consejo nacional de seguridad social en salud. Revista de Economía Institucional. Vol 9, num.16, primer semestre, 2007, pp. 223-253. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, Ver: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41991609>. Consulta: 5 de septiembre de 2019. Pág. 237 a 238.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

### 11.6. Área geográfica potencialmente afectada

El departamento de Nariño cuenta con varias **EPS** habilitadas. De la información recaudada por la Delegatura, en el año 2017 estaban habilitadas en todo el departamento de Nariño 13 **EPS** para adelantar la contratación de la prestación de servicios de salud con las **IPS**. El número de afiliados para el citado año fue de 1.082.129 habitantes, de los cuales el 81,5% estaban vinculados a través del régimen subsidiado y el 18,5% a través del régimen contributivo. La siguiente gráfica presenta la participación de las **EPS**, en la que sobresale **EMSSANAR** como líder con el 55% del número de afiliados y con presencia en 57 municipios del departamento. El otro 45% de la participación está concentrada en tres grandes **EPS ASMED SALUD, COMFAMILIAR NARIÑO** y **MALLAMAS** que reunieron el 43% de los afiliados y el 2% restante está distribuido en otras **EPS**.

Gráfica No. 1. Participación de EPS habilitadas en el Departamento de Nariño año 2017



Fuente: Elaboración Superintendencia con base en información recaudada<sup>49</sup>.

En Nariño actualmente hay 81 **IPS** según el informe de prestadores del sistema de información hospitalaria (en adelante **SIHO**) de la Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria del **MINSALUD**<sup>50</sup>. La distribución de las **IPS** es la siguiente: 63 son municipales que atienden en primer nivel, 13 indígenas también de primer nivel y 5 departamentales, de las cuales 4 son de segundo nivel y una de tercer nivel. Hay 13 **IPS** privadas o mixtas, todas de primer nivel. Adicionalmente, en Nariño hay 68 **ESE**, de las cuales 63 son de primer nivel, 4 de segundo nivel y una de tercer nivel. Por lo anterior, se concluye que en Nariño predomina la prestación del servicio de salud de carácter municipal, público y de primer nivel con 77,7% de participación.

En el departamento de Nariño hay presencia de una asociación de **ESE** denominada **AESEENAR** que ha tenido asociados que prestan el servicio en ciertas zonas del departamento. De la información suministrada por **AESEENAR** para el año 2013 –fecha de la constitución de la asociación– reunió a 46 **ESE** de diferentes municipios. De lo anterior, la Delegatura identificó que de las 63 **IPS** municipales, públicas y de primer nivel para el periodo comprendido entre 2013 y 2018, 40 **ESE** estuvieron asociadas a **AESEENAR** y 28 de ellas tenían presencia en municipios donde eran los únicos habilitados para prestar los servicios de salud<sup>51</sup>. De esta forma, el área geográfica potencialmente afectada por la conducta anticompetitiva es cada municipio de Nariño en el que tiene influencia **AESEENAR** (en adelante zona geográfica afectada en el departamento de Nariño). Lo anterior si se tiene en cuenta que los hechos denunciados en la presente investigación tienen como base la intervención de **AESEENAR** en la contratación para la prestación del servicio de salud en algunos municipios del departamento. Por esta razón, es pertinente identificar a la asociación, sus asociados y los municipios en los que tienen influencia.

<sup>49</sup> MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. Datos abiertos. Salud y protección social. Ver: <https://www.datos.gov.co/Salud-y-Proteccion-Social/Visualizaci-n-sin-t-tulo-Basado-en-N-mero-de-afili/v6ki-ucnj>. Consulta: 17 de julio de 2019.

<sup>50</sup> **MINSALUD**. **SIHO**. Informes. **IPS** por nivel. Ver: <https://prestadores.minsalud.gov.co/siho/informes/ipspornivel.aspx?pageTitle=IPS+por+Nivel+de+Atenci%u00f3n+pageHlp=%2fSIHO%2fayudas%2finformes%2fcaracterizacion.pdf>. Consulta: 5 de septiembre de 2019.

<sup>51</sup> Folio 1542 del cuaderno público No. 9. Ubicación: G:\Superintendencia industria y comercio\003- ITEM II Y VIII.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

### 11.7. Agente investigado

**AESEENAR** es una persona jurídica que se constituyó por acta número 001 del 21 de enero de 2013 en asamblea general ordinaria, registrada lucro el 12 de abril de 2013 en la Cámara de Comercio de Pasto (Nariño) con el número 23000 del libro I del registro de entidades sin ánimo de. Según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Pasto, **AESEENAR** tiene por objeto social<sup>52</sup>:

*"Promover el desarrollo integral de las entidades asociadas protegiendo su patrimonio y sus intereses, realizando actividades y controles necesarios para el mejoramiento continuo, generando políticas al interior de la asociación, lo cual permitirá mejorar la eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, la calidad de vida de la población objeto de atención, fortaleciendo la red hospitalaria en el departamento de Nariño".*

Las funciones de **AESEENAR** incluyen en general la promoción, el desarrollo integral de las entidades asociadas y la cultura de asociación, respeto, apoyo, dedicación, participación entre los asociados y sus estamentos, la estimulación para el diseño y ejecución de planes, políticas, programas, proyectos, y actividades conjuntas o vinculadas al desarrollo territorial que redunden en el beneficio económico y social de las comunidades. También vela por la rentabilidad y seguridad financiera, la producción y comercialización de bienes y servicios requeridos por los asociados para el cumplimiento de sus respectivos objetos, misiones y visiones institucionales y la gestión y vocería ante el gobierno nacional y departamental de la red hospitalaria de Nariño.

### 11.8. Prestadores asociados a AESEENAR

En el Acta No.1 de constitución de **AESEENAR** del 21 de enero de 2013<sup>53</sup>, se indicó que a la reunión de creación de la asociación asistieron 46 **ESE** del departamento de Nariño. En la tabla No. 1 se expone en detalle las **ESE** que han hecho parte de **AESEENAR** desde su año de creación hasta el 2018.

Tabla No.1. ESE asociadas a AESEENAR 2013 – 2018

No.	ESE	MUNICIPIO	2013	2014	2015	2016	2017	2018
1	ESE Juan Pablo II	Linares	X	X			X	X
2	Centro Hospital San Luis ESE	El Tambo	X	X	X	X		
3	ESE Centro de Salud Los Andes	Sotomayor	X					
4	Centro de Salud San Lorenzo ESE	San Lorenzo	X	X	X			
5	San José de Albán ESE	San José de Albán	X	X			X	
6	ESE San Pedro de Cumbitara	Cumbitara	X					
7	Centro Hospital Luis Antonio Montero	Potosí	X	X		X	X	X
8	ESE Virgen de Lourdes	Buesaco	X	X	X			
9	ESE Nuestro Señor de la Divina Misericordia	Puerres	X	X	X			X
10	Centro de Salud Señor de los Milagros ESE	Gualmatán	X	X	X	X	X	X
11	ESE Guaitarilla	Guaitarilla	X	X	X	X	X	
12	Centro de Salud Luis Acosta ESE	La Unión	X	x				
13	ESE Taminango	Taminango	X	X	X			
14	ESE Centro de Salud Policarpa	Policarpa	X	X	X			
15	Centro Hospital de La Florida ESE	La Florida	X	X	X	X	X	X
16	ESE Pupiales	Pupiales	X				X	X
17	Centro de Salud Saludya ESE	Yacuanquer	X	X	X		X	X
18	ESE Centro de Salud San Sebastián	Nariño	X	X	X	X		
19	ESE Centro de Salud San Miguel	Arboleda	X	X	X			X
20	Centro de Salud Ancuyá ESE	Ancuyá	X	X	X	X	X	X

<sup>52</sup> Folio 80 del cuaderno público No.1.

<sup>53</sup> Folio 62 del cuaderno público No.1.

*"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"*

21	ESE Guachavez	Santa Cruz	X				X	X
22	Hospital San Carlos ESE	San Pablo	X					
23	ESE Centro de Salud Tablón de Gómez	El Tablón de Gómez	X	X	X		X	
24	ESE Hospital Clarita Santos de Sandona	Sandona	X		X			
25	Centro de Salud San Bartolomé ESE	Córdoba	X	X	X	X	X	X
26	Centro de Salud Consacá	Consacá	X	X	X	X		
27	Centro de Salud Iles	Iles	X	X	X			
28	Hospital ESE Lorencita Villegas de Santos	Samaniego		X		X	X	X
29	Centro de Salud Nuestra Señora de Fátima	Chachagüi		X				
30	Hospital Guachucal ESE	Guachucal		X	X	X	X	X
31	ESE Centro de Salud San Juan Bosco	La Llanada			X			
32	Divino Niño ESE	Tumaco			X			
33	ESE Centro de Salud Funes	Funes					X	X
34	Centro de Salud Sapuyes ESE	Sapuyes					X	
35	ESE Nuestra Señora del Pilar	Aldana					X	
36	Hospital El Buen Samaritano	La Cruz					X	X
37	Centro de Salud Cartago ESE	San Pedro de Cartago					X	X
38	Hospital Cumbal	Cumbal					X	
39	Hospital Civil de Ipiales	Ipiales					X	X
40	IPS Guachavez	Santa Cruz						X

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en datos tomados del expediente<sup>54</sup>.

La anterior tabla muestra la relación que ha tenido **AESSE** con las **ESE** asociadas desde el momento de su creación hasta el 2018. En general, 40 **ESE** han estado relacionadas con **AESSE** entre 2013 y 2018, pero no todas han concurrido en los mismos años. En promedio, anualmente la asociación ha tenido cerca de 20 afiliados de los municipios de Nariño. En 2016 tuvo 11 afiliados y fue el menor número en el periodo, mientras que en 2013 tuvo 27 afiliados, de manera que fue el mayor número del periodo analizado.

### 11.9. Conclusión del mercado afectado

En conclusión, para la presente investigación considera la Delegatura que es preciso resaltar que en el mercado de salud en Colombia existe un sistema general que define las dinámicas de participación y los agentes que en él intervienen. Ese mecanismo de asignación de recursos puede ser entendido como un mercado de dos lados a efectos de describir el comportamiento dinámico de ese sector. Por un lado, está el mercado de aseguramiento en salud en el que se relacionan las **EPS** y los afiliados. Por otro lado, está el mercado de la prestación de servicio de salud en el que se relacionan las **EPS** y las **IPS**. Lo que suceda en cada uno de los lados afecta directamente la dinámica del otro lado, generándose así, externalidades de red a ser tenidas en cuenta al momento de identificar las posibles conductas restrictivas de la competencia que se entrarán a analizar en el presente acto administrativo.

Las **IPS** pueden ser privadas, mixtas o públicas, estas últimas denominadas **ESE**. Estas modalidades de **IPS** tienen unas características similares, pero contienen elementos diferenciadores en la negociación con las **EPS**, como la calidad, el nivel de servicio, la población objetivo y la ubicación geográfica que puede influir en la contratación para la prestación del servicio. En la prestación de servicios de salud en el departamento de Nariño predominan las **ESE** municipales y de atención primaria por encima de las **IPS** privadas o mixtas. Como se mostró en el presente acápite, algunas **ESE** se hicieron parte de una asociación que tiene por objeto la promoción y el desarrollo integral de las entidades asociadas.

Como se expondrá a continuación, la conducta desplegada por la asociación habría afectado la libre competencia económica en el mercado de la contratación para la prestación de servicio de salud en el que se relacionan las **EPS** y las **IPS**. Esto debido a que la asociación habría intervenido de manera directa en la negociación entre las **EPS** y las **IPS** sin tener en cuenta la libertad de negociación entre las partes. Debido a esto, el mercado afectado para el presente acto administrativo

<sup>54</sup> Folio 1542 del Cuaderno Público No.9 del Expediente. Ubicación: G:\Superintendencia industria y comercio\003- ITEM II Y VIII.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

es el de la contratación para la prestación de los servicios de salud en la zona geográfica afectada en el departamento de Nariño.

**DÉCIMO SEGUNDO:** En este aparte la Delegatura procederá a presentar la forma en la que **AESEENAR** habría adoptado decisiones y políticas internas que habrían afectado la libre competencia en el mercado de la contratación de los servicios de salud en la zona geográfica afectada. Esto lo habría realizado **AESEENAR** a través de la fijación de condiciones que las **EPS** debían aceptar al momento de contratar los servicios con las **ESE** asociadas. La conducta se habría desplegado a través de la negociación directa y en bloque por parte de la asociación y la utilización de herramientas coercitivas tendientes a interrumpir arbitrariamente los servicios de salud en caso de que las condiciones fijadas no fueran acatadas. Este comportamiento habría limitado que las **ESE** y las **EPS** pudieran negociar de manera libre e individual.

### 12.1. Imputación Fáctica

La Delegatura describirá los hechos que dan cuenta de la manera en que **AESEENAR** habría restringido la libre competencia en el mercado de la contratación de los servicios de salud en la zona geográfica afectada. Para este propósito se analizará, en primer lugar, la forma en la que **AESEENAR** habría fijado lineamientos y tomado decisiones relacionadas con las condiciones que debían ser presentadas a las **EPS** que quisieran contratar con cualquier **ESE** asociada. En segundo lugar, la Delegatura presentará las pruebas que darían cuenta de la negociación directa de **AESEENAR** con las **EPS**. Finalmente, la Delegatura describirá los mecanismos de coerción que **AESEENAR** habría implementado cuando las **EPS** se negaban a aceptar las condiciones establecidas por la asociación.

Adicionalmente, la Delegatura pondrá en evidencia unas situaciones particulares que darían cuenta del comportamiento de **AESEENAR** y de su consciencia respecto del carácter ilícito de su conducta. **DE SALUD DE NARIÑO** (en adelante **IDSN**) y **AESEENAR** en las que el Instituto le manifestó a la asociación lo reprochable de su conducta. Del otro, la Delegatura expondrá una serie de contradicciones en la información suministrada por **AESEENAR** en la etapa de averiguación preliminar.

#### 12.1.1. Fijación de lineamientos y toma de decisiones por parte de **AESEENAR** respecto de las condiciones para contratar los servicios prestados a las **EPS** por parte de las **ESE** asociadas

**AESEENAR** habría fijado los lineamientos relacionados con la contratación entre las **ESE** asociadas y las **EPS**. En concepto de la Delegatura, las negociaciones entre las **EPS** y las **ESE** se deben realizar de manera libre y directa, con la posibilidad de que los agentes establezcan las condiciones particulares para cada caso<sup>55</sup>. En el caso objeto de análisis la libertad de negociación entre las **EPS** y las **ESE** se habría limitado debido a que **AESEENAR** habría fijado los lineamientos que todas las **EPS** debían aceptar en caso de querer contratar con una **ESE** asociada. Estos lineamientos fueron estandarizados y no contemplaron las situaciones particulares que se pudieran presentar.

La Delegatura corroboró, por medio de las actas de reunión de asamblea de **AESEENAR**, que en el marco de la asociación se habría fijado las propuestas de contratación para los servicios de salud que presentarían las **ESE** a las **EPS** desde el año 2013 y hasta el año 2018. Estas decisiones, de acuerdo con las actas que están en el expediente de la investigación, fueron lideradas por el presidente de la asociación quien proponía los lineamientos que debían ser adoptados por los asociados. Adicionalmente, **AESEENAR** habría contratado un profesional para que elaborara una minuta de contratación con el objetivo de efectuar la suscripción de los contratos de prestación de servicios a través de la asociación con las **EPS**. Estas dos situaciones, como se procederá a exponer, demostrarían que **AESEENAR** fijó las condiciones de contratación restringiendo la libre negociación entre las partes.

