



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

RESOLUCIÓN 42369 DE 2021

(09 JUL 2021)

Rad.: 14-103578

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 30396 del 20 de mayo de 2021³ (en adelante “Resolución No. 30396 de 2021” o “Resolución Sancionatoria”), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso **sanción** a **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** (presidente y representante legal de la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE NARIÑO** en adelante **AESEMAR**) por haber incurrido en la responsabilidad administrativa prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por colaborar y ejecutar la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, de conformidad con los motivos expuestos en la Resolución No. 30396 de 2021.

Así mismo, se decidió **archivar** la investigación en favor de **AESEMAR** respecto de la infracción del artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de la Resolución No. 30396 de 2021.

De acuerdo con lo expuesto, este Despacho encontró probada la existencia de una práctica anticompetitiva que fue ejecutada por **AESEMAR** en cabeza de su representante legal, en la contratación de la prestación de servicios de salud para los afiliados del régimen subsidiado en el Departamento de Nariño.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso la siguiente sanción pecuniaria a la persona natural involucrada.

Tabla No. 1 Sanción impuesta mediante Resolución No. 30396 de 2021

SANCIÓN IMPUESTA POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO		
Personas naturales		
1.	EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ	\$8.060.376.00
TOTAL SANCIÓN		\$8.060.376.00

Fuente: elaborado por la Superintendencia de Industria y Comercio

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 30306 de 2021, y de conformidad con el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** interpuso recurso de reposición⁴.

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ Consecutivo No. 14-103578-270 del cuaderno público electrónico No. 11 del Expediente. Entiéndase que, en el presente acto administrativo, cuando se habla de “Expediente” se hace referencia al radicado No. 14-103578.

⁴ Consecutivo No. 14-103578 – 282 del cuaderno público electrónico No. 11 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

A continuación, se presentan los diferentes argumentos presentados por el investigado en su recurso de reposición.

2.1. Argumentos relacionados con el dolo

- Los argumentos presentados por la Superintendencia de Industria y Comercio no conducen a demostrar como plena prueba una actitud dolosa de parte de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTINEZ** en calidad de presidente de **AESEENAR**, ni certeza alguna en cuanto a que haya realizado acuerdos contrarios a la libre competencia y prácticas comerciales restrictivas en la contratación de la prestación de los servicios de salud para los afiliados del régimen subsidiado en el departamento de Nariño.
- Si las conductas por las que se ordena la apertura de esta investigación no se ajustan a actuaciones dolosas o malintencionadas de parte de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTINEZ**, sino a represalias por parte de **EMSSANAR**, es razón más que justificada que se archive el expediente.

2.2. Argumentos relacionados con los contratos celebrados entre las EPS y las ESE

- Mediante oficio del 13 de enero de 2014, **JUAN PABLO DELGADO** denunciante de la presente investigación administrativa, manifestó que **AESEENAR** pretendía negociar de manera grupal las tarifas de contratación de los servicios de salud del año 2014. Este argumento queda sin sustento si se revisan como prueba los contratos aportados por los gerentes de las **ESE** asociadas, que dan cuenta de los porcentajes bajo los cuales se realizó dicha contratación. Así mismo, estos contratos demuestran que no existió una contratación grupal, sino individual en cabeza de cada representante legal de su respectiva **ESE**, de tal manera que resulta temerario decir que los contratos eran firmados grupalmente por el presidente de **AESEENAR**.
- Una vez analizadas las propuestas entre las partes contratantes (gerente de las **ESE** y **EPS**) se suscribían los contratos de manera individual, bajo las tarifas y porcentajes legalmente establecidos y acorde a las capacidades de cada **ESE**, no se realizaron a nombre de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTINEZ** en representación de **AESEENAR**. Lo demás se redujo a propuestas enviadas y recibidas, no en imposiciones como se pretende hacer creer erróneamente y frente a lo cual se tejió la investigación. Reitera el impugnante que, en las copias de los contratos suscritos entre las **ESE** y las **EPS**, se puede comprobar en qué términos y porcentajes se realizó la contratación y quienes suscribieron dichos contratos.
- Existe contundencia probatoria que se desprende de los contratos firmados entre las **ESE** y las **EPS** y de los cuales no fueron tenidos en cuenta por el grupo investigador de la Delegatura, ello deja sin sustento los temerarios argumentos de los denunciantes y de los cuales se validaron para imponer una sanción injusta. También, se le recuerda a la Superintendencia el artículo 167 del C.G.P.
- Nunca hubo contrataciones grupales y siempre la actuación de **AESEENAR** estuvo dirigida en representar y defender los intereses de los usuarios e instituciones.
- El contrato se define como un acuerdo de voluntades, poner de acuerdo a esas voluntades implicaba reunirse para proponer unos términos de negociación que se sujetaran a los porcentajes establecidos en las directrices establecidas por el Gobierno Nacional.
- Lo que debe ser realmente importante para la Superintendencia es lo que demuestran los contratos, pruebas documentales que evidencian los términos y tarifas bajo los cuales se contrató con **EMSSANAR** y demás **EPS**. Nunca se contrató con tarifas desbordadas, que no se ajustaran a lo dispuesto por el Gobierno Nacional.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

