



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 31059 DE 2011

3^{ra} (1 MAY 2011)

Radicación No. 10-13793

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**

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 31059 DE 2011 Hoja N°. 2

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

QUINTO: Que el párrafo 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 16 de Abril de 2010, ADRIANA MARIA CANO GAVIRIA en calidad de Gerente de SALUDCONDOR EPS. denunció a la empresa EMMSANAR EPS ya que en desarrollo de los procesos de traslado realizados en el departamento de Nariño, se realizaron actividades de venta Puerta a Puerta, y divulgación de rumores relacionados con la posibilidad de que la empresa SALUDCONDOR EPS estuviera en quiebra y no pudiera prestar los servicios de salud con el fin de obtener ventajas durante el procedimiento de traslado.

NOVENO: Que la denuncia arriba citada, se fundamenta, en síntesis, en los siguientes hechos:

- a- 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 prohibidas las actividades de venta puerta a puerta
- b- Que SALUDCONDOR EPS denunció a EMMSANAR EPS por estar realizando la presunta práctica, para lo cual y a modo de prueba anexan formularios de queja indicando el usuario presuntamente afectado y una declaración en la cual manifiestan los hechos relacionados.

DÉCIMO: Que mediante memorando 10-13793-4 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 del departamento de Nariño.

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

RESOLUCIÓN NÚMERO 31059 DE 2011 Hoja N° 3

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

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:

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) De acuerdo con la queja de SALUDCONDOR EPS, EMMSANAR realizó campañas de afiliación a través de venta puerta a puerta, esto es visitando a los usuarios, esto constituye una violación normativa, que generaría una ventaja competitiva a quien lo haya realizado y presuntamente haría desleal el traslado de usuarios entre las EPS que hubieran incurrido en dicha práctica.

c) Asumiendo que las presuntas actividades ilegítimas tenían como objetivo aumentar su clientela en el municipio, se buscó determinar si efectivamente hubo una variación importante en los porcentajes de participación de las EPS en el departamento de Nariño, 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 departamento de Nariño 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:

PROCESO DE TRASLADO DEPARTAMENTO DE NARIÑO (MUESTRA)

MUNICIPIO	EPS	U. Mar. 2010	% M	U. Jun 2010	% J	Variación
PASTO	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO	0	0	1171	0,58%	0,58%
PASTO	CAPRECOM	3.182	1,52%	2666	1,32%	-0,19%
PASTO	SALUD CONDOR	108.963	51,92%	80145	39,75%	-12,17%
PASTO	MALLAMAS	1.537	0,73%	4463	2,21%	1,48%
PASTO	EMSSANAR E.S.S.	96.189	45,83%	113194	56,14%	10,30%
PASTO	TOTAL	209.871		201639		
SAMANIEGO	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARIÑO	10.311	34,48%	9839	33,20%	-1,28%
SAMANIEGO	SALUD CONDOR	7.037	23,53%	7414	25,02%	1,49%

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 los Arts. 34 y 35, establecen 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 31059 DE 2011 Hoja N°. 4

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

SAMANIEGO	EMMSANAR	12.555	41,99%	12379	41,78%	-0,21%
SAMANIEGO	TOTAL	29.903		29632		
SAN LORENZO	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARINO	287	9,22%	1518	9,12%	-0,10%
SAN LORENZO	CAPRECOM	655	21,03%	274	1,65%	-19,39%
SAN LORENZO	SALUD CONDOR	554	17,79%	8831	53,04%	35,25%
SAN LORENZO	MALLAMAS EPS	460	14,77%	2226	13,37%	-1,40%
SAN LORENZO	EMSSANAR	1.158	37,19%	3802	22,83%	-14,35%
SAN LORENZO	TOTAL	3.114		16651		
EL PEÑOL	SALUD CONDOR	3.741	62,59%	4250	65,86%	3,27%
EL PEÑOL	EMMSANAR	2.236	37,41%	2203	34,14%	-3,27%
EL PEÑOL	TOTAL	5.977		6.453		
BUESACO	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARINO	3.725	19,44%	3.319	18,88%	-0,56%
BUESACO	CAPRECOM	2.049	10,69%	1.756	9,99%	-0,71%
BUESACO	SALUD CONDOR	2.851	14,88%	2.913	16,57%	1,69%
BUESACO	EMSSANAR E.S.S.	10.537	54,99%	9.594	54,57%	-0,42%
BUESACO	TOTAL	19.162		17582		
CHACHAGUI	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARINO	1.540	16,77%	1379	15,37%	-1,40%
CHACHAGUI	CAPRECOM	282	4,72%	14	0,24%	-4,48%
CHACHAGUI	SALUD CONDOR	1.380	23,08%	1708	29,10%	6,02%
CHACHAGUI	EMSSANAR	5.979	65,12%	5870	65,43%	0,31%
CHACHAGUI	TOTAL	9.181		8971		
TUQUERRES	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARINO	105	3,61%	1767	5,53%	1,93%
TUQUERRES	SALUD CONDOR	113	3,88%	2390	7,48%	3,60%
TUQUERRES	MALLAMAS	2.179	74,85%	12343	38,66%	-36,20%
TUQUERRES	EMMSANAR	514	17,66%	15431	48,33%	30,67%
TUQUERRES	TOTAL	2.911		31.931		
YACUANQUER	SALUD CONDOR	1.823	19,02%	1973	21,15%	2,14%