##### 12.1.1.1. Actas de asamblea de **AESEENAR** en las que se comprueba que se fijaron los lineamientos para contratar los servicios entre las **EPS** y las **ESE**

La Delegatura encontró que en las reuniones llevadas a cabo por **AESEENAR** se definieron los lineamientos y se tomaron decisiones respecto de las propuestas de contratación que le presentaría la asociación a las **EPS** en nombre de las **ESE**. Esto se verificó a través de las actas correspondientes a las reuniones desarrolladas entre 2013 y 2018.

<sup>55</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-745 de 2013. M.P. J. I. Pretelt.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

En el año 2013 **AESENAR** sostuvo dos reuniones en las que trató temas relacionados con propuestas de contratación con las **EPS**. Al respecto, obra en el expediente el acta de reunión de asociados del 28 de octubre de 2013<sup>56</sup> y el acta de reunión de asociados del 23 de diciembre de 2013<sup>57</sup>. En estas dos actas se trataron los temas relacionados de la siguiente forma: "Análisis propuesta EPS Caprecom para Contratación" y "DEFINIR PROPUESTAS DE CONTRATACIÓN CON LAS EPS", respectivamente.

Para el año 2014 **AESENAR** comenzó a incluir dentro de sus actas de reunión la forma como se concertaban las propuestas de contratación que la asociación presentaría posteriormente a las **EPS** en nombre de las **ESE** asociadas. Del análisis de las actas de reunión de asociados del 24 de febrero de 2014<sup>58</sup>, 11 de marzo de 2014<sup>59</sup> y 31 de marzo de 2014<sup>60</sup> la Delegatura encontró varios elementos que configuraron la conducta materia de análisis. Primero, **AESENAR** creó una comisión dentro de la asociación en la que se fijaban las propuestas de contratación. Segundo, **AESENAR** tuvo acercamientos con las **EPS** para presentar la propuesta establecida y realizó, de manera directa, las negociaciones con base en esa propuesta. Tercero, los asociados conocían que la forma como se estaban adelantando las negociaciones generaba inconvenientes para llegar a acuerdos con algunas **EPS**. Cuarto, dentro de la asociación se conocía que la **EPS INDÍGENA MALLAMAS** (en adelante **MALLAMAS**) solicitó negociar de forma individual con cada **ESE**. Finalmente, **AESENAR** logró que sus asociadas contrataran con **COMFAMILIAR** en los términos que habían sido fijados dentro de la asociación sin tener en cuenta la negociación individual que solicitaban las **EPS**.

En el acta de reunión de asociados del 24 de febrero de 2014<sup>61</sup> se muestra cómo al interior de la asociación se aceptó la propuesta de contratación realizada por la comisión creada precisamente para fijar esas propuestas. Adicionalmente, el documento acredita que se acordó que **AESENAR**, en nombre de los asociados, presentaría la propuesta a las diferentes **EPS**.

"(...) la comisión ha considerado que la contratación que se propone quede de la siguiente manera:

1. Recuperación de la salud y medicamentos de recuperación capitados, se propondrá a la EPS el mismo porcentaje que se venía contratando en el año 2013, pero con una UPC base de contratación que tenga un incremento del 15% referente a la del año anterior esto para las ESES que tienen UPC corriente, es decir por ejemplo la EPS Emssanar tiene UPC base de contratación \$ 310.000, a este valor le incrementaríamos un 15% esto es \$ 46.500 pesos, por lo cual la UPC base sobre la que se calculará el porcentaje de capitación será de \$ 356.500, en que se fundamente la solicitud de nuestro incremento, primordialmente se hará énfasis en situaciones tales como los procesos de formalización laboral que con los recursos que recibimos actualmente no lo podemos adelantar, los procesos de habilitación de servicios de acuerdo a los nuevos requerimientos, los incrementos en costos de salarios, prestaciones y costo de medicamentos e insumos, igualmente hay que tener en cuenta las empresas sociales que están en riesgo fiscal y financiera.
2. En lo referente a las actividades de P y P las cuales se deben contratar por evento la propuesta que se propone para llevar a las EPS a la de contratar a tarifas soat vigentes, toma la palabra el Dr. Enrique Villota y manifiesta qué pasa con los servicios de P y P que no tienen establecida una tarifa propuesta de las cuales se les hace entrega a cada gerente para que miremos si están de acuerdo, se revisan las tarifas propuestas y los Gerentes aprueban las mismas.
3. Referente a las ESES que quieran contratar los servicios de recuperación por evento se ha trabajado un listado de algunas tarifas por paquetes y algunos servicios con tarifa diferente a la SOAT, las demás la propuesta es trabajar a tarifa SOAT plena, en cuanto a medicamentos la propuesta será tarifa PLM menos 10%, a cada uno le hacemos entrega del listado de precios y abrimos el debate que se hagan las observaciones a la propuesta trabajada en la comisión.
4. Toma la palabra la Dra. Adriana Gerente de la E.S.E. de Funes, quienes pregunta si la propuesta será igual para todas las EPS, el Dr. Edgar manifiesta que inicialmente sí será igual pero que dentro del proceso de negociación hay que tener en cuenta que hay EPS como es el caso de Comfamiliar y Caprecom que tienen tarifas más altas que las de las demás EPS por lo cual con esta EPS se pueden trabajar porcentajes menores de incremento.

<sup>56</sup> Folio 615 del cuaderno público No. 3.

<sup>57</sup> Folios 613 a 614 del cuaderno público No. 3.

<sup>58</sup> Folios 618 a 620 del cuaderno público No. 3.

<sup>59</sup> Folios 621 a 623 del cuaderno público No. 3.

<sup>60</sup> Folios 624 a 625 del cuaderno público No. 3.

<sup>61</sup> Folios 618 a 620 del cuaderno público No. 3.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

El Dr. Enrique Villota pregunta qué pasa con los medicamentos de promoción y prevención, a lo cual el Dr. Luis Díaz contesta que estos la propuesta es por evento y quedarían a tarifa PLM-10%.

Ónix Pérez pregunta qué pasó con las observaciones sobre la minuta, el Dr. Edgar manifiesta que se espera la minuta que propongan y sobre ella se harán las observaciones que tengamos como asociación.

El Dr. Edgar pregunta si hay más inquietudes o si está de acuerdo en que se oficie a las EPS con la propuesta que se ha trabajado, los asistentes aprueban que se envíe la propuesta, el Dr. Edgar informe que se enviará la propuesta y que una vez se reciba respuesta se citará nuevamente a reunión para estudiar la respuesta"<sup>62</sup>. (Subrayado fuera de texto)

En el acta del 11 de marzo de 2014<sup>63</sup> **AESENAR** presentó algunas conclusiones en relación con los acercamientos que había tenido con las **EPS**. Igualmente, presentó los avances en la negociación de los servicios de salud. El documento se presenta a continuación:

"Para algunos casos ya se hizo visita a los gerentes de las EPS para lograr acercamientos, me permito informarles que con algunos gerentes estuvimos reunidos con el Dr. Carlos Chávez Gerente de Caprecom, con quien se estuvo revisando la contratación para este año, el Dr. Carlos Chávez manifiesta que la situación de Caprecom es muy difícil y que incluso la nacional plantea la disminución de las tarifas para Nariño por cuanto son más altas que en el resto del País, igualmente manifestó que las actividades de promoción y prevención se contrataría por evento a tarifas soat menos un 15% al respecto nosotros le planteamos que no era posible trabajar con una upc menor a la del 2013 por cuanto a nosotros se nos incrementan todos los costos de personal, medicamentos y demás gastos, adicionalmente se planteó que se trabajaría lo de promoción y prevención a tarifas soat menos un 5%, en esos términos se llevó la conversación y para resumir la propuesta sobre la cual hay un preacuerdo es la siguiente:

1. Contratar con la misma UPC base del año 2013, contratos que se firmarían a mayo de 2014, por cuanto a partir de esa fecha se compromete el gerente de Caprecom a realizar un ajuste.
2. Las actividades de promoción y prevención el acuerdo es de tarifas soat 2014 menos el 5%, además se acordaron algunas tarifas por aparte:

VACUNAS 3.500  
DETARAJE 90.000 POR PERSONA  
CONSEJERÍA VIH 12.000

(...)

El Doctor Edgar manifiesta que tuvo algunos acercamientos con la Dra. Fernanda de Emssanar que estuvo hablando en compañía de algunos Gerentes y que la Dra. Fernanda manifiesta que la propuesta está desfasada de la realidad que ellos el año anterior hicieron un incremento importante y que para el año 2014 no se harán incrementos tan elevados, además propuso tarifas de promoción y prevención con descuento por lo menos de 15%<sup>64</sup>". (Subrayado fuera de texto)

Por último, en el acta de reunión de asociados del 31 de marzo de 2014 se evidenció el conocimiento que tenía la asociación de las dificultades para llegar a acuerdos sobre la contratación de los servicios de salud con **EMSSANAR** y **ASMET SALUD**. También se acreditó que **MALLAMAS** solicitaba negociar de forma individual con cada una de las **ESE** y no en conjunto con **AESENAR**, de acuerdo con lo que había establecido el **IDSN**. Adicionalmente, se informó a los asociados sobre lo acordado con **COMFAMILIAR** para la prestación de servicios de salud.

"Saludos de bienvenida a todos los asistentes a la reunión, la cual su objeto fundamental como se les informó en la citación es mirar qué se hacen con aquellas EPS con las cuales a la fecha no se ha llegado a acuerdos sobre la contratación de servicios, en especial lo que pasa con Emssanar y Asmet Salud al igual que se informara a los adelantos logrados con las otras EPS para mirar si podemos entrar a firmar contratos.

En primer término me permito informarles que se recibió oficio de la EPS Mallamas donde nos manifiesta que de acuerdo a la reunión sostenida con la Doctora Elizabeth Trujillo directora del Instituto la contratación es de manera individual y que por lo tanto están dispuestos a recibirnos de manera individual, recuerda el Dr. Edgar que en la semana anterior tal como se había solicitado hubo una reunión con la Directora de instituto, quienes hicieron una reunión con las EPS y otra con los

<sup>62</sup> Folios 618 a 620 del cuaderno público No. 3.

<sup>63</sup> Folios 621 a 623 del cuaderno público No. 3.

<sup>64</sup> Folios 621 a 623 del cuaderno público No. 3.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

gerentes, nosotros esperábamos que se hubiera hecho una reunión conjunta pero eso no fue posible, la doctora escuchó nuestras propuestas y nuestra problemática y quedó a llevar lo expuesto a la reunión que realizaría más tarde con los representantes de la EPS.

El Dr. Oscar manifiesta que tal como lo expresó en la reunión con la Directora del Instituto y en reunión anteriores las ESES están autorizadas para asociarse no solo para comprar bienes y servicios sino también para vender servicios eso está en el artículo 19 del decreto 1876 de 1994 que en su numeral 2 establece que se pueden asociar para vender servicios o paquetes de servicios de salud, además nosotros estamos negociando criterios generales y ya los particulares se vienen negociando de manera individual.

El Dr. Edgar manifiesta que se han venido haciendo acercamientos con Asmet Salud, con Comfamiliar y con Emssanar pero la verdad con comfamiliar está cerca de llegar a un acuerdo pero con Asmet y Emssanar está difícil, asmet manifiesta que se ajustaría a los acuerdos y tarifas que se llegue con Emssanar.

En reunión con EPS Comfamiliar se propone por parte de la EPS como última propuesta contratar actividad de P y P a tarifas soat menos de 10% en tanto que para la capitación ofrecen una upc de 2013 más un 5% que teniendo en cuenta que la UPC es la más alta por cuanto está por el orden de 340 mil pesos, el Dr. Oscar comentó que sería de firmar por cuanto esta EPS es la que mejor paga y que estar por encima de lo de las demás EPS, los asistentes manifiestan estar de acuerdo, por lo cual se pide a los gerentes que de manera individual se acerquen a la EPS para suscribir los contratos y mirar cosas particulares de cada prestador." (subrayado fuera de texto)

Los documentos citados evidenciarían que **AESEENAR** propuso incrementar en porcentajes iguales el valor de los servicios de salud ofrecidos a las **EPS**. Tanto es así, que de las actas objeto de análisis se evidencia que **AESEENAR** tuvo acercamientos con varias **EPS**. Por ejemplo, en las negociaciones con **COMFAMILIAR** se acordó el valor de los servicios de promoción y prevención y los servicios por capitación del año 2014<sup>65</sup>.

Como se aprecia, para el año 2014 **AESEENAR** logró fijar las condiciones de contratación y negoció de manera directa con las **EPS**. Esto lo hizo sin tener en cuenta que el **IDSN** y algunas **EPS** solicitaron que se llevara a cabo la negociación directamente con las **ESE** y sin mediación alguna. Por lo tanto, en este año la conducta restrictiva de la competencia se materializó, a tal punto que incluso **EPS** como **COMFAMILIAR** debieron negociar y contratar los servicios con las **ESE** a través de la asociación.

En los años 2016, 2017 y 2018 la Delegatura encontró que la asociación habría desplegado las mismas conductas que llevó a cabo en los años 2013 y 2014. Esto se verificó a través de las actas del 12 de septiembre de 2016<sup>66</sup>, 23 de enero de 2017<sup>67</sup> y del 21 de mayo de 2018<sup>68</sup>, que se citarán a continuación. En estas actas se evidenciaría que **AESEENAR** concertó aspectos relacionados con la contratación de servicios. Esta conclusión se sustenta en que, de acuerdo con las actas de reunión analizadas, se propuso, primero, no firmar contratos de prestación de servicios por no existir garantías, segundo, trabajar conjuntamente en hacer negociación global "que garantice buenos resultados y beneficios para todos los asociados", y tercero, fijar porcentajes para la contratación.

El acta de reunión de asociados del 12 de septiembre de 2016<sup>69</sup> contiene lo siguiente:

"El presidente de junta, Dr. EDGAR BURBANO convoca a la siguiente reunión para tratar temas relacionados con:

- Evaluación de estándares de habilitación para proponer al IDSN.
- Contratación de Servicios con Cafesalud.
- Proposiciones y Varios.

<sup>65</sup> Folios 624 a 625 del cuaderno público No. 3.

<sup>66</sup> OID 325991. Path. 02\_WEB\_CAMILO\_ROMERO.ad1/Outlook:C:\Users\Administrator\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2014-103578\02\_WEB\_CAMILO\_ROMERO\DATOS\aesenaar2013@gmail.com.ost[root]/RaAz -BuzÁ³n/IPM\_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/MODELO DE ACTA AESEENAR/ACTA DE REUNION DE SEPTIEMBRE.docx

<sup>67</sup> Folio 1334 del cuaderno público No. 8.

<sup>68</sup> OID 98128. Path. 01\_PC\_CAMILO\_ROMERO.ad1/C:\Windows [NTFS]/[root]/Users/AESEENAR/Downloads/ACTA DE REUNION 21 DE MAYO DEL 2018.docx

<sup>69</sup> OID 325991. Path. 02\_WEB\_CAMILO\_ROMERO.ad1/Outlook:C:\Users\Administrator\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2014-103578\02\_WEB\_CAMILO\_ROMERO\DATOS\aesenaar2013@gmail.com.ost[root]/RaAz - BuzÁ³n/IPM\_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/MODELO DE ACTA AESEENAR/ACTA DE REUNION DE SEPTIEMBRE.docx

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

2. Se expone el Tema de la EPS Cafesalud y se propone que temporalmente no se debe firmar ningún contrato de prestación de servicios, puesto que no ofrecen las garantías necesarias por lo tanto se debe esperar hasta que la Eps solucione sus problemas financieros". (Subrayado fuera del texto)

El acta de reunión de asociados del 23 de enero de 2017<sup>70</sup> tiene el contenido que se pasa a presentar:

(...)