- Nadie puede ser condenado bajo apreciaciones subjetivas, los contratos obran como pruebas documentales, pero de ellos los investigadores no se pronunciaron, solo de las actas de las reuniones, de los oficios, de las propuestas, que al final ninguna fue tenida en cuenta, **EMSSANAR** contrató los servicios de las **ESE** como quiso imponer su poder dominante, las propuestas que se hicieron por parte de **AESEENAR** a **EMSSANAR** nunca fueron tenidas en cuenta.
- Se solicita revisar la norma legal vigente bajo la cual se prohíba de manera taxativa o expresa hacer propuestas de negociación previa a una contratación, más aun si se sabe que un contrato es un acuerdo de voluntades, un contrato no puede ser una imposición, de lo contrario operarían los vicios en el consentimiento con las implicaciones legales. Ese acuerdo de voluntades se ratificó mediante las firmas para perfeccionar dichos contratos y a la hora de firmarlos cada gerente acudió solo, no fue acompañado de la asociación.

2.3. Argumentos relacionados con los oficios cruzados y las negociaciones entre las EPS y las ESE

- Esta Entidad realizó un análisis subjetivo sobre los oficios que se cruzaban como parte de un proceso de negociación concertado, de los cuales se toma como una “imposición”, decisión unilateral de **AESEENAR** y no los ve como una propuesta que debía analizarse como se hizo en los procesos de contratación. Al respecto, no existe prohibición expresa, es decir que legalmente por directriz del orden nacional está permitido mediante el artículo 19 del Decreto 1876 de 1994.
- Los argumentos que hacen referencia a oficios que se enviaron, a actas firmadas o no firmadas, o a reuniones en las que los gerentes opinaban, proponían, o pedían aclaración frente a temas propios de la contratación, obedecían justamente a la necesidad de clarificar los parámetros legales de dicha contratación. Todo cuanto se dijo o se propuso, en aras de acordar las tarifas de contratación por parte de **AESEENAR**, no puede ser utilizado como un arma en contra de **AESEENAR**, ya que la Delegatura revisó uno a uno los contratos aportados.
- Gracias a las propuestas cruzadas de parte y parte, **EMSSANAR** con su poder dominante pretendiendo imponer porcentajes para favorecer sus intereses empresariales y económicos, por otro lado, los gerentes siempre en defensa de las instituciones y usuarios, se terminaba en acuerdos concertados, sin presiones, sin constreñimientos tal y como los denunciados lo sostienen en sus declaraciones.
- Las propuestas que se presentaron tenían un marco de legalidad, basadas en las capacidades de cada **ESE**, términos contractuales que una vez establecidos mediante un “consenso inter partes”, se materializaron en “contratos individuales” y “no grupales” como malintencionadamente se pretendía hacer creer generando la apertura de esta investigación. En síntesis, los términos que previamente se propusieron como parte de la negociación entre **ESE** y **EPS**, muchos de ellos presentados mediante oficios, no pueden considerarse bajo ningún criterio como ilegales. No hay prohibición legal expresa que lo impida y segundo, eran las facultades como gerentes al tenor del artículo 19 del Decreto 1876 de 1994.
- Es acertado concluir que si **EMSSANAR** pretendía imponer a cada gerente tarifas a su conveniencia para la contratación defendiendo sus cuantiosos intereses, los gerentes de la asociación también tenían la facultad de aceptarlas o por el contrario si no se ajustaban a los porcentajes establecidos, podían rechazarlas y el derecho a proponer las que favorecieran los intereses de las entidades.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

2.4. Argumentos relacionados con la no existencia de impartición de instrucciones ni de constreñimientos por parte de AESEANAR

