



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 31043 DE 2011
(11 MAY 2011)

Radicación No. 10-025065

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA, en ejercicio de sus facultades legales, en especial las que le atribuye el artículo 8, numerales 3° y 5° del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 4° del Decreto 1687 de 2010 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que la libre competencia económica es un derecho de todos, e impone al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

SEGUNDO: Que el artículo 143 de la Ley 446 de 1998, establece que "[l]a Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas."

TERCERO: Que la Corte Constitucional manifestó en sentencia C-649 de 2001¹, que la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con facultades administrativas para conocer de casos sobre competencia desleal, precisando que son administrativas aquellas "atribuciones tales como las de imponer las sanciones pecuniarias y las multas que contemplan los artículos 4.15 y 4.16 del D.2153/92, mantener un registro de las instrucciones adelantadas, **abstenerse de dar curso a las quejas que no sean significativas** o dar por terminada la investigación si se otorgan garantías de suspensión o modificación de la conducta investigada". Adicionalmente, la Corte Constitucional precisó en la sentencia ya referida, que las competencias administrativas que le otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio el artículo 143 de la Ley 446/98, las ejerce la Superintendencia, "ya no a prevención con los jueces de la República, sino en cumplimiento de sus propias funciones."

CUARTO: Que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la SIC en materia de protección de la competencia "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y **dar trámite a aquellas que sean significativas** para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-649/01, Magistrado ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Referencia: expediente D-3278. Bogotá, D.C., junio 20 de 2001.

RESOLUCIÓN NÚMERO 31043 DE 2011 Hoja N°. 2

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

QUINTO: Que el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 establece que “[l]a Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación”.

SEXTO: Que el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 establece que la Superintendencia de Industria y Comercio “conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, **así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones de competencia desleal**”.

SÉPTIMO: Que teniendo en cuenta que el Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010, determina que es competencia de esta Entidad “[c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”, se hace necesario analizar si la conducta denunciada resulta significativa para afectar los intereses del mercado.

OCTAVO: Que mediante comunicación del 3 de Marzo de 2010, JOSE DEL CARMEN AYA MORENO, en calidad de Director Local de Salud de la Alcaldía de Flandes, Tolima informa que CAPRECOM EPS, durante el proceso de traslado de afiliados del régimen de seguridad social en modalidad subsidiada EPSS, realizado en el departamento del Tolima CAPRECOM EPS., promocionó los servicios de su IPS San Rafael de niveles II, III y IV, contrariando disposiciones no específicas de competencia desleal.

Cabe anotar que para la prestación de servicios de salud, y por ser colindante al Municipio de Girardot, el Hospital San Rafael es el hospital más cercano al municipio, que solo cuenta con un Hospital de nivel 1.

NOVENO: Que la denuncia arriba citada, se fundamenta, en síntesis, en el siguiente hecho:

Que el artículo 34 de el Acuerdo 415 de 2009 establece que dentro del proceso de traslado de personas dentro del régimen subsidiado de salud de una EPS a otra, están prohibidos el ofrecimiento de incentivos a los usuarios.

DÉCIMO: Que mediante memorando 10-25065-9 del 27 de Octubre de 2010 este Despacho procedió a abrir investigación preliminar por las posibles conductas de competencia desleal dentro del proceso de traslados en el municipio de Flandes, Tolima.

DÉCIMO PRIMERO: Que dentro de la averiguación preliminar no se practicaron pruebas, por haber suficiente ilustración con el acervo probatorio aportado en la etapa de queja.

DÉCIMO SEGUNDO: Que para se tipifique un comportamiento de competencia desleal Administrativa, se deben presentar cuando menos los siguiente presupuestos: i) la existencia de conductas de disputa de una clientela (Actos de Competencia), (ii) que dichos comportamientos sean catalogados como desleales y (iii) que la conducta objeto de reproche afecta el interés general del mercado y no intereses particulares. Bajo este esquema, en el caso objeto de análisis se encontró:

RESOLUCIÓN NÚMERO 31043 DE 2011 Hoja N°. 3

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- a) La denuncia se fundamenta en una pérdida de usuarios por parte de las EPS como resultado de actividades de venta puerta a puerta en desarrollo del proceso de traslado desarrollado por el Acuerdo 415 de 2009².
- b) Analizando la presunta conducta de la EPS CAPRECOM debe tenerse en cuenta el Art. 34, Parágrafo 3 del Acuerdo 415 de 2009, que reglamenta los traslados entre usuarios de EPSS, dispone que esté prohibida la promoción de incentivos.

Ahora, los incentivos para el efecto del acuerdo 415 de 2009 se refieren a aquellas operaciones no autorizadas en virtud del numeral 7 Artículo 14 Decreto 1495 de 1994 que establece que las EPS deben abstenerse de introducir prácticas que afecten la libre escogencia tales como ofrecer incentivos para lograr la renuncia de la persona afiliada (como tratamientos anticipados o especiales de enfermedades sujetas a periodos mínimos de cotización, así como bonificaciones, pagos de cualquier naturaleza o condiciones especiales para parientes en cualquier grado de afinidad o consanguinidad).