ORDEN DEL DÍA

1. Llamada a lista y verificación de Quórum
2. Contratación de prestación de servicios de salud con las EPS vigencia 2017.
3. Elección de junta directiva de la Asociación para el periodo 2017.
4. Proposiciones y varios.

(...)

2. Se expone y se analiza el tema de la nueva contratación con las EPS para el año 2017. Se manifiesta la importancia de fortalecer de la Asociación para trabajar conjuntamente en hacer negociación global que garantice buenos resultados y beneficios para todos los Asociados. (Subrayado fuera del texto)

En el acta de reunión de asociados del 21 de mayo de 2018<sup>71</sup> se indicó:

"El presidente de la junta, Dr. EDGAR BURBANO convoca a la siguiente reunión para tratar temas relacionados con:

1. Contratación Emssanar:
  - Evento Contributivo, SOAT MENOS EL 10
  - Evento 4.1
  - Cápita 4.5 incentivo del 2%
  - Capcom tarifa pactada.
  - Seguridad del paciente tarifa pactada
  - Medicamentos propuestos por Emssanar. Tarifa Emssanar más el 20% Este porcentaje no es equitativo, no compensa precio de costos por tanto se propondrá para este año precio institucional. (queda opcional tarifa Emssanar más 60%."

Como se evidencia, en **AESEENAR** se fijaron los lineamientos para contratar los servicios de salud entre las **EPS** y las **ESE** asociadas durante los años relacionados. **AESEENAR** fijó los criterios generales con los que pretendía hacer negociaciones globales y presentó las propuestas de negociación de los servicios de salud prestados por las **ESE** asociadas de acuerdo a lo fijado en las reuniones. Esto impidió que las **EPS** negociaran de forma libre e individual con cada una de las **ESE**. La negociación que llevó a cabo **AESEENAR** tuvo por objeto impedir que las **ESE** y las **EPS** pudieran fijar sus propias condiciones de acuerdo con las características del servicio que cada **ESE** pudiera prestar y las necesidades que cada **EPS** debía suplir. Esta conducta configuró una restricción a la libre competencia en el mercado definido previamente.

#### 12.1.1.2. Elaboración de minuta de contrato

Además de la fijación de las condiciones de negociación entre las **EPS** y las **ESE**, **AESEENAR** buscó mecanismos para asegurar que las condiciones fijadas se materializaran efectivamente. Para lograr esto, **AESEENAR** contrató la elaboración de una minuta que debía ser utilizada por todas las **ESE** asociadas al momento de contratar con una **EPS**. El 1 de diciembre 2014, **AESEENAR**, que para ese entonces era representada legalmente por **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, suscribió un contrato de prestación de servicios con **MARIA ISABEL DELGADO ORTIZ**. El contrato incluía, entre otras, las siguientes consideraciones:

"2) Que dentro de las obligaciones principales de las Empresas Sociales del Estado, está la suscripción de los contratos de prestación de servicios con las E.P.S; hecho que se pretende efectuar en conjunto a través de la Asociación. 3) Que para tales efectos, se requiere el estudio, revisión y modificación de las minutas contractuales presentadas por las EPS, con el fin de presentar un

<sup>70</sup> Folio 1334 del cuaderno público No. 8.

<sup>71</sup> OID 98128. Path. 01\_PC\_CAMILO\_ROMERO.ad1/C:\Windows [NTFS]/[root]/Users/AESEENAR/Downloads/ACTA DE REUNION 21 DE MAYO DEL 2018.docx

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

propuesta concreta por parte de la asociación, la cual favorezca los intereses de las IPS involucradas (...)<sup>72</sup> (subrayado fuera de texto).

De igual forma, el objeto del contrato quedó establecido de la siguiente manera:

**"(...) LA REVISIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA MINUTA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD EN LAS DIFERENTES MODALIDADES PARA LAS EPS (EMSSANAR, ASMET SALUD, CAPRECOM, COMFAMILIAR Y MALLAMAS) desde la perspectiva legal, y de conformidad con los acuerdos establecidos previamente por LA ASOCIACIÓN"**<sup>73</sup>. (Subrayado fuera de texto)

Una vez elaborada la minuta de contratación, **AESEENAR** la envió a diferentes **EPS** del departamento en representación de sus asociados. Por ejemplo, el 16 de diciembre de 2014 **AESEENAR** remitió un oficio a **EMSSANAR** con "asunto: minuta de contratación 2015"<sup>74</sup>. Mediante ese documento informó lo siguiente:

*"Con el fin de garantizar la prestación de servicios de salud a sus usuarios subsidiados y contributivos para la vigencia 2015, los afiliados a AESEENAR ponemos a su disposición la minuta para contratación de los servicios de salud para el año 2015, en el que se incluyen las tarifas de los servicios por evento, cápita y mixta".*

De igual forma, el 19 de enero de 2015, **AESEENAR** remitió a **ASMET SALUD**<sup>75</sup>, **EMSSANAR**<sup>76</sup>, **COMFAMILIAR**<sup>77</sup> y a **CAPRECOM**<sup>78</sup> un documento que contiene unos "criterios generales de contratación". En la comunicación se fijaron varios temas a tratar respecto del contenido de la minuta de contratación, tarifas para contratación por evento, **UPC** base de contratación por capitación, plazo para negociar y descuentos en la venta de servicios. **AESEENAR** también advirtió que en caso de que no se llegara a un acuerdo grupal respecto de lo expuesto en ese documento, las **ESE** afiliadas a **AESEENAR** no asistirían a reuniones de contratación de manera individual. Esto quiere decir que la única opción que tenían las **EPS** para contratar los servicios con una **ESE** asociada era a través de **AESEENAR** porque, de otra forma, no podrían lograr una reunión directa con cada una de las **ESE** para llegar a acuerdos diferentes a los establecidos por la asociación.

Para la Delegatura, la fijación de una minuta de contratación y la amenaza de no realizar reuniones directas entre las **EPS** y las **ESE** en caso de no contar con un contrato unificado serían comportamientos contrarios a la libre competencia económica en el mercado analizado. La razón es que las **EPS** quedaron impedidas para contratar de manera libre los servicios prestados por las **ESE** teniendo en cuenta criterios como calidad, oportunidad, número de usuario, zona de ubicación de cada **ESE**, entre otros.

### 12.1.2. Negociación directa de AESEENAR con las EPS

En este acápite la Delegatura expondrá cómo, para el periodo comprendido entre los años 2013 a 2018, **AESEENAR** adelantó las negociaciones de los servicios de salud que las **ESE** asociadas prestaban a las **EPS**. Aunque las comunicaciones eran enviadas a todas las **EPS** de la misma forma, la negociación con cada una tuvo particularidades que la Delegatura describirá.

#### 12.1.2.1. Negociación realizada entre AESEENAR y EMSSANAR

Los primeros acercamientos realizados por **AESEENAR** a las **EPS** del departamento de Nariño se remontan al 28 de enero de 2013. En esta fecha la asociación remitió unas consideraciones relacionadas con las negociaciones y concertaciones de los contratos del servicio de salud a suscribirse entre las **ESE** asociadas y las **EPS EMSSANAR, MALLAMAS, CAPRECOM**<sup>79</sup> y **ASMET SALUD**<sup>80</sup>.

<sup>72</sup> Folios 1336 a 1337 del cuaderno público No. 8.

<sup>73</sup> Folios 1336 a 1337 del cuaderno público No. 8.

<sup>74</sup> OID 2154. Path. 01\_AESEENAR.ad1/AESEENAR:C:\Users\AESEENAR\Downloads\20150113084839 (1).pdf

<sup>75</sup> Folio 395 y 396 del cuaderno público No.2.

<sup>76</sup> Folio 400 y 421 del cuaderno público No.2 y 3.

<sup>77</sup> Folio 422 y 423 del cuaderno público No.3.

<sup>78</sup> Folio 424 y 425 del cuaderno público No.3.

<sup>79</sup> Folio 274 a 277 del cuaderno público No.2.

<sup>80</sup> Folio 274 a 277, 320 a 323, 331 a 334 del cuaderno público No.2.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

Como respuesta a este primer acercamiento, el 8 de febrero de 2013 **EMSSANAR**, a través del oficio OF – 001<sup>81</sup> del 28 de enero de 2013, manifestó que las negociaciones se adelantarían con cada **ESE** de manera independiente atendiendo las particularidades de cada institución. De igual forma, en la comunicación la **EPS** expresó su inconformidad con los incrementos en el precio de los servicios ofertados, dado que no existían nuevos servicios. Por lo tanto, no encontró razonable el incremento en el precio de los servicios ofertados en el primer nivel.

El 26 de marzo de 2013<sup>82</sup> **EMSSANAR** envió una nueva comunicación a **AESEENAR**. En esta comunicación la **EPS** presentó unas apreciaciones relacionadas con la propuesta de contratación de servicios de salud presentada por **AESEENAR**. **EMSSANAR** manifestó que las **ESE** debían ofrecer tarifas que permitan asegurar el costo por grupos y niveles, sin que se desborde o desfinancie cualquiera de los niveles de atención. De igual forma, insistió en negociar de manera individual con cada una de las **ESE** asociadas a **AESEENAR** con urgencia. La negociación debía realizarse lo antes posible debido a que se encontraban en marzo y no se habían celebrado los contratos necesarios para la legalización de los pagos efectuados por **EMSSANAR** a las **ESE** asociadas.

**AESEENAR** desatendió las solicitudes de **EMSSANAR** y continuó negociando a nombre de todos sus asociados la contratación de los servicios de salud. Así, el 16 de abril de 2013 **EMSSANAR**, sin otra opción, envió una propuesta para adelantar la contratación con las **ESE**<sup>83</sup>:

*"EMSSANAR como última propuesta con miras a cerrar el proceso de contratación con las ESE's que agrupa la Asociación propone trabajar con una UPC de \$306.500, lo cual representa un incremento que oscila entre 8 y 15 por ciento, partiendo de las UPC contratada cada ESE el año anterior, la cual, está muy por encima del IPC o del incremento del SMSLV para este año.*

*Si esta propuesta vía cápita no se acepta a partir del lunes próximo se remitirá a cada ESE, el contrato por facturación, como única alternativa para no generar tanta divergencia en la definición del valor del contrato".*

En respuesta al anterior comunicado, el 22 de abril de 2013 **AESEENAR** realizó una nueva propuesta<sup>84</sup>:

*"1. Mantener como último valor de UPC base de contratación la suma de \$310.000.00, manteniendo los porcentajes de capitación de cada asociado pero sin incluir el oxígeno domiciliario y los medicamentos formulados por especialistas, esto por cuanto nuestra gran preocupación se da en el incremento de contrarreferencias de medicamentos de nueva generación incluido en el plan de beneficios, los cuales tienen un valor muy alto para nuestras Instituciones por lo cual el incremento propuesto por Emssanar se lo llevaría estos medicamentos.*

*2. No contratar por evento por el año 2013, por cuanto nuestras Instituciones aun no tienen las condiciones técnicas y administrativas necesarias para manejar esta forma de contratación.*

*3. Ratificar nuestro ánimo conciliatorio el cual se ve reflejado en la disminución de manera considerable de nuestras pretensiones iniciales que se fijaron en una UPC \$ de 380.000.00".*

El 29 de abril de 2013, **EMSSANAR** dio respuesta a la nueva propuesta de **AESEENAR**<sup>85</sup>:

*"EMSSANAR acepta la propuesta de la Asociación de contratar con una UPC de \$310.000 pero se incluirá dentro del contrato de los servicios de oxígeno domiciliario y medicamentos posthospitalarios.*

*Para aquellas IPS que deseen excluir estos servicios de su contratación se trabajará con una UPC de \$308.000".*

Por último, el 30 de abril de 2013 **AESEENAR** aceptó la última propuesta de **EMSSANAR** en los siguientes términos<sup>86</sup>:

*"En reunión celebrada el día 29 de abril del año en curso, se puso en consideración de los asociados a "AESEENAR", la última propuesta enviada por usted; referente a las dos opciones de contratación*

<sup>81</sup> Folio 180 a 182 del cuaderno público No.1.

<sup>82</sup> Folios 171 y 172 del cuaderno público No.1.

<sup>83</sup> Folio 171 del cuaderno público No.1.

<sup>84</sup> Folio 336 del cuaderno público No.2.

<sup>85</sup> Folio 170 del cuaderno público No.1.

<sup>86</sup> Folio 335 del cuaderno público No.2.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

por capitación que se proponen en su oficio de la referencia, propuesta que fue aceptada por los asociados, por lo tanto me permito comunicarle que de manera individual los representantes legales de las empresas sociales del estado afiliados a nuestra organización, se acercarán a Emssanar con el fin de manifestar su decisión frente a una de las dos propuestas, con el objeto de que se proceda a revisar la minuta y posteriormente a firmar los contratos respectivos".

Como se evidencia, **AESEENAR** realizó la negociación con **EMSSANAR** sin permitir que la **EPS** negociara con cada **ESE** de manera libre e individual. Esta negociación se realizó sin tener en cuenta las peticiones legítimas de la **EPS** respecto de la forma en la que querían negociar. Adicionalmente, la negociación tomó más de 3 meses, a pesar que la **EPS** había manifestado la necesidad que tenía de contratar los servicios de salud.