RESOLUCIÓN NÚMERO 31059 DE 2011 Hoja N°. 5

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

YACUANQUER	MALLAMAS	1.497	15,62%	1444	15,48%	-0,13%
YACUANQUER	EMSSANAR	6.266	65,37%	5910	63,36%	-2,00%
YACUANQUER	TOTAL	9.586		9327		
POTOSI	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARINO	2.260	18,96%	1985	17,73%	-1,23%
POTOSI	CAPRECOM	70	0,59%	90	0,80%	0,22%
POTOSI	SALUD CONDOR	1.011	8,48%	1046	9,34%	0,86%
POTOSI	MALLAMAS	5.794	48,61%	5398	48,22%	-0,39%
POTOSI	EMSSANAR	2.785	23,36%	2676	23,90%	0,54%
POTOSI	TOTAL	11.920		11195		
IPIALES	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARINO	12.610	16,00%	12189	15,59%	-0,41%
IPIALES	CAPRECOM	8.590	10,90%	11962	15,30%	4,40%
IPIALES	SALUD CONDOR	5.348	6,78%	6334	8,10%	1,32%
IPIALES	MALLAMAS	27.457	34,83%	20644	26,40%	-8,43%
IPIALES	EMSSANAR	24.831	31,50%	27067	34,61%	3,12%
IPIALES	TOTAL	78.836		78196		
PUPIALES	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARINO	3.089	19,67%	2948	19,06%	-0,61%
PUPIALES	SALUD CONDOR	2.060	13,12%	2166	14,00%	0,88%
PUPIALES	MALLAMAS	2.200	14,01%	2181	14,10%	0,09%
PUPIALES	EMSSANAR	8.357	53,21%	8176	52,85%	-0,36%
PUPIALES	TOTAL	15.706		15.471		
TAMINANGO	CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE NARINO	726	4,59%	706	4,80%	0,21%
TAMINANGO	CAPRECOM	4.229	26,74%	3200	21,74%	-5,00%
TAMINANGO	SALUD CONDOR S.A	3.239	20,48%	3476	23,61%	3,13%
TAMINANGO	MALLAMAS EPS	2.386	15,08%	2214	15,04%	-0,05%
TAMINANGO	EMSSANAR E.S.S.	5.238	33,11%	5126	34,82%	1,70%
TAMINANGO	TOTAL	15.818		14.722		

Fuente Fosyga, Cálculos SIC

RESOLUCIÓN NÚMERO 31059 DE 2011 Hoja N°. 6

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Se tiene que sólo en la ciudad de Pasto, se observa una modificación de los porcentajes del mercado que puede ser considerada como significativa respecto a los clientes trasladados de SALUDCONDOR EPS a EMMSANAR EPS.

d) Ahora, 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 10-13793 por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido del presente acto administrativo a la doctora ADRIANA MARIA CANO GAVIRIA, representante legal de SALUDCONDOR EPS 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 31059 DE 2011 Hoja N°. 7

"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

Doctora:

ADRIANA MARIA CANO GAVIRIA

C.C. 43.064.077

Representante Legal

SALUDCONDOR EPS

NIT: 814.000.608-0

Calle 20 No. 32 B - 17

Pasto, Nariño

Elaboró: Juan Carlos Roa

Revisó: Julio Cesar Castañeda

Aprobó: Pablo Márquez