- Nunca se impartieron instrucciones de parte de **AESEANAR**, en razón a que no se tenía competencia para hacerlo, pues no existía un grado de subordinación de las **EPS** frente a **AESEANAR**. La contratación se hizo de manera concertada, sin presiones, ni constreñimientos, con observancia de las tarifas legalmente establecidas, de manera individual y acorde a las capacidades de cada **ESE**.
- Para desvirtuar aquello de que **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** daba lineamientos, instrucciones y adoptaba decisiones o imposiciones frente a **EMSSANAR**, se le recuerda al Despacho que, para la vigencia del 2018, el incremento fijado para la **UPC** fue de 7.83% del cual el 3.73% corresponde a la actualización integral de los beneficios en salud y el 4.10% al incremento de los servicios que se venían prestando. Estos parámetros bajo los cuales se realizaron las contrataciones eran ordenados por el Gobierno Nacional por tanto no fueron instrucciones, ni decisiones caprichosas de **AESEANAR**.

2.5. Argumentos relacionados con la no suspensión de la prestación de los servicios de salud en el Departamento de Nariño

- Los servicios de salud contratados por todas las **EPS** en el Departamento de Nariño se prestaron a cabalidad por las **ESE** asociadas a **AESEANAR**, nunca se suspendió la atención a los usuarios a pesar de que muchas **EPS** tardaban meses en pagar por la prestación de los servicios. No obra ninguna prueba que demuestre que el servicio fue afectado, razón por la cual el argumento de los denunciantes es falso. No hubo imposiciones o direccionamientos que afectaran la libre competencia de **EMSSANAR** pues esta **EPS** sigue contratando con normalidad.
- La Delegatura no pudo demostrar que las **ESE** hayan dejado de prestar el servicio de salud a los usuarios o que se haya interrumpido o restringido, a pesar de que pasaban meses sin que les pagaran a las **ESE**, sin embargo, el servicio siempre se prestó. Por lo tanto, esa aseveración es infundada y temeraria.

2.6. Argumentos relacionados con la inexistente afectación económica que tuvo EMSSANAR

- **EMSSANAR** no quebró por culpa de **AESEANAR**, no hubo interferencias en la prestación de los servicios, lo que sí hubo por parte de los gerentes de las **ESE** fue una férrea defensa en favor de los usuarios e instituciones, situación que en nada afectó ni el patrimonio, ni las finanzas, ni el poder dominante ejercido por **EMSSANAR** frente a las **ESE** en Nariño.
- Se cuestiona al Superintendente de Industria y Comercio lo siguiente: ¿**EMSSANAR** presentó ante su Despacho una tasación de posibles perjuicios causados a sus finanzas o a sus usuarios por actuaciones indebidas por parte de **AESEANAR**? La respuesta es no, porque saben que su denuncia es temeraria, tal y como quedó demostrado durante la investigación la cual se considera un desgaste administrativo para la Entidad, así como para los gerentes de las **ESE**.
- Los denunciantes a lo largo de los 7 años que lleva la investigación no logran demostrar que **AESEANAR** ni su presidente hayan causado un perjuicio patrimonial a **EMSSANAR**, pese a que hicieron referencia a sentirse perjudicados, nunca se cuantificó ni se demostró ese presunto perjuicio, siendo esta una razón de peso para solicitar la exoneración del pago de la multa, es decir, por no existir una tasación de perjuicios.

2.7. Argumentos relacionados con las pruebas

- Los motivos de la denuncia obedecen a intereses económicos de **EMSSANAR**, luego de estos 7 años de investigación, no se ha logrado demostrar o determinar al menos con una prueba

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

contundente y certera, la ocurrencia de los hechos que se puedan configurar en la conducta irregular por la que hoy se le sanciona.