Para finales del año 2013 **AESEENAR** inició una nueva negociación con las **EPS** para la contratación de los servicios de salud correspondiente al año 2014. En este orden de ideas, el 3 de enero de 2014 la asociación envió un oficio a **EMSSANAR** de referencia "**PROPUESTA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD AÑO 2014 E.S.E. AGREMIADOS 'AESEENAR'**"<sup>87</sup>. El oficio fue remitido en representación de las **ESE** asociadas y establecía las condiciones para la contratación de los servicios de salud por capitación y por evento. El documento se presenta en seguida:

*"En reunión celebrada el día de hoy, los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado; afiliados a la Asociación de Empresas Sociales del Estado de Nariño "AESEENAR", previa análisis de los costos en salud aprobaron las siguientes propuestas de contratación para el año 2014.*

**RECUPERACIÓN DE LA SALUD Y MEDICAMENTOS (SE EXCLUYEN MEDICAMENTOS DE P Y P)**

#### **1. CONTRATACIÓN POR CAPITACIÓN.**

*Para el caso de la contratación por capitación se ha definido dos grupos de E.S.E.s., aquellas que tienen valor diferencial de UPC de acuerdo a la resolución 5522 del 30 de diciembre de 2013 en el municipio donde operan, las que mantienen el valor de la UPC sin valor adicional por dispersión.*

- *E.S.Es, con UPC de \$ 531.388.80, se propone UPC base de contratación \$ 356.500.00, con un porcentaje de capitación del 50% para las entidades que tienen todos los servicios y del 48% para aquellas que no tienen hospitalización y rayos X.*
- *E.S.Es, municipios con UPC diferencial \$ 592.340.40, se propone UPC base de contratación de \$ 387.500.00, con un porcentaje de capitación del 50% para las entidades que tienen todos los servicios y del 48% para aquellas que no tienen hospitalización y rayos X.*

*La propuesta no incluye los medicamentos poshospitalarios, posquirúrgicos y oxígeno domiciliario.*

#### **2. CONTRATACIÓN POR EVENTO.**

##### **PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN.**

*En lo referente a servicios de promoción y prevención, se propone contratación por evento en cumplimiento de lo dispuesto a la ley 1438, a tarifa SOAT 2014., sobre los servicios que no tengan tarifa soat definida las misma se acordará entre las partes, la población objeto será de acuerdo a la base de datos entregada por la EPS.*

##### **RECUPERACIÓN Y MEDICAMENTOS.**

*Para la contratación por evento de recuperación y medicamentos, en el caso que la E.S.E., opte por esta modalidad de contratación, se propone Tarifa Soat 2014 y para el caso de medicamentos PML-10%.*

*Igualmente se anexa lista de precios de los servicios que no se contratarían a tarifa soat (Anexo 1).*

*En cuanto a la minuta la misma se construirá entre las partes, por último me permito solicitar a Usted; se nos atienda en hora y fecha que usted determine con el fin de llegar a lograr acuerdos en el menor tiempo posible, sobre la propuesta presenta".*

Adjunto a la comunicación transcrita, **AESEENAR** envió una tabla con información de las tarifas para los servicios de salud por evento. La siguiente tabla muestra la información remitida por la asociación a **EMSSANAR**:

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

Tabla No. 2. Información de tarifas enviada por AESEAR a EMMSANAR (3 DE ENERO DE 2014)

TARIFAS DE SERVICIOS 2014 POR EVENTO (ANEXO 1)		
TARIFARIO	CONDICIONES	DETALLE
SOAT 2014	SOAT PLENO	1- ACTIVIDADES DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA, DETECCIÓN TEMPRANA Y ENFERMEDADES DE ATENCIÓN PÚBLICA 2- ATENCIÓN AMBULATORIA, INCLUYE: CONSULTA MÉDICA GENERAL, CONSULTA ODONTOLÓGICA, CONSULTA POR ENFERMERÍA. 3- APOYO DIAGNÓSTICO INCLUYE: LABORATORIO, E IMÁGENES DIAGNÓSTICAS 5- URGENCIAS Y OBSERVACIÓN 6- PROCEDIMIENTOS QUIRÚRGICOS I NIVEL. 7- Hospitalización de baja complejidad (si tiene habilitado el servicio)
CONVENIDO 2014	\$ 38.000	CONSULTA PRIORITARIA
	50% SOAT PLENA	CONSULTA RESULTADO DE LABORATORIO Y AYUDAS DIAGNÓSTICAS
	\$ 40.000	DETARTRAJE SUPRAGINGIVAL SOD (POR CUADRANTE)
	\$ 44.000	CONSULTA MÉDICA DOMICILIARIA URBANA Y PARA RURAL \$60.000.00
	\$ 52.000	CONTROL DE EPISTAXIS POR TAPONAMIENTO NASAL POSTERIOR
	\$ 52.000	DRENAJE DE COLECCIÓN SUPERFICIAL DE PIEL O TEJIDO CECULAR SUBCUTÁNEO POR INCISIÓN O ASPIRACIÓN.
	\$ 85.000	SUTURA HERIDAS MÚLTIPLES EXCEPTO CARA
	\$ 100.000	SUTURA HERIDAS MÚLTIPLES DE CARA
	\$ 45	OXÍGENO INTITUCIONAL LITRO
	\$ 90	OXÍGENO DOMICILIARIO LITRO
	\$ 12.000	MICRONEBULIZACIÓN
	\$ 12.500	PRUEBA RÁPIDA DE VIH
	\$ 12.500	PRUEBA RÁPIDA DE HEPATITIS B
	\$ 12.500	PRUEBA RÁPIDA DE SÍFILIS
	\$ 60.000	INMOVILIZACIÓN DE MIEMBRO SUPERIOR O INFERIOR TOTAL O PARCIAL
	\$ 50.000	ONICECTOMÍA
	\$ 60.000	EXTRACCIÓN DE CUERPO EXTRAÑO SUPERFICIAL EN CÓRNEA O ESCLERÓTICA
	\$ 12.500	GLUCOMETRÍA
	\$ 13.000	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR PSICOLOGÍA A MENOR DE 18 AÑOS, EMBARAZADA, DIABÉTICOS E HIPERTENSOS.
	\$ 17.000	VALORACIÓN POR PSICOLOGÍA
	\$ 15.000	PSICOTERAPIA INDIVIDUAL POR PSICÓLOGO
	\$ 20.000	PSICOTERAPIA GRUPAL POR PSICÓLOGO
	\$ 20.000	PSICOTERAPIA DE PAREJA POR PSICÓLOGO
	\$ 93.000	HABITACIÓN EN OBSERVACIÓN DESPUÉS DE 6 HORAS CON AUTORIZACIÓN DE EPS
	TARIFA SOAT PLENA	TOMA Y LECTURA DE CITOLOGÍA
	\$ 260.000	IMPLANTE SUBDÉRMICO (INSERCIÓN) (PAQUETE)
	\$ 80.000	IMPLANTE SUBDÉRMICO (RETIRO)
	\$ 700.000	PAQUETE DE PARTO NORMAL
	8000 KILOMETRO *	TRASLADO TERRESTRE BÁSICO (\$8.000 POR KILÓMETRO)
	8000 KILOMETRO *	TRASLADO TERRESTRE BÁSICO RURAL (\$8.000 POR KILÓMETRO)
	TARIFA SOAT PLENA	INSERCIÓN Y RETIRO DE DIU
	\$ 10.000	TOMA Y ENVÍO DE MUESTRAS DE VIH, HEPATITIS B ,TOXOPLASMOSIS Y TSH (POR PACIENTE)
	\$ 36.000	HEMOGLOBINA GLICOSILADA POR ANTICUERPOS MONOCLONALES (II NIVEL)
\$ 12.000	CREATININA DEPURACIÓN (II NIVEL)	
\$ 19.000	MICROALBUMINURIA POR EIA (II NIVEL)	
\$ 6.600	PROTEINURIA EN 24 HORAS (II NIVEL)	
MEDICAMENTOS P Y P	PLM MENOS EL 10%	

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en información del expediente<sup>88</sup>.

<sup>88</sup> Folios 10 y 11 del cuaderno público No. 1 del expediente.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

El 30 enero de 2014 **EMSSANAR** le advirtió a **AESEENAR** que no negociaría la prestación de servicios en conjunto con las **ESE** asociadas. La **EPS** manifestó su intención de negociar de manera individual y atendiendo las particularidades propias de la prestación de servicios de salud de cada **ESE**. De igual forma, **EMSSANAR** le informó a la asociación que su comportamiento podía ser considerado como una práctica restrictiva de la competencia<sup>89</sup>.

El 3 de febrero de 2014 **AESEENAR** adujo que en ningún momento pretendía que se negociara de manera conjunta o con tarifas iguales. Argumentó que lo que se pretendía era fijar unos criterios básicos de contratación que se aplicarían como regla general. Por lo anterior, solicitó que se reunieran en el menor tiempo con el fin de agilizar el proceso de contratación. Adicionalmente, **AESEENAR** manifestó que si no se acordaban criterios generales, ninguno de los asociados acudiría a citaciones de contratación<sup>90</sup>. El 13 de febrero de 2014 **EMSSANAR** fijó una fecha para tener una reunión en sus instalaciones con **AESEENAR**. Sin embargo, ratificó su intención de negociar de forma individual con cada una de las **ESE**<sup>91</sup>. Posteriormente, el 12 de marzo de 2014 **EMSSANAR** le insistió a **AESEENAR** sobre su intención de reunirse de forma individual con cada **ESE** para negociar y finalizar el proceso de contratación. A pesar de lo anterior, manifestó que ante la insistencia por parte de **AESEENAR** de realizar una reunión gremial llevaría a cabo la reunión con la asociación<sup>92</sup>.

Para la prestación de servicios de salud en el año 2015, **AESEENAR** continuó presentando propuestas de contratación en representación de sus asociados. El 16 de diciembre de 2014 envió un oficio a **EMSSANAR** con "asunto: minuta de contratación 2015"<sup>93</sup>. El documento tenía el siguiente contenido:

*"Con el fin de garantizar la prestación de servicios de salud a sus usuarios subsidiados y contributivos para la vigencia 2015, los afiliados a AESEENAR ponemos a su disposición la minuta para contratación de los servicios de salud para el año 2015, en el que se incluyen las tarifas de los servicios por evento, cápita y mixta".*

El 19 de enero de 2015 **AESEENAR** presentó el contenido de la minuta de contratación, tarifas para contratación por evento, **UPC** base de contratación por capitación, plazo para negociar y firmar contratos y descuentos en la venta de servicios a **ASMET SALUD**<sup>94</sup>, **EMSSANAR**<sup>95</sup>, **COMFAMILIAR**<sup>96</sup> y **CAPRECOM**<sup>97</sup>. El 2 de febrero de 2015 **AESEENAR** insistió en que las negociaciones de los servicios de salud seguirían en cabeza de la asociación y nuevamente envió una propuesta para el valor de los servicios a negociar<sup>98</sup>. El 12 de febrero de 2015 **EMSSANAR** respondió a **AESEENAR** el "oficio de fecha 2 de febrero de 2015". Informó que no negociaría la prestación de servicios en conjunto con las **ESE** que conformaban la asociación, sino que lo haría de forma individual. De igual forma, realizó las consideraciones respecto del valor de la **UPC** y concretamente de las negociaciones<sup>99</sup>.

Para el 2017 **AESEENAR** y **EMSSANAR** llevaron a cabo una reunión el 3 de febrero de ese año. En esta reunión, que fue coordinada por el presidente de la asociación, se presentó una propuesta para la contratación de los servicios médicos. La propuesta quedó plasmada en el ACTA No. 001 CONTRATACIÓN AÑO 2017<sup>100</sup>, en donde se fijaron unos parámetros generales:

*"b) Propuesta de contratación*

*Doctor Edgar Burbano presidente de AESEENAR da a conocer que según el compromiso de las IPS al cumplimiento de los estándares de habilitación y con los entes de control, requieren inversión de costos, lo que da a conocer la preocupación en cuanto a la contratación y a pesar de que el modelo de salud es de obligatorio cumplimiento ven la necesidad de hacer la siguiente propuesta: Da a*

<sup>89</sup> Folio 143 y 144 del cuaderno público No. 1.

<sup>90</sup> Folio 218 y 219 del cuaderno público No. 2.

<sup>91</sup> Folio 142 del cuaderno público No. 1.

<sup>92</sup> Folio 139 del cuaderno público No. 1.

<sup>93</sup> OID 2154. Path. 01\_AESEENAR.ad1/AESEENAR.C:\Users\AESEENAR\Downloads\20150113084839 (1).pdf

<sup>94</sup> Folio 395 y 396 del cuaderno público No. 2.

<sup>95</sup> Folio 400 y 421 del cuaderno público No. 2 y 3.

<sup>96</sup> Folio 422 y 423 del cuaderno público No. 3.

<sup>97</sup> Folio 424 y 425 del cuaderno público No. 3.

<sup>98</sup> Folio 385 y 386 del cuaderno público No. 2.

<sup>99</sup> Folio 380 y 382 del cuaderno público No. 2.

<sup>100</sup> OID 7058. Path. 01-REQ.ad1/DATOS:J:\EMSSANAR\01-REQ\DATOS\06 Actas Asenar- EvalPrestadores\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR.rar\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR\2017\ACTA 3 DE FEBRERO 2017.pdf

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

conocer que la mayoría de las IPS de AESENAR contrataron por capital tradicional con la UPC vigente con el 92% menos el 8% de administración y otras IPS contactarán con tarifa SOAT plena.

Para lo cual la Doctora Fernanda Bravo, propone un incremento del 5.75% a la UPC de la vigencia 2016. Además sugiere que se revise la UPC y el porcentaje. A razón de que el ejercicio es homologar porcentaje y UPC para obtener el valor en pesos, partiendo del cálculo per – cápita con las actividades que realiza cada prestador.

Por consiguiente el Doctor Juan Carlos Mera informa que se revisará la tabla de cápita por cada IPS de la base UPC y porcentaje partiendo de que hay diferencias de las IPS y de que hay acciones que las IPS vienen facturando.

Por su parte el Doctor Edgar da a conocer que cada gerente es responsable de la contratación de acuerdo a la capacidad resolutive, por consiguiente informa que realizará la contrapropuesta".

Si bien **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** (presidente de **AESENAR**) aclaró que cada gerente de las **ESE** asociadas era responsable de la contratación de acuerdo a la "capacidad resolutive", **AESENAR** continuó liderando las negociaciones, fijando lineamientos y estableciendo criterios generales para la contratación de los servicios de salud en nombre de sus asociados. Como se evidencia en el acta de reunión de asociados del 23 de enero de 2017, la intención de la asociación era "hacer negociación global que garantice buenos resultados y beneficios para todos los Asociados"<sup>101</sup>. Adicionalmente, el 20 de febrero del 2017 **AESENAR** remitió un oficio a **EMSSANAR** con referencia "PROPUESTA DE CONTRATACIÓN EMSSANAR"<sup>102</sup>. Mediante ese documento informó lo siguiente:

"De acuerdo a la propuesta recibida de EMSSANAR encontramos que se hace necesario un análisis minucioso por parte de las IPS integrantes de AESENAR, ya que consideramos fundamental el establecer por cada ESE la viabilidad de las responsabilidades a asumir así como su consecuente soporte financiero a fin de garantizar la adecuada prestación del servicio. Ejercicio para el cual requerimos el listado de medicamentos a incluir en la cápita para la baja complejidad.

Por lo anterior estableceremos nueva fecha para reunión de concertación con EMSSANAR ya que hasta de fecha se mantiene el 10% propuesto por AESENAR; Agradezco su atención y gestión frente a este oficio, quedando atento a su respuesta". (subrayado fuera de texto)

Como se observa, a la fecha **AESENAR** seguía participando de forma activa en las negociaciones para la contratación de los servicios de salud con **EMSSANAR**. Coordinaba las reuniones y presentaba propuestas para la contratación en nombre de los asociados. La dinámica descrita fue replicada el 5 de febrero de 2018, fecha en la que **AESENAR** se reunió con **EMSSANAR** y presentó propuesta de contratación para el año en mención. Lo anterior quedó plasmado en el ACTA No. 001 CONTRATACIÓN AÑO 2018<sup>103</sup>.

"d. propuesta de contratación

Para la vigencia 2018 el doctor Edgar Burbano solicita que para las tarifas de evento se negocie a SOAT menos el 5% con una convenida del 3.5% y para la cápita se incremente un 5%.

Por cuanto se acuerda entre las partes realizar un incremento del 4.5% para la cápita y para el evento un 4% a la convenida con un incentivo del 2% con enfoque RIAS pero con evaluación según resolución 412; para el caso del evento se validarán las tecnologías que realiza cada IPS por servicio de habilitación y se concertará tarifa aplicando esto último para las actividades q (sic) están fuera de la cápita en lo referente a subsidiado, para los contratos contributivos y otros municipios.

Por su parte el Doctor da a conocer que cada gerente es responsable de la contratación de acuerdo a la capacidad resolutive e indicadores de evaluación, por consiguiente informa que realizará la contrapropuesta y requiere que las negociaciones se hagan con las particularidades de cada IPS".

De los documentos relacionados, la Delegatura concluye que en el periodo comprendido entre los años 2013 y 2018 **AESENAR** participó de forma activa en las negociaciones para la contratación de los servicios de salud entre las **EPS**, entre ellas **EMSSANAR**, y las **ESE** asociadas. Como se

<sup>101</sup> Folio 1334 del cuaderno público No. 8.