En el caso en concreto no se observa que la promoción de los servicios de su IPS como parte de los servicios generales de la EPS se enmarque dentro de la categoría de incentivos, por lo cual no se observa vulneración de la norma.

- c) Asumiendo que las presuntas actividades ilegítimas tenían como objetivo aumentar su clientela en todo el departamento, se buscó determinar si efectivamente hubo una variación importante en los porcentajes de participación de las EPS en el municipio de Flandes – Tolima por causa de los procesos de traslado, a partir de esta premisa, se comparó el número de afiliados de cada empresa y su porcentaje dentro del mercado de afiliación en el régimen subsidiado de salud en el municipio de Flandes, Tolima antes del proceso de traslado (actualizaciones realizadas hasta marzo de 2010) y se comparó con la información publicada en Octubre de 2010 de los contratos suscritos en Julio de 2010, que son resultado del proceso de traslado realizado en el periodo Enero- Marzo de 2010. Lo expuesto se aprecia en la siguiente tabla:

EPS NUMERO DE AFILIADOS MUNICIPIO FLANDES MARZO - JUNIO 2010					
	MARZO	% Marzo	JUNIO	% Junio	VARIACION %
COMFENALCO	3211	25,3%	2.901	20,9%	4,4%
CAPRECOM EPS	5751	45,2%	7.576	54,5%	-9,2%
SALUDVIDA	0	0,0%	2	0,0%	0,0%
COMPARTA	3751	29,5%	3.426	24,6%	4,9%
TOTAL	12713		13.905		

Fuente: FOSYGA Cálculos SIC

² El acuerdo 415 de 2009, es una resolución del Consejo Nacional De Seguridad Social En Salud que regula el procedimiento de escogencia o traslado de los usuarios a las EPSS. En su Art. 18 establece los deberes mínimos de los Entes Territoriales dentro del proceso de contratación (el cual se realiza cada 6 meses) y Art. 34 y 35, establece que dentro de tales proceso las EPS deberán realizar la publicidad de sus servicios sin utilizar mecanismos de venta puerta a puerta o realizando conductas de competencia desleal.

RESOLUCIÓN NÚMERO 31043 DE 2011 Hoja N°. 4

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

De lo anterior, se tiene como resultado que la participación de las EPS no sufrieron modificaciones sustanciales en la participación de usuarios, resultado del proceso de traslado del año 2010.

- d) En efecto, dada la manera en que se habría presentado la conducta, este Despacho considera que la misma no tendría la potencialidad de llegar a afectar la dinámica y el comportamiento del mercado, pues aún en el supuesto de haberse presentado la conducta denunciada, ésta no tendría la entidad suficiente para considerarse significativa en el mercado y en tal sentido, no es capaz de llegar a afectar las finalidades pretendidas con las normas sobre libre competencia, especialmente en cuanto atañe a que en el mercado exista variedad de precios, variedad de productos, libre acceso, libre escogencia, etc.³
- e) Se insiste en que la denuncia presentada, es un conflicto particular entre las EPS, quienes estarían llamadas a participar en un eventual litigio como actora y sujeto pasivo de la acción, y no, como corresponde a las actuaciones que desarrolla esta Entidad, en ejercicio de facultades administrativas, en la cual se examinan afectaciones al interés general que tiene la colectividad en el funcionamiento adecuado del mercado.

Como corolario de lo anterior, no existen en el presente caso elementos que permitan abrir investigación administrativa por la presunta violación a las normas sobre competencia desleal, razón por la cual este Despacho ordenará el archivo de la presente actuación, sin perjuicio de que si el denunciante se siente afectado por las conductas que denuncia, acuda ante las autoridades jurisdiccionales competentes⁴, a fin de que ellas diriman jurisdiccionalmente un eventual litigio por competencia desleal entre las partes.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR el archivo del expediente radicado bajo el número 10-025065 por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido del presente acto administrativo al doctor JOSE DEL CARMEN AYA MORENO; Director Local de Salud de Flandes, Tolima, en su calidad de denunciante, entregándole copia del mismo e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente

³ Ver artículo 3 Ley 1340 de 2009.

⁴ **ARTÍCULO 25. COMPETENCIA TERRITORIAL.** En los juicios en materia de competencia desleal será competente el juez del lugar donde el demandado tenga su establecimiento, y a falta de éste, su domicilio. En el supuesto de que el demandado carezca de establecimiento y domicilio en el territorio nacional, será competente el juez de su residencia habitual.

A la elección del demandante, también será competente el juez del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal; y, si éste se ha realizado en el extranjero, el del lugar donde se produzcan sus efectos.

ARTICULO 143. FUNCIONES SOBRE COMPETENCIA DESLEAL. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

RESOLUCIÓN NÚMERO 31043 DE 2011 Hoja N°. 5

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Delegado para la Protección de la Competencia, el cual puede interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C., a los 31 MAY 2011

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia


CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

Notificar

Señor:

JOSE DEL CARMEN AYA MORENO

Director Local de Salud

Alcaldía de Flandes

NIT: 800.100.055-6.

Carrera 8 con Calle 12 Esquina

Flandes - Tolima

Elaboró: Juan Carlos Roa

Revisó: Julio César Castañeda

Aprobó: Pablo Márquez