<sup>102</sup> OID 96349. Path. 01\_PC\_CAMILO\_ROMERO.ad1/C:\Windows [NTFS]/[root]/Users/AESENAR/Desktop/OFICIO PROPUESTA EMSSANAR.docx

<sup>103</sup> OID 7156. Path. 01-REQ.ad1/DATOS:J:\EMSSANAR\01-REQ\DATOS\06 Actas Asenar- EvalPrestadores\ACTAS Y OFICIOS AESENAR.rar\ACTAS Y OFICIOS AESENAR/2018/Acta 5 de Febrero de 2018.pdf

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

evidenció, la asociación fijó los parámetros para la contratación de los servicios e impidió que las **ESE** y las **EPS** como **EMSSANAR** se reunieran para negociar las condiciones a contratar. Aunque en las últimas reuniones el presidente de la asociación realizaba la aclaración de que cada gerente de las **ESE** era responsable de la contratación de acuerdo con la *capacidad resolutive* e indicadores de evaluación, en la práctica fue **AESEENAR** quien asumió la negociación y las condiciones de contratación entre las **EPS** y las **ESE**.

#### 12.1.2.2. Negociación realizada entre **AESEENAR** y otras **EPS**

Al igual que con **EMSSANAR**, **AESEENAR** llevó a cabo directamente la negociación con diferentes **EPS**. Para el 2014 presentó propuestas para la contratación de los servicios de salud en nombre de sus asociados a las diferentes **EPS** del departamento de Nariño. Por ejemplo, el 16 de diciembre de 2013 **AESEENAR** envió una propuesta de contratación de servicios de salud para el año 2014 a **CAPRECOM**. La idea de esta propuesta era negociar los servicios de salud que se prestarían desde el 1 de enero de 2014<sup>104</sup>.

*"En reunión celebrada el día de hoy, los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, afiliados a la Asociación de Empresas Sociales del Estado de Nariño "AESEENAR", previo análisis de los costos en salud aprobaron la siguiente propuesta de contratación para el año 2014.*

1. *Los servicios de recuperación de la salud y medicamentos, se propone contratarlos por el sistema de capitación, a igual porcentaje del año 2013, pero con una UPC base neta de contratación de \$ 367.264.26 (upc base 2013 \$ 333.876.60).*
2. *Los servicios de promoción y prevención, en cumplimiento a lo dispuesto en la ley 1438, se propone su contratación por evento a Tarifa Soat 2014.*
3. *Para aquellos servicios de promoción y prevención que no tengan estipulado tarifas SOAT, se acordarán tarifas entre las partes.*

*Doctor Carlos, de la manera más comedida me permito solicitarle se nos defina las condiciones de contratación antes del 31 de diciembre del año en curso, con al fin de iniciar la atención desde el 1 de enero del 2014 sin ningún traumatismo para los afiliados de Caprecom".*

Igualmente, el 20 de enero de 2014 **AESEENAR** envió a **ASMET SALUD**<sup>105</sup> y a **COMFAMILIAR**<sup>106</sup> la misma propuesta que le había remitido a **EMSSANAR** el 3 de enero de 2014. Como ocurrió en el 2013, diferentes **EPS** manifestaron su inconformidad con el hecho de tener que negociar los servicios de salud con **AESEENAR** y no poder hacerlo de forma individual con cada una de las **ESE** asociadas. Al respecto, el 3 de febrero de 2014<sup>107</sup> **AESEENAR** adujo que en ningún momento pretendía que se negociaran los servicios de salud de manera conjunta o que se establecieran las mismas tarifas para todos los asociados. Simplemente se estaban fijando unos criterios básicos de contratación que se aplicarían como regla general. De acuerdo con esta postura, **AESEENAR** siguió adelante con la presentación de las propuestas de contratación a las **EPS**.

A manera de ejemplo, durante el 2014 **AESEENAR** le remitió a **MALLAMAS** una comunicación con asunto "PROPUESTA DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD AÑO 2014 E.S.E. AGREMIADOS EN "AESEENAR"<sup>108</sup>. El 3 de marzo 2014 **MALLAMAS** envió un oficio a **AESEENAR** con asunto "Respuesta Propuesta Contratación 2014 E.S.E. AGREMIADOS EN AESEENAR". En el oficio **MALLAMAS** presentó una propuesta para contratar la modalidad por capitación y por evento<sup>109</sup>. Adicionalmente, el 19 de marzo de 2014 **MALLAMAS** informó a **AESEENAR** que las concertaciones contractuales se realizarían con cada una de las **ESE** de forma individual y no en conjunto como se les proponía. Debido a esto, **MALLAMAS** solicitó que se realizara una reunión individual con cada una de las **ESE**<sup>110</sup>.

En el año 2015 **AESEENAR** manifestó que las negociaciones seguirían en cabeza de la asociación. De igual forma, la documentación y criterios dispuestos por la asociación para lograr acuerdos

<sup>104</sup> Folios 324 a 325 del cuaderno público No.2.

<sup>105</sup> Folios 204 a 209 del cuaderno público No.2.

<sup>106</sup> Folios 244 a 253 del cuaderno público No.2.

<sup>107</sup> Folios 218 y 219 del cuaderno público No.2.

<sup>108</sup> Folios 258 y 261 del cuaderno público No.2.

<sup>109</sup> Folio 113 del cuaderno público No.1.

<sup>110</sup> Folio 112 del cuaderno público No.1.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

relacionados con la contratación de los servicios en salud con la **EPS** se hicieron más robustos. Al respecto, el 19 de enero de 2015, **AESEENAR** presentó el contenido de la minuta de contratación, tarifas para contratación por evento, **UPC** base de contratación por capitación, plazo para negociar y firmar contratos y descuentos en la venta de servicios a las **EPS ASMET SALUD**<sup>111</sup>, **COMFAMILIAR**<sup>112</sup> y **CAPRECOM**<sup>113</sup>. Así mismo, el 2 de febrero de 2015 **AESEENAR** insistió en que las negociaciones de los servicios de salud seguirían en cabeza de la asociación y nuevamente envió una propuesta con la indicación del valor por el cual se negociarían los servicios de salud<sup>114</sup>.

### 12.1.2.3. Cambio en la forma de presentar las propuestas de contratación

El 22 de mayo de 2015 la Delegatura realizó una visita administrativa en las instalaciones de **AESEENAR**<sup>115</sup>. Después de esa fecha no se encontraron evidencias que dieran cuenta de las negociaciones llevadas a cabo por **AESEENAR** con las **EPS** para el año 2016. Sin embargo, dentro de la asociación sí se convocó una reunión para el 15 de enero de 2016 con el fin de conversar temas relacionados con la contratación de los servicios de salud<sup>116</sup>. Posterior a esto, **AESEENAR** cambió la forma de presentar las propuestas de contratación a las **EPS**.

Estos cambios en la forma de negociación fueron confirmados por **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** (presidente de **AESEENAR**) en la declaración del 19 de diciembre de 2018. En esta declaración el representante legal manifestó que al recibir una visita administrativa por parte de esta Superintendencia hace aproximadamente 4 años y una por la Superintendencia de Salud hace 2 años, "pasaron de ser 44 asociados a 20 porque muchos de los asociados se asustaron y decidieron retirarse"<sup>117</sup>.

Teniendo en cuenta lo dicho por **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** en su declaración, la asociación tomó medidas para cambiar la forma como venía presentando las propuestas de contratación. De hecho, para los años 2017 y 2018 se cuenta con evidencia que prueba que la asociación siguió interviniendo directamente en las negociaciones de forma presencial, sin dejar rastro escrito de los puntos que se negociaban como lo venía haciendo en años pasados.

Para el 2017 y 2018, como ya se mencionó, el presidente de la asociación aclaró que cada gerente de las **ESE** era el responsable de la contratación. Sin embargo, en el acta no. 001 del 2018<sup>118</sup> y en el acta de reunión de asociados del 21 de mayo de 2018<sup>119</sup> se evidencia que **AESEENAR** continuó fijando los criterios de contratación y dictó lineamientos para la contratación de los servicios de salud.

### 12.1.3. Mecanismos de coerción implementados por AESEENAR para lograr sus objetivos

En las negociaciones que realizaba **AESEENAR** con las **EPS** la asociación tomaba medidas coercitivas con el fin de asegurar la celebración de los contratos entre las **EPS** y las **ESE** de acuerdo a las condiciones fijadas por la agremiación. En diferentes ocasiones **AESEENAR** envió comunicaciones a las **EPS** para informarles que suspendería los servicios de salud en caso de que las **EPS** no garantizaran el flujo de recursos a las **ESE** asociadas o si no se lograba un acuerdo en la contratación de los servicios de las **ESE** por parte de las **EPS**.

Este tipo de medidas son contrarias a la normativa aplicable a la prestación de servicios de salud. Por ejemplo, la ley estatutaria 1751 de 2015 elevó el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo. Debido a esto, la ley determinó que "comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud"<sup>120</sup> y el mismo debe ser garantizado por los

<sup>111</sup> Folios 395 y 396 del cuaderno público No.2.

<sup>112</sup> Folios 422 y 423 del cuaderno público No.3.

<sup>113</sup> Folios 424 y 425 del cuaderno público No.3.

<sup>114</sup> Folio 385 y 386 del cuaderno público No.2.

<sup>115</sup> Folio 57 del cuaderno público No. 1.

<sup>116</sup> OID 210980. Path. 02\_WEB\_CAMILO\_ROMERO.ad1/Outlook:C:\Users\Administrator\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2014-103578\02\_WEB\_CAMILO\_ROMERO\DATOS\aesenaar2013@gmail.com.ost/[root]/RaAz - Buzã³n/IPM\_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/INVITACIÃ³N A REUNIÃ³N

<sup>117</sup> Folios 1444 a 1445 del cuaderno público No. 9. Testimonio de EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ min 31:33 a 34:57

<sup>118</sup> OID 7156. Path. 01-REQ.ad1/DATOS:J:\EMSSANAR\01-REQ\DATOS\06 Actas Asenar- EvalPrestadores\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR.rar\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR/2018/Acta 5 de Febrero de 2018.pdf

<sup>119</sup> OID 98128. Path. 01\_PC\_CAMILO\_ROMERO.ad1/C:\Windows [NTFS]/[root]/Users/AESEENAR/Downloads/ACTA DE REUNION 21 DE MAYO DEL 2018.docx

<sup>120</sup> Ley estatutaria 1751 de 2015, artículo 2.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

diferentes agentes del **SGSSS**, incluido las **ESE**. De igual forma, la Superintendencia de Salud mediante la circular Externa 000013 del 15 de septiembre de 2016, estableció que las **IPS** privadas, públicas o mixtas, como entidades vigiladas que son, no pueden:

*"implementar estrategias de cierre de servicios como mecanismo para exigir el pago de obligaciones a cargo de sus aseguradores y tampoco podrán utilizar medidas, acciones o procedimientos*

*administrativos de cualquier tipo, [que] directa o indirectamente obstaculicen, dificulten o limiten el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios del Sistema de Seguridad en Salud".*

Sin embargo, se evidenció que el 11 de febrero de 2013 **AESEENAR** le informó a **CAPRECOM** que si no garantizaba el flujo de recursos a las **ESE** asociadas estas se verían obligadas a suspender la prestación de los servicios<sup>121</sup>. También el 18 de marzo de 2013 **AESEENAR** presentó una propuesta de contratación a **ASMED SALUD** en la cual afirmó que si no se lograba un acuerdo entre las partes en el valor de la **UPC**, las **ESE** asociadas le cerrarían los servicios de salud<sup>122</sup>. En el mismo sentido, el 19 de noviembre de 2013 **AESEENAR** envió una propuesta de contratación de servicios para el mes de diciembre del mismo año a **CAPRECOM**<sup>123</sup>. En esta comunicación la asociación manifestó que:

*"Al no llegar a un acuerdo para la contratación del mes de diciembre, antes del 22 del mes en curso, se acordó una suspensión de servicios a excepción de los servicios de urgencias vitales".*

Adicionalmente, dentro de **AESEENAR** se organizó un *plantón* en la prestación de los servicios de salud por existir desacuerdos en los términos de la contratación con las **EPS**. Esta decisión fue comunicada mediante correo electrónico enviado por **AESEENAR** a sus asociadas el 16 de febrero de 2015. El asunto del mensaje era "**REALIZACIÓN DE PLANTÓN**"<sup>124</sup>.

From: Aesenaar NARIÑO <aesenaar2013@gmail.com>  
 Sent: 2/16/2015 7:11:36 PM -0500  
 To: eseehan@yahoo.es; nancyolandap@hotmail.com; ESE CENTRO DE SALUD SAN MIGUEL <eseaanmiguel@gmail.com>; alba-lucia-mora2007@hotmail.com; #62601 <62601@hotmail.com>; amandlopezbas@hotmail.com; ladip1956@hotmail.com; oscaroscaro74<oscardorado74@hotmail.com>; edwinceron <edwinceron@yahoo.com>; gerentesalciriales@hotmail.com; gerenteesetablon@yahoo.es; edgarburbanomartinez@hotmail.com; ungarzon@yahoo.com; andresbasildes91@hotmail.com; eseguachacal@hotmail.com; esegualmatan<esegualmatan@hotmail.com>; martha parra <malexparra@hotmail.com>; japanto <japanto@hotmail.com>; japanto@hotmail.com; gerenciahospitalallorinda@yahoo.es; esesuanbosco@hotmail.com; AURÁ MAYELI MESA <mesa.auramayeli@gmail.com>; Onix Perez Erazo <perez995@gmail.com>; esjuanpablo2@hotmail.com; jhon alvaraz <jhonever1979@gmail.com>; CENTRO DE SALUD SANTIAGO DE MALLAMA <csantiagomallama@gmail.com>; AYDA YANELA GONZALEZ MUÑOZ <aidayanelag@yahoo.es>; e s a potcarpa@hotmail.com; Javier Abdías Arteaga Romo <esa.potosi@gmail.com>; gracielaalacerola@hotmail.com; carlososero200710@hotmail.com; HOSPITAL LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS <hospitalvts@gmail.com>; Henry Homan Barco Ramos <hbbarco@hotmail.com>; teremaria1966 <teremaria1966@hotmail.com>; mizuastrella22@yahoo.es; mizuastrellazz@yahoo.es; camanyoydy@yahoo.es; gerenciaesandona@yahoo.es; Hernan Jaime Calvache Lopez <chalvache1@gmail.com>; anylucacastillo@hotmail.com; mar1966@hotmail.com; esvirgeandecurdes@yahoo.es; psomare@hotmail.com; mado19093@yahoo.com; laforida@yahoo.com; jacha112@hotmail.com; HAROLD WILSON REVELO CORAL <haroldw73@yahoo.es>; xmenacastro16@hotmail.com; bonifacionmorales11@yahoo.es; Cioel Sas <cioel.sas@gmail.com>; merla.bravor@hotmail.com

Subject: INVITACION A **PLANTON**  
 Attachments: INVITACION A REUNION CONTRATACION 2015.docx

Asunto: **REALIZACION DE PLANTON**

Ante la no definición y desacuerdo en los términos de contratación, se acordó en reunión de asociados realizar un plantón en la prestación de servicios para todas las **EPSs** desde las 7am hasta las 12m el día 17 de febrero, en virtud a que el día de hoy se realizó la gestión pertinente para formalizar la contratación sin obtener atención o respuesta alguna por parte de las **EPSs**.

Se recuerda a los asociados que esto se planteó y se decidió en plenaria, por tanto se cuenta con el compromiso de todos para el desarrollo del plantón.

Cualquier inquietud favor comunicarse al celular: 3122402477.

Atentamente:

**EDGAR BURBANO MARTINEZ**

Presidente Junta Directiva "AESEENAR"

Original firmada

Los llamados a cesar la prestación del servicio de salud por parte de las **ESE** no se quedaron en simples ideas dentro de la asociación. Por el contrario, el 11 de noviembre de 2015 **AESEENAR** informó a **CAPRECOM** que sus **ESE** asociadas suspenderían los servicios a los usuarios de **CAPRECOM**. En el documento correspondiente se lee lo siguiente:

<sup>121</sup> Folio 330 del cuaderno público No.2.

<sup>122</sup> Folio 313 del cuaderno público No.2.

<sup>123</sup> Folio 326 del cuaderno público No.2.

<sup>124</sup> OID 1394. Path. 02\_DESCARGA\_CORREOS\_AESEENAR.ad1/GMAIL [BACKUP/2015/02/20150216-191136-aesenaar2013@gmail.com-INVITACION A PLANTON-1.eml](#) y OID 17612. Path. 02\_DESCARGA\_CORREOS\_AESEENAR.ad1/GMAIL [BACKUP/2015/02/20150216-191136-aesenaar2013@gmail.com-INVITACION A PLANTON-1.eml/INVITACION A REUNION CONTRATACION 2015.docx](#)

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

"dada las condiciones presupuestales de la EPS CAPRECOM, no permite para garantizar la contratación de Prestación de servicios de salud de los meses de noviembre y diciembre del año en curso, ante este hecho los gerentes de la Empresas Sociales del Estado de baja complejidad de Departamento de Nariño, agremiados a la Asociación de Empresas sociales de Salud de Nariño AESEENAR, hemos decidido suspender la prestación de salud para los usuarios de EPS CAPRECOM, con excepción de los Servicios de urgencias. De no tener una respuesta positiva la suspensión de servicios se hará efectiva a partir del día 11 de noviembre del año 2015"<sup>125</sup>. (Subrayado fuera de texto)

Como se evidencia, **AESEENAR** adoptó medidas de coerción con el fin de asegurar que las **EPS** contrataran los servicios de salud que ofrecen las **ESE** en los términos en que la asociación lo pedía. Sin embargo, estas medidas son ilegales, debido a que el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 prohíbe que se establezcan políticas que tengan por objeto impedir, restringir o interrumpir la prestación del servicio de salud. Por lo tanto, el hecho de obligar a negociar con mecanismos coercitivos, como el que se evidenció en este caso, es una violación al régimen de competencia especial del sector salud.

#### 12.1.4. Del intercambio de comunicación entre el IDSN y AESEENAR

La Delegatura tuvo acceso a las comunicaciones entre el **IDSN** y **AESEENAR**. En estas comunicaciones se evidencia que el **IDSN** cuestiona el comportamiento llevado a cabo por **AESEENAR** en el marco de las negociaciones para la contratación de la prestación de los servicios de salud entre las **ESE** y las **EPS**. En primer lugar, el 16 de agosto de 2013 el **IDSN** le solicitó a **AESEENAR** explicaciones para determinar si la asociación tenía "posición de dominio" en las negociaciones entre las **ESE** asociadas y las **EPS**. Esta negociación, de acuerdo con el **IDSN**, pudo afectar la voluntad de las partes en la celebración de los contratos para la prestación de servicios de salud<sup>126</sup>. **AESEENAR** contestó el oficio del **IDSN** el 26 de agosto de 2013 en los siguientes términos<sup>127</sup>:

*"En respuesta a su oficio radicado el día 23 de agosto me permito informarle que todas las aseveraciones hechas por el doctor FABIO ENRIQUEZ MIRANDA, Gerente General de la EPS/ MALLAMAS, son falsas y van en contravía de la equidad, la calidad, la oportunidad de la Prestación de Servicios en Salud por parte de las diferentes ESES de Nariño, porque el doctor FABIO ENRIQUE MIRANDA nunca asistió a las reuniones que le hiciera muy respetuosamente AESEENAR para tratar de llegar a un acuerdo en la contratación de la prestación de servicios de salud, e inclusive en la reunión que se llevó a cabo en la sala de juntas de la Dirección del Instituto Departamental de Salud de Nariño en la cual usted asistió, fue el único representante de las EPS que no asistió.*

*Se anexa oficio donde se insiste al Gerente de MALLAMAS para que asista de una manera concertada a las diferentes reuniones que se llevaron a cabo con las diferentes EPS Subsidiadas de Nariño.*

*Lo que no sucedió con los demás representantes de las otras EPS en el caso de ASMET SALUD, COMFAMILIAR, EMSSANAR, CAPRECOM que se llegó a un acuerdo de voluntades para la contratación de Prestación de Servicios de Salud para la vigencia 2013, con una UPC base de \$310.000 y un porcentaje de capitación que oscila entre el 50 y 55% de acuerdo a la capacidad instalada de las diferentes instituciones de salud". (subrayado fuera de texto)*

De la respuesta ofrecida por **AESEENAR** la Delegatura encuentra probado que la asociación sí se encargó de negociar los precios para la prestación de los servicios de salud en nombre de sus asociados con **ASMET SALUD**, **COMFAMILIAR**, **EMSSANAR** y **CAPRECOM**. Tanto es así que se logró un acuerdo de voluntades para la vigencia 2013. Sin embargo, existe una contradicción en su respuesta. Esto debido a que en comunicaciones con otras **EPS** como **EMSSANAR**, la asociación había impedido que las **EPS** se reunieran con las **ESE** de forma individual hasta que no se llegara a un acuerdo en la negociación con **AESEENAR**<sup>128</sup>.

En segundo lugar, para el año 2014 **AESEENAR** tuvo problemas para llegar a acuerdos con **EPS** como **EMSSANAR**, **COMFAMILIAR**, **CAPRECOM**, **MALLAMAS** y **ASMET SALUD**<sup>129</sup>. Debido a

<sup>125</sup> Folios 1347 y 1348 del cuaderno público No.8.

<sup>126</sup> Folio 291 y 292 del cuaderno público No.2.

<sup>127</sup> Folio 290 del cuaderno público No.2.

<sup>128</sup> Comunicación de 3 de febrero de 2014 enviada por AESEENAR a EMSSANAR. Folios 2018 y 2019 del cuaderno público No. 2.

<sup>129</sup> Folio 240 del cuaderno público No.2.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

esto, el 11 de marzo de 2014 la asociación le solicitó al **IDSN** intervenir en la negociación con las **EPS**.

*"Muy respetuosamente le solicitamos su intervención para lograr un acercamiento con las diferentes EPS (EMMSANAR, COMFAMILIAR, CAPRECOM, MALLAMAS Y ASMET SALUD), para tratar la contratación de prestación de servicios en salud. Lo anterior porque hasta la presente fecha no se ha llegado a ningún acuerdo a las propuestas y acercamientos realizados por AESEENAR con estas Instituciones, generando contratiempos y dificultades en el giro de los recursos, afectando la calidad y oportunidad de la prestación de los servicios".*

Por último, el 19 de febrero de 2015 el **IDSN** le solicitó explicaciones a **AESEENAR** frente a la negativa de contratación por parte de las **ESE** asociadas a **AESEENAR** con **EMSSANAR**<sup>130</sup>. En respuesta a la comunicación del **IDSN**, el 24 de marzo de 2015 **AESEENAR** manifestó<sup>131</sup>:

*"1. La Asociación de Empresas Sociales del Estado de Nariño "AESEENAR", ha venido liderando el proceso de contratación de prestación de servicios con los diferentes aseguradores, en el marco de lo dispuesto en el artículo 19 del decreto 1876 de 1994.*

*(...)*

*7. Hemos sido claros que la Asociación ha venido definiendo los criterios generales de contratación, pero cada representante legal de cada E.S.E., en base a los criterios generales realiza la contratación de manera individual de acuerdo a sus condiciones particulares.*

*Adicionalmente aprovecho la oportunidad para manifestarle, que a pesar de haber logrado algunos acuerdos frente a tarifas y UPC base de contratación con la EPS Emssanar a la fecha no se ha podido firmar contratos de prestación de servicios debido a los siguientes hechos:*

*1. Tenemos diferencias importantes en alguna cláusulas de la minuta que nos presenta la EPS., y en tanto no se llegue a un acuerdo sobre las mismas no será posible la firma de los contratos, por cuanto partimos de lo dispuesto en el decreto 4747 que la contratación es un acuerdo de voluntades, esto a pesar que desde el día 16 de diciembre de 2014 se le envió a la EPS un modelo de minuta para estudiar entre las parte, al respecto la EPS nunca respondió (...)"* (subrayado fuera de texto)

Del intercambio de comunicaciones entre el **IDSN** y **AESEENAR** la Delegatura evidencia varios elementos que dan cuenta de la conducta objeto de análisis. Primero, **AESEENAR** sí se encargó de negociar los precios para la prestación de los servicios de salud en nombre de sus asociados con **EPS** como **ASMET SALUD**, **COMFAMILIAR**, **EMSSANAR** y **CAPRECOM**. Segundo, la asociación solicitó al **IDSN** intervenir en la negociación con las **EPS** puesto que no se había podido llegar a un acuerdo con **EMSSANAR**, **COMFAMILIAR**, **CAPRECOM**, **MALLAMAS** y **ASMET SALUD**<sup>132</sup>. Tercero, el **IDSN** le solicitó explicaciones a **AESEENAR** frente a la no contratación de las **ESE** asociadas con **EMSSANAR**<sup>133</sup> debido a que este tipo de situaciones estaba afectando la prestación del servicio de salud en unos municipios del departamento de Nariño.

#### 12.1.5. Contradicciones en la información allegada por parte de AESEENAR

En el presente acápite se analiza la información allegada por parte de **AESEENAR** en respuesta a requerimientos de información realizados por la Delegatura durante la etapa de averiguación preliminar. De manera puntual se describirán las diferencias encontradas en relación con el contenido de las actas de reunión de asociados de **AESEENAR**. A pesar de que las actas de reunión de asociados hacen referencia a reuniones realizadas por la asociación en una misma fecha y hora, existen contradicciones en su contenido, particularmente en relación con los temas a tratar y los desarrollos del orden del día, entre otros aspectos sustanciales.

En primer lugar, **AESEENAR**, mediante comunicación identificada con radicado No. 14-103578-08 del 19 de junio de 2015<sup>134</sup>, remitió a la Delegatura unas actas de reunión de asociados. Estas actas, como ya se evidenció en acápites anteriores, corresponden a la evidencia que da cuenta de que la asociación fijaba los criterios de contratación entre las **EPS** y las **ESE** para los años 2013 y 2014. Cuatro años después, por un nuevo requerimiento de la Delegatura **AESEENAR**, mediante

<sup>130</sup> OID 2515. Path. 01\_AESEENAR.ad1/AESEENAR:C:\Users\AESEENAR/Downloads/img056.jpg

<sup>131</sup> OID 100392. Path. 01\_PC\_CAMILO\_ROMERO.ad1/C:\Windows [NTFS]/[root]/Users/AESEENAR/Documents/OFIOS AESEENAR/oficio idsn.doc

<sup>132</sup> Folio 240 del cuaderno público No.2.

<sup>133</sup> OID 2515. Path. 01\_AESEENAR.ad1/AESEENAR:C:\Users\AESEENAR/Downloads/img056.jpg

<sup>134</sup> Folios 612 a 625 del cuaderno público No. 3.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

comunicación identificada con radicado No. 14-103578-219 del 5 de julio de 2019<sup>135</sup>, remitió actas de reunión de asociados de 2013 a 2018. Sin embargo, una vez revisada la información se encontraron señales que darían cuenta de que las actas entregadas por **AESENAR** en la primera ocasión no son las mismas actas entregadas en la segunda fecha, a pesar de que corresponden a las mismas fechas de reunión.

### Imagen No. 1. Actas de reunión de asociados 11 de marzo de 2014

#### Acta de reunión del 11 de marzo de 2014 recibida por la Delegatura el 19 de junio de 2015

ACTA DE REUNION DE ASOCIADOS DE LA ASOCIACION DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE NARIÑO AESENAR

Fecha: 11 de Marzo de 2014.

#### TEMAS A TRATAR:

1. CONTRATACION DE SERVICIOS
2. PROPOSICIONES Y VARIOS.

Se da inicio a la reunión de asociados siendo las 9:30 am, toma la palabra el Dr. Edgar Burbano quien informa que la reunión tiene como objeto analizar la respuesta que han dado las EPS del régimen subsidiado a la propuesta que se les ha presentado para lograr contratar servicios para el presente año, se informa que se presentó tal como se acordó en la reunión anterior la propuesta que salió de la comisión que se conformó para trabajar sobre la misma.

Para algunos casos ya se hizo visita a los gerentes de las EPS para lograr acercamientos, me permito informarles que con algunos gerentes estuvimos reunidos con el Dr. Carlos Chavez Gerente de Caprecom, con quien se estuvo revisando la contratación para este año, el Dr. Carlos Chavez manifiesta que la situación de Caprecom es muy difícil y que incluso la nacional plantea la disminución de las tarifas para Nariño por cuanto son más altas que en el resto del País, igualmente manifestó que las actividades de promoción y prevención se contratará por evento a tarifas soat menos un 15%, al respecto nosotros le planteamos que no era posible trabajar con una upc menor a la del 2013 por cuanto a nosotros se no incrementan todos los costos de personal, medicamentos y demás gastos, adicionalmente se planteó que se bajaría lo de promoción y prevención a tarifas soat menos un 5%, en esos términos se llevo la conversación y para resumir la propuesta sobre la cual hay un preacuerdo es la siguiente:

1. Contratar con la misma UPC base del año 2013, contratos que se firmarían a mayo de 2014, por cuanto a partir de esa fecha se compromete el gerente de Caprecom a realizar un ajuste.
2. Las actividades de promoción y prevención el acuerdo es de tarifas soat 2014 menos el 5%, además se acordaron algunas tarifas por aparte:

VACUNAS 3.500  
DETARTRAJE. 90.000 POR PERSONA  
CONSEJERÍA VIH 12.000

Fuente: información del expediente<sup>136</sup>.

#### Acta de reunión del 11 de marzo de 2014 recibida por la Delegatura el 5 de julio de 2019



REUNION GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACION DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE NARIÑO "AESENAR"

FECHA: 11 de Marzo de 2014  
LUGAR: SEDE DE LA ASOCIACION CRA. 29 No. 15-34  
HORA: 9:00 A.M.

#### ORDEN DEL DIA

1. Llamada a lista y verificación del Cuórum
2. Revisión de Contratación.
3. Proposiciones y varios.

#### DESARROLLO DEL ORDEN DEL DIA

1. Se procedió a la verificación del quórum, asisten y responden un total de 18 asistentes que manifiestan su interés de pertenecer a la Asociación. Se anexa la lista firmada de los asociados asistentes al finalizar el acta.

2. Revisión de Contratos: Se procede a dar la palabra a los diferentes gerentes y asistentes a la reunión: los cuales manifiestan que:

Se ha generado preocupación por factores poco ortodoxos impuestos en los contratos por parte de las EPS y que se constituyen en causa de desequilibrio a favor de las EAPB y en posible perjuicio de las IFS. Estas cláusulas no han sido concertadas entre las partes suponen una imposición dentro de un proceso que debe caracterizarse por el acuerdo de voluntades.

3. Proposiciones y varios: se propone formar una comisión de revisión de minuta contractual para establecer anomalías o ríscos legales que estén allí incluidos, se plantea que al comisión debe contar con el apoyo de asesores con experiencia en este sentido y concimientos en derecho con lo cual se puede hacer un ejercicio neutral y muy técnico que permita realizar el balance adecuado de factores positivos y los que no lo son.

Siendo las 12 m se da por terminada la reunión. |

Como se puede observar, las actas corresponden a una misma reunión que debió ser llevada a cabo por **AESENAR** el 11 de marzo de 2014, entre las 9:00 a.m. y las 12 del mediodía. Sin embargo, estas dos actas contienen información diferente. Primero, el acta de reunión remitida 19 de junio de 2015<sup>137</sup> se encuentra firmada por **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** en calidad de presidente de junta directiva de **AESENAR**, mientras que el acta aportada el 5 de julio de 2019<sup>138</sup> no se encuentra firmada. Segundo, respecto del contenido del acta entregada en el 2015 se fijan lineamientos y se toman decisiones relacionadas con las propuestas de contratación que le presentaría la asociación a las **EPS** en nombre de las **ESE** que la conformaban. Por el contrario, en el acta entregada en el 2019 se hace referencia a la revisión de contratos para la prestación de los servicios de salud y a la "preocupación por factores poco ortodoxos impuestos en los contratos por parte de las EPS y que se constituyen en causa de desequilibrio a favor de las EAPB y en posible perjuicio de las IPS".

Llama la atención que, según el acta de reunión remitida el 5 de julio de 2019<sup>139</sup> por **AESENAR**, la discusión supuestamente giró en torno a preocupaciones de la asociación por el actuar de las **EPS** y a temas como la revisión de contratos para mitigar esas preocupaciones. Mientras que el acta de reunión remitida el 19 de junio de 2015<sup>140</sup> tuvo como eje de discusión aspectos totalmente diferentes, que son los que cobran relevancia para el presente acto administrativo.

<sup>135</sup> Folios 1551 a 1554 del cuaderno público No. 9.

<sup>136</sup> Folios 612 a 625 del cuaderno público No. 3 y folios 1551 a 1554 del cuaderno público No. 9.

<sup>137</sup> Folios 612 a 625 del cuaderno público No. 3.

<sup>138</sup> Folios 1551 a 1554 del cuaderno público No. 9.

<sup>139</sup> Folios 1551 a 1554 del cuaderno público No. 9.

<sup>140</sup> Folios 612 a 625 del cuaderno público No. 3.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

Adicionalmente, la Delegatura encontró que existen dos versiones de lo que se conversó por parte de la asociación en reunión del 11 de marzo de 2014. En tal medida vale la pena destacar que del análisis de la información allegada por **AESEENAR** el 5 de julio de 2019 se encontró que el acta de reunión fue elaborada y modificada el 27 de diciembre de 2018, tal y como se puede apreciar a continuación:

Imagen No. 2. Actas de reunión de asociados 11 de marzo de 2014

Fuente: elaboración Superintendencia con base en la información del expediente<sup>141</sup>.

Lo anterior cobra relevancia si se tiene en cuenta que la fecha de elaboración y modificación del documento (27 de diciembre de 2018) es posterior, aproximadamente en 4 años, a la fecha en que la reunión documentada se llevó a cabo. De igual forma, en comunicación del 5 de julio de 2019<sup>142</sup> **AESEENAR** remitió actas de reunión de asociados desde el año 2014 hasta el año 2018. Todas tienen como fecha de elaboración y modificación el 27 de diciembre de 2018. La fecha de elaboración de las actas coincide con la fecha en la que se realizó la segunda vista administrativa por parte de la Delegatura a **AESEENAR** –4 y 5 de diciembre de 2018<sup>143</sup>-. Esta situación hace evidente que **AESEENAR** pretendió ocultarle a la autoridad de competencia las acciones que había tomado respecto de la contratación de los servicios de salud desde entre los años 2013 y 2018.

## 12.2. Imputación jurídica

En el presente acápite se presentarán las razones por las que **AESEENAR** habría infringido lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. Como se expuso en la imputación fáctica, **AESEENAR** incurrió en la conducta descrita en esa regla debido a que habría falseado la libre competencia económica en el mercado de contratación de servicios de salud. Esto lo pudo realizar a través de su posición como agremiación de **ESE**, mediante la negociación directa con las **EPS** y a través de amenazas encaminadas a impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Con el fin de exponer la imputación jurídica en este acápite la Delegatura iniciará con unas consideraciones previas y, a continuación, presentará la imputación jurídica concreta. En las consideraciones previas se expondrá un análisis jurídico sobre el derecho de asociación, la libertad de empresa y las limitaciones en su aplicación. Adicionalmente, se analizará el artículo 19 del Decreto 1876 de 1994. Teniendo en cuenta la imputación fáctica y las consideraciones previas, la Delegatura realizará la imputación jurídica con la debida explicación de los elementos que configuraron la conducta investigada.

### 12.2.1. El derecho de asociación, libertad de empresa y la libre competencia económica

El derecho de libre asociación está amparado en el artículo 38 de la Constitución Política<sup>144</sup>. El artículo establece que tanto a las personas naturales como jurídicas se les otorga la suficiente

<sup>141</sup> Folios 1551 a 1554 del cuaderno público No. 9.

<sup>142</sup> Folios 1551 a 1554 del cuaderno público No. 9.

<sup>143</sup> Folios 1320 a 1364 del cuaderno público No. 8.

<sup>144</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 38. "Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad."

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

facultad para unirse y formar asociaciones encaminadas a velar por los intereses de los asociados y la consecución de fines comunes<sup>145</sup>. Además, para esta Delegatura es claro que la asociación cumple importantes roles en el diseño de la política industrial y la representación política de sus miembros frente al gobierno y a la sociedad.

No obstante, el derecho de asociación no es absoluto. La asociación entre sociedades comerciales no puede ser el marco para configurar conductas restrictivas de la libre competencia económica. Por lo tanto, el derecho de asociación encuentra un límite establecido en el artículo 333 de la Constitución Política<sup>146</sup>. Esta postura fue adoptada por la autoridad de competencia en diferentes casos<sup>147</sup>. De estos pronunciamientos se destaca lo dispuesto en la Resolución No. 41687 del 5 de agosto de 2011, en la que la autoridad de competencia sancionó a la Asociación de Hospitales de Risaralda (ASHORALDA) por infringir la prohibición consagrada en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. El acto administrativo tiene el siguiente contenido:

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

*No obstante, algunas de las actividades desarrolladas por esta clase de asociaciones pueden restringir la libre competencia, vulnerar los intereses de los consumidores o de los demás agentes económicos. Por tanto, dichas entidades deben abstenerse de adoptar decisiones, implementar normas o recomendaciones o desarrollar otras actividades que puedan tener el potencial para restringir o falsear la libre y leal competencia conforme con lo dispuesto por la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 y las disposiciones relacionadas de la Ley 1340 de 2009.*

*(...)*

*En este sentido podrían considerarse como restrictivas de la competencia actuaciones de las asociaciones encaminadas a determinar la publicidad, los estándares técnicos, compartir información que por su naturaleza debería ser reservada entre competidores o determinar las condiciones contractuales que deben tener los asociados". (Subrayado fuera de texto)*

Como se aprecia, las asociaciones no pueden determinar las decisiones empresariales ni las condiciones contractuales de sus asociadas. En la Resolución No. 56816 de 2014 esta Superintendencia sancionó a la Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia (AESA) y, además de establecer los límites a los que se deben enfrentar las asociaciones con fundamento en el derecho a la libre competencia económica, estableció que las asociaciones pueden ser sujetos de investigación:

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

Para la autoridad de competencia es reprochable que una asociación sea empleada para fijar lineamientos o determinar las condiciones contractuales que están en cabeza de cada asociado porque las asociaciones deben cumplir con el régimen de libre competencia. En el sector salud esta conclusión es evidente, pues el régimen especial aplicable a ese sector estableció una prohibición clara a las asociaciones y colegios de científicos. En estos casos no se pueden adoptar medidas que violen el régimen de libre competencia o que impidan el normal funcionamiento del mercado de la prestación de servicios de salud.

<sup>145</sup> Corroborado por la Corte Constitucional en sentencia C-865/04, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, en el entendido en que afirmó que el derecho de libre asociación tiene como fin:

*"(...) la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico".*

<sup>146</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-792 de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

<sup>147</sup> Resolución No. 23890 del 29 de abril de 2011 (Caso UCEP), Resolución No. 33141 de 2011 (Caso PROCAÑA y AZUCARI).

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

### 12.2.2. Análisis del artículo 19 del Decreto 1876 de 1994 (finalidad de conformar asociaciones de ESE)

La Delegatura analizará lo relacionado con la finalidad de crear asociaciones de ESE de que trata el Decreto referido. Este análisis se llevará a cabo debido a que AESEAR<sup>148</sup> justificó su conducta en estar supuestamente facultada para fijar en bloque los lineamientos contractuales y tarifas para la prestación de servicios de salud de todas las ESE. El artículo que AESEAR mencionó para justificar su comportamiento es el siguiente:

**"Artículo 19.- Asociación de Empresas sociales del Estado. Conforme a la ley que las autorice o a los actos de las corporaciones administrativas de las entidades territoriales, las Empresas Sociales del Estado podrán asociarse con el fin de:**

1. Contratar la compra de insumos y servicios,
2. **Vender servicios o paquetes de servicios de salud,** y
3. Conformar o hacer parte de Entidades Promotoras de Salud."

La interpretación de AESEAR sobre el alcance de la norma citada no la comparte la Delegatura. Esto debido a que la Superintendencia Nacional de Salud, en la Circular Externa 67 de 2010<sup>149</sup> y en el Concepto Externo No. 1478 de 2012<sup>150</sup>, se ha pronunciado previamente sobre el alcance de los fines por los que agentes como las ESE se pueden asociar para fines comerciales. La autoridad en salud ha manifestado que es completamente válido que las ESE se asocien, a través de consorcios o uniones temporales, para prestar los servicios de manera conjunta. Este tipo de asociación permite que, debido a la estructura de negocio que se configura, las ESE puedan vender servicios de manera conjunta o paquetes de servicios.

En el caso concreto de AESEAR, esta Delegatura verificó que la asociación no fue creada con fines comerciales sino con fines gremiales, específicamente fue creada con el fin de representar a las ESE asociadas ante el gobierno y la sociedad<sup>151</sup>. Por lo tanto, no tenía la intención de que sus agremiadas se asociaran con el fin de prestar conjuntamente los servicios que cada una ofrece. Al respecto EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ (Presidente de AESEAR), en declaración del 19 de diciembre de 2018, admitió que esa asociación fue conformada para capacitarse respecto de las normas en salud, en modelos de atención en el servicio de salud y para apoyar al IDSN:

**"EDGAR BURBANO:** Decidimos nosotros crear una asociación. Pero una asociación con objetivos de beneficio a una prestación de servicio, porque gracias a eso el departamento de Nariño, si ustedes lo miran es el departamento que con menos instituciones en riesgo financiero están. (...)

**EDGAR BURBANO:** Entonces nos asociamos nosotros para conformar esta asociación, pero aquí yo debo aclarar, porque veo una mala interpretación que la asociación es un mercader de la prestación del servicio, y nosotros nunca, nunca hemos hecho ningún contrato con ninguna EPS, con ninguna institución para vender un servicio porque nosotros somos gerentes de una empresa social del estado vigentes para prestar el servicio de salud en nuestro municipio.

**EDGAR BURBANO:** Entonces nosotros conformamos la asociación ¿para qué? Para capacitarnos, para estar al día en las normas. Porque cada día desde hace diez años el cambio de las normas en salud ha sido grande, para capacitarnos en las normas, para capacitarnos en un nuevo modelo de

<sup>148</sup> Folios 395 y 396 del cuaderno público No. 2, folio 400 y 421 de los cuadernos públicos No.2 y 3, folios 422 y 423; y 424 y 425 del cuaderno público No. 3; y OID 2089. Path. 01\_AESEAR.ad1/AESEAR:C:\Users\VAESEAR\Desktop/oficio idsn.doc

<sup>149</sup> [https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/OtraNormativa/C\\_SNS\\_0067\\_2010.pdf](https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/OtraNormativa/C_SNS_0067_2010.pdf)

<sup>150</sup> [https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Conceptos/CTO\\_SNS\\_0001478\\_2012.pdf](https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Conceptos/CTO_SNS_0001478_2012.pdf) consulta el 1 de agosto de 2019.

<sup>151</sup> "Objeto social. Promover el desarrollo integral de las entidades asociadas protegiendo su patrimonio y sus intereses, realizando actividades y controles necesarios para el mejoramiento continuo, generando políticas al interior de la asociación, lo cual permitirá mejorar la eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, la calidad de vida de la población objeto de atención, fortaleciendo la red hospitalaria en el departamento de Nariño".

"Funciones: 1. Promover el desarrollo integral de las entidades asociadas 2. Desarrollar en los asociados el sentido de pertenencia sobre la Asociación. 3. Promover la cultura de asociación, respeto, apoyo y dedicación entre los asociados y sus estamentos. 4 Estimular la participación de las entidades asociadas en el diseño y ejecución de planes, políticas, programas, proyectos, y actividades conjuntas o vinculadas al desarrollo territorial que redunden en el beneficio económico y social de las comunidades. 5. Garantizar rentabilidad y seguridad financiera 6. Producir y comercializar bienes y servicios requeridos por los asociados para el cumplimiento de sus respectivos objetos, misiones y visiones institucionales. 7. Gestionar empréstitos con entidades nacionales o internacionales, con el fin de implementar y fortalecer la capacidad logística e institucional de las asociadas. 8. Ser Voceros ante el gobierno nacional y departamental de la red hospitalaria de Nariño".

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

atención en el servicio de salud, para apoyar al Instituto Departamental de Salud en el documento red (...)”<sup>152</sup>.

Como se evidencia, la asociación no tiene la capacidad para suscribir contratos comerciales porque no presta servicios de salud. **AESEENAR** solo actúa como vocera de las **ESE** y para cumplir fines gremiales. Por lo tanto, las atribuciones que esta asociación asume, tales como negociar de manera directa los contratos con las **EPS**, fijar el alcance de los contratos y el precio, desborda el alcance del artículo 19 citado.

Por lo anterior, la Delegatura concluye que **AESEENAR** no fue conformada como una unión temporal o consorcio con el fin de vender servicios o paquetes de servicios de manera conjunta por las **ESE**. Por el contrario, se evidencia que **AESEENAR** fue creada con fines gremiales y no comerciales. Sin embargo, en la práctica la asociación utiliza de manera errada la habilitación contenida en el artículo analizado con el fin de justificar su actuar anticompetitivo. Este comportamiento se configuró a través de la negociación de manera directa de los contratos de servicios de salud que prestarían las **ESE** a las **EPS** y mediante la obstrucción de la posibilidad de que los agentes en el mercado fijen las condiciones contractuales libremente.

### 12.2.3. La infracción al artículo 4° del Decreto 1663 de 1994 por parte de **AESEENAR**

Las circunstancias referidas en el acápite de la imputación fáctica constituyen prueba de la infracción del artículo 4° del Decreto 1663 de 1994, en desarrollo de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992. La norma referida tiene el siguiente contenido:

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

El artículo antes citado tiene por finalidad garantizar la libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios del sector salud. Para este fin, prohíbe que las asociaciones de **ESE** adopten decisiones o políticas internas que tengan por objeto o como efecto:

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

En el caso concreto, la Delegatura evidenció que **AESEENAR** –agremiación que reúne varias **ESE** del departamento de Nariño– adoptó decisiones y políticas internas que tuvieron como objeto y efecto, restringir y falsear la libre competencia económica en la contratación de la prestación de los servicios de salud. Además, adoptó decisiones y políticas internas con el objeto de impedir, restringir e interrumpir la prestación de los servicios de salud en ese departamento como retaliación a la negativa de las **EPS** de negociar los contratos con **AESEENAR** directamente. Todo lo anterior fue descrito en el acápite titulado "12.1. Imputación fáctica".

Teniendo en cuenta que **AESEENAR** incurrió en la prohibición objeto de análisis, a continuación, se procede a analizar la responsabilidad de las personas naturales y se expondrá el potencial impacto en el mercado que generó el actuar de **AESEENAR**.

### 12.2.4. Responsabilidad de las personas naturales

Según lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, es sujeto de sanción cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia. Con fundamento en todo el material probatorio que ha sido presentado en este acto administrativo,

<sup>152</sup> Folios 1444 a 1445 del cuaderno público 9. Minutos 27:40 y 28:18

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

la Delegatura encontró que **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** (presidente y representante legal de **AESEENAR**) contribuyó, por acción, a la realización de las conductas restrictivas de la competencia por las que se investiga a **AESEENAR**. Adicionalmente, el material probatorio citado también permite concluir que el presidente de la asociación toleró la conducta ilegal, pues además de que estaba enterado de su realización y de que tenía las facultades para impedir su continuación, se abstuvo de hacerlo.

La conducta de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** se evidenció en cada uno de los elementos materiales probatorios descritos en la imputación fáctica. La conducta del presidente de **AESEENAR** se desplegó desde la fijación de los términos de contratación, la negociación directa con las **EPS** sin permitir la negociación entre las **ESE** y las **EPS** de manera libre y la implementación de medios coercitivos con el fin de asegurar la contratación de acuerdo a las condiciones previamente fijadas por la asociación.

### 12.2.5. Afectación al usuario

De acuerdo con la caracterización realizada en el apartado sobre el mercado afectado, la Delegatura identificó que en la zona geográfica afectada en el departamento de Nariño existen **ESE** que operan como única **IPS** habilitada como prestador de servicios de salud en determinados municipios. Para demostrar lo anterior la autoridad de competencia tomó una muestra de ocho **ESE** de forma aleatoria y verificó la cantidad de población afiliada en esas zonas concretas. El ejercicio arrojó que, para la muestra seleccionada, la **ESE** que operaba como único prestador de servicios de salud también estaba asociada a **AESEENAR**. La siguiente tabla muestra este resultado.

**Tabla No. 3. ESE asociadas a AESEENAR que prestan su servicio de salud como único proveedor del Municipio**

Municipio	ESE	Años de afiliación	# de afiliados régimen subsidiado	# de afiliados régimen contributivo
Potosí	Centro Hospital Luis Antonio Montero	2013- 2014 y 2016-2017	12.8844	158
Gualmatán	Centro de Salud Señor de los Milagros ESE	2013-2018	6.022	73
La Florida	Centro Hospital de La Florida ESE	2013-2018	9.043	155
Yacuanquer	Centro de Salud Saludya ESE	2013-2015 y 2017-2018	9.079	216
Ancuyá	Centro de Salud Ancuyá ESE	2013-2018	8.715	320
Guaitarilla	ESE Guaitarilla	2013-2017	13.026	104
Guachucal	Hospital Guachucal ESE	2014-2018	18.270	359
Arboleda	ESE Centro de Salud San Miguel	2013-2015 y 2018	7.644	133

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en datos tomados de **ADRES**<sup>153</sup>.

Las **ESE** que se muestran en la tabla anterior han estado relacionadas de forma frecuente en los últimos años con **AESEENAR**, pero afiliadas en periodos distintos. El hecho de que exista una sola **ESE** habilitada en algunos municipios de la zona geográfica afectada, implica que los lineamientos establecidos por **AESEENAR** en las negociaciones con las **EPS** tienen un mayor impacto en la prestación del servicio de salud de la población objeto de cada una de esas **ESE**. Entonces, si para las **EPS** no existe otra posibilidad de negociación con otra **ESE** o con alguna **IPS** de carácter privado o mixto, dado que solo existe un único prestador en el municipio, las **EPS** están prácticamente obligadas a contratar con la **ESE**. Ahora bien, si a la negociación entre las **EPS** y las **ESE** se le suma un factor como la intervención de **AESEENAR**, las condiciones de negociación se distorsionan aún más debido a que los elementos a negociar ya no están vinculadas a las características de cada **ESE** particular, sino a unas condiciones estándares que no necesariamente tienen en cuenta factores como la población objetivo, la calidad del servicio, capacidad instalada y los servicios ofrecidos particularmente por cada **ESE**.

<sup>153</sup> **ADRES.** Sistema de consulta de la base de datos única de afiliados Ver: <https://www.adres.gov.co/BDUA/Estad%C3%ADstica/Reporte-afiliados-por-departamento-y-municipio>. Fecha de consulta: 16 de julio de 2019.

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

El hecho de que las condiciones de negociación no sean autónomas para cada **ESE** sino que dependan del poder ejercido por una asociación de forma grupal, afecta la dinámica del mercado de prestación de servicios de salud y tiene efectos en el mercado de afiliación entre los usuarios y las **EPS**. Esto debido a que en el caso en el que las negociaciones no se realicen en los términos y condiciones fijados por **AESEENAR**, la asociación puede tomar acciones coercitivas frente a los servicios de prestación. Esta situación se ha presentado en la medida en que **AESEENAR**, ante solicitud de las **EPS** para negociar de forma individual la contratación con cada **ESE**, le ha planteado a sus **ESE** asociadas que suspendan la prestación de los servicios de salud si las **EPS** no contratan bajo las condiciones propuestas. Es importante recalcar que la salud como parte del servicio público esencial de seguridad social también se ciñe al principio de libertad individual. Al respecto la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-745/13 reiteró el derecho a la libre escogencia de **IPS** por parte del usuario y el derecho de la **EPS** a escoger con que **IPS** contratar o celebrar convenios siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad.

En otro sentido, existen otros municipios de la zona geográfica afectada en el departamento de Nariño en donde las **ESE** asociadas a **AESEENAR** no actúan como único proveedor habilitado para prestar los servicios de salud. No obstante, el poder de negociación de **AESEENAR** se mantiene en este escenario, debido a que existe una restricción de carácter normativo contenida en el artículo 16 de la Ley 1122 de 2007<sup>154</sup>. Esta norma impone a las **EPS** del régimen subsidiado la obligación de contratar un mínimo del 60% de su gasto en salud con las **ESE** del municipio de residencia del afiliado. De esto la Delegatura infiere que la situación genera un alto poder de negociación por parte de **AESEENAR**, pues representa varias **ESE** del departamento y de esta manera puede establecer directrices en la negociación y la contratación de los asociados con las **EPS** de forma grupal y deliberada.

El actuar de **AESEENAR** resulta reprochable teniendo en cuenta que, aprovechando su poder de negociación, ha convocado a sus **ESE** afiliadas a que interrumpan los servicios de salud si la contratación no se realiza en los términos propuestos por la asociación. Si estas medidas son llevadas a cabo o cumplidas en última instancia como retaliación a la no aceptación de las condiciones de negociación por parte de una **EPS**, pueden ocasionar consecuencias adversas para la población afiliada al **SGSSS** en los municipios en los cuales se realizaría un eventual cese de actividades. Una situación problemática como esta cobra mayor riesgo en la afectación al usuario teniendo en cuenta que en cada municipio que no tenga un casco urbano ampliamente desarrollado, la población tiene por lo general una sola opción para acudir a la prestación de los servicios de salud y en consecuencia sus opciones de desplazamiento a otros municipios representarían costos asociados muy altos que al final derivaría en ineficiencias para el mercado y especialmente para el usuario. La siguiente tabla expone las opciones de desplazamiento que tiene la población de los municipios que se tomaron como muestra del ejercicio de la tabla No. 3. con respecto a los municipios vecinos.

**Tabla No. 4. Tiempo de traslado entre municipio y su municipio vecino en distancia en kilómetros y tiempo**

Municipio origen	Municipio vecino	Distancia en kilómetros	Tipo de transporte	Tiempo estimado del traslado
Potosí	Córdoba	19	Terrestre	30 min
	Ipiales	9	Terrestre	10 min
Gualmatán	Contadero	43	Terrestre	40 min
	Pupiales	12	Terrestre	15 min
	Iles	13	Terrestre	20 min
	Ipiales	23	Terrestre	30 min
Guachucal	Sapuyes	18	Terrestre	20 min
	Mallama	45	Terrestre	1 hora
	Cumbal	8	Terrestre	10 min
	Cuaspud	30	Terrestre	30 min
	Aldana	17	Terrestre	30 min
	Pupiales	29	Terrestre	30 min
Ancuyá	Linares	18	Terrestre	1 hora
	Guaitarilla	21	Terrestre	1 hora
	Samaniego	45	Terrestre	1 hora
	Túquerres	36	Terrestre	2:39 min

<sup>154</sup> "(...) Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutoria. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%) (...)." 4

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

	Sandoná	27	Terrestre	1:12 min
	Consacá	22	Terrestre	45 min
Guaitarilla	Samaniego	35	Terrestre	1 hora
	Ancuyá	21	Terrestre	1 hora
	Consacá	37	Terrestre	30 min
	Yacuanquer	52	Terrestre	1 hora
	Imues	22	Terrestre	40 min
	Túquerres	14	Terrestre	20 min
	La Florida	El Tambo	13	Terrestre
Pasto		24	Terrestre	30 min
Chachagui		51	Terrestre	1 hora
Nariño		9	Terrestre	10 min
Sandoná		21	Terrestre	1 hora
Yacuanquer	Pasto	24	Terrestre	30 min
	Consacá	27	Terrestre	30 min
	Imues	32	Terrestre	40 min
	Guaitarilla	52	Terrestre	1 hora
	Tangua	7	Terrestre	10 min

Fuente: Elaboración Superintendencia con datos IDSN<sup>155</sup>.

La información analizada en la tabla anterior evidencia que las alternativas que tiene un usuario para desplazarse de un municipio a otro, con el objetivo de buscar atención médica, le implicará incurrir en costos adicionales, como el transporte terrestre y disposición de tiempo para el desplazamiento. Debido a esto, si se obstruyera la prestación del servicio de salud en alguno de los municipios como consecuencia de las dificultades en la negociación entre las **ESE** y las **EPS** teniendo como intermediario a **AESEENAR** el principal afectado sería el usuario. Esto evidencia que las dificultades en la negociación y posterior contratación entre las **EPS** y las **IPS** –mercado de prestación de servicio de salud– tiene repercusiones negativas en la prestación del servicio de salud a los usuarios finales –mercado de aseguramiento– ofrecidos por las **EPS** a sus usuarios.

Por esta razón, el hecho de que **AESEENAR** negocie de manera conjunta, directa y estandarizada con las **EPS** sin tener en cuenta los factores particulares de cada **ESE** genera un potencial efecto negativo en los usuarios afiliados al **SGSSS**. Estos usuarios pueden verse afectados en términos de atención y calidad por factores como la capacidad de las instalaciones de cada **ESE**, el personal médico calificado, el número de consultorios de los prestadores y, en términos más amplios, en la prestación efectiva de servicios de salud.

En mérito de lo expuesto,

#### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS** contra la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO (AESEENAR)** (Nit. 900.602.125-0) para determinar si incurrió en la conducta establecida en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

**ARTÍCULO SEGUNDO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS** contra **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** (C.C. 15.810.960) con el fin de determinar si infringió lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado el comportamiento de **AESEENAR** de acuerdo con lo establecido en el **ARTÍCULO PRIMERO**.

**ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente resolución a las personas referidas en el **ARTÍCULO PRIMERO** y en el **ARTÍCULO SEGUNDO** de este acto administrativo. Eso con el fin de que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación los investigados lleven a cabo los actos procesales previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, en cuanto a la solicitud o aporte de las pruebas que pretendan hacer valer, ofrecer las garantías suficientes de que se suspenderá o modificará la conducta por la cual se les investiga y presentar descargos frente a la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos.

**PARÁGRAFO:** En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días de la remisión de la comunicación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la

<sup>155</sup> Ver: [http://idsn.gov.co/site/web2/images/edocs/docum\\_red\\_svcios\\_narino\\_diagnostico.pdf](http://idsn.gov.co/site/web2/images/edocs/docum_red_svcios_narino_diagnostico.pdf). fecha de consulta 17 de julio de 2019

"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"

Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012, la notificación se llevará a cabo por medio de aviso que se remitirá a la dirección o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo.

**ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR** el presente acto administrativo una vez surtida la notificación, en cumplimiento del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y al **INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO**.

**ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR** la publicación de la presente resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos en la página web de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 156 y 157 del Decreto 19 de 2012, con el fin de que dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la fecha de publicación intervengan los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en la investigación, aportando las consideraciones y pruebas que pretenda hacer valer.

**ARTÍCULO SEXTO: ORDENAR** a los investigados que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, publiquen el siguiente texto en un diario de amplia circulación regional o nacional:

*"Se informa que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. \_\_\_\_\_ de 2019 abrió investigación y formuló pliego de cargos en contra de la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO (AESENA)** (Nit. 900.602.125-0) porque habría incurrido en la conducta establecida en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.*

*A través de esta Resolución también se abrió investigación y se formuló pliego de cargos en contra de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** (C.C. 15.810.960), con el fin de determinar si infringió lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debido a que habría autorizado y ejecutado el comportamiento de la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO (AESENA)**.*

*En los términos previstos en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 157 del Decreto 19 de 2012, los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en la presente investigación, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, podrán intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretenda hacer valer al expediente radicado con el número 14-103578, el cual está en la Superintendencia de Industria y Comercio."*

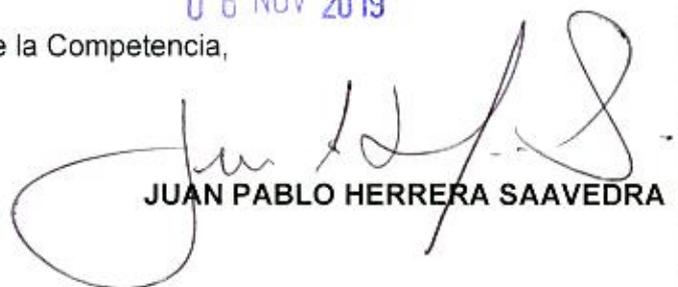
**ARTÍCULO SÉPTIMO:** Contra la decisión contenida en el presente acto administrativo no procede recurso alguno, en los términos del artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

#### NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los

06 NOV 2019

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,



**JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA**

Proyectó: S.M.S., L.A.E.E., A.J.R.I., S.A.T.R.  
Revisó: M.C.G.C., F.M.R.  
Aprobó:

#### NOTIFICAR:

**ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO (AESENA)**

NIT. 900.602.125-0

Representante Legal: **EDGAR ALBERTO BURBANO**

**MARTÍNEZ** (C.C. 15.810.960) o quien haga sus veces

Carrera 29 No. 15-34 Barrio San Andrés – Pasto, Nariño

Correo electrónico: aesenar2013@gmail.com

*"Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos"*

**PERSONA NATURAL:**

**EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**

C.C. 15.810.960

Carrera 29 No. 15-34 Barrio San Andrés – Pasto, Nariño

Correo electrónico: aesenar2013@gmail.com

**COMUNICAR:**

**MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**

Nit. 900.474.727-4

Carrera 13 No. 32-76 piso 1, Bogotá D.C.

**INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO**

Nit. 891.280.001-0

Calle 15 No. 28 - 41 Plazuela de Bomboná - San Juan de Pasto, Nariño

he