- La Delegatura no decretó pruebas que oportunamente solicitó el impugnante en el ejercicio de su defensa, entre ellas las declaraciones de los gerentes asociados a **AESEENAR**, por tener directo conocimiento sobre los hechos investigados, situación que viola el artículo 29 de la Constitución Nacional. Es así como únicamente se decretó el testimonio de **OSCAR BELALCAZAR** en calidad de Asesor de ventas **ESE**, el cual no se tuvo en cuenta. Su testimonio fue un claro relato sobre las actividades desplegadas por **AESEENAR** como asociación, así como la situación de poder dominante ejercida por las **EPS** en Nariño.
- **EMSSANAR** a través de sus funcionarios **JUAN PABLO DELGADO** y **FERNANDA BRAVO** realizaron afirmaciones contra **AESEENAR** y su presidente **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, incluso en sus declaraciones se logra evidenciar contradicciones en varios aspectos.
- Esta investigación solo tuvo en cuenta la queja interpuesta por **JUAN PABLO DELGADO**, dejando a un lado la prueba testimonial de **OSCAR BELALCAZAR** y los contratos suscritos con las **EPS**. Ninguna prueba documental o testimonial aportada o solicitada en ejercicio del derecho de contradicción se tuvo en cuenta, y además nunca se argumentó el motivo por el cual eran denegadas, al respecto, se cita el artículo 149 del C.G.P.
- Se solicita revisar las declaraciones de **JUAN PABLO DELGADO** y **FERNANDA BRAVO**, así como lo manifestado por ellos en la audiencia de conciliación, para que se analice como sus testimonios y argumentos desvirtúan la queja interpuesta por ellos mismos en contra de **AESEENAR** y su presidente.
- Los investigadores se limitaron a desplegar una investigación por una queja, no ahondaron como era su deber recaudar pruebas que desvirtuaran o confirmaran la ocurrencia de los hechos. Se investigó únicamente lo que para **EMSSANAR** era ilícito, pero no se tuvo en cuenta los elementos de defensa de **AESEENAR**.
- Se desconocieron normas procedimentales como las consagradas en el Título único de pruebas, capítulo I Disposiciones Generales del C.G.P. Así como ordenamientos de rango Constitucional fundamental.

2.1.8. Argumentos varios

- *"En la relación de hechos que plantea el grupo investigador, que dieron origen a la presente investigación (NUMERAL 2 DE LA RESOLUCIÓN 30396 DE MAYO 20 DE 202), se expresa que "AESEENAR también impartía instrucciones y adoptaba decisiones que interferían en el libre juego de la competencia, en el mercado de la prestación de servicios de salud en el Departamento de Nariño." (negritas fuera de texto) es decir la supuesta "interferencia al libre juego de la competencia" se ejercía en "todo el territorio nariñense", afirmación falsa y temeraria, frente a la cual el Grupo investigador en el NUMERAL CUARTO de la citada Resolución que hoy recorro, expresa que: "presuntamente AESEENAR falseó la libre competencia en el mercado de la contratación de la prestación de los servicios de salud en algunos municipios del Departamento de Nariño", (negritas fuera del texto), indicio grave para que el grupo investigador pudiera inferir que los denunciantes estaban mintiendo."*
- **AESEENAR** desde su conformación hasta su liquidación nunca fue objeto ni estuvo incurso en ningún tipo de **investigación** por parte de organismos de control, esto para demostrar que las actuaciones siempre estuvieron encaminadas a trabajar por los usuarios e instituciones, siempre desde un marco de legalidad.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

- **EMSSANAR** como empresa privada con gran poder económico, dueña de clínicas privadas, colegios, laboratorios clínicos, depósitos de medicamentos y de una gran infraestructura administrativa, como es de conocimiento público, defendía sus intereses empresariales lucrativos a gran nivel, y de otra parte los gerentes como era su deber defendían los derechos de los usuarios a tener una atención oportuna y de calidad, así como los intereses de las instituciones como entidades públicas, que como ya se ha mencionado adolecían de muchas dificultades financieras.
- **AESEENAR** se constituyó con fundamento en el artículo 38 de la C.N como un derecho fundamental, para velar por el bienestar de las empresas sociales del estado de Nariño, a las que representaba la asociación en calidad de gerentes bajo un marco de legalidad, empresas que en su mayoría atravesaban dificultades financieras.
- El impugnante cuestiona lo siguiente: ¿Dónde están los acuerdos contrarios a la libre competencia en los que se incurrió? Si la contratación se efectuó con todas las formalidades legales, el servicio se prestó sin interrupciones como la Superintendencia lo logró comprobar.
- Actualmente el impugnante manifiesta estar desempleado desde hace más de un año y medio, por lo que esto le genera dificultad de cumplir con el pago, dada la crisis económica generalizada en el país causada por la pandemia. También, afirma estar llegando a depender de los ingresos de la esposa.
- La Delegatura no pudo demostrar que las **ESE** hayan dejado de prestar el servicio de salud a los usuarios o que se haya interrumpido o restringido, a pesar de que pasaban meses sin que les pagaran a las **ESE**, sin embargo, el servicio siempre se prestó. Por lo tanto, esa aseveración es infundada y temeraria.
- Los gerentes de las distintas **ESE** semanalmente rogaron por los pagos para que las instituciones pudieran subsistir, para poder cumplir con las responsabilidades y prestar con oportunidad y calidad los servicios de salud. Esta situación no era una orden impuesta por **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** como representante legal de **AESEENAR**, sino que era una de las funciones y responsabilidades como gerentes, si no se cobraba no se podía seguir prestando el servicio.
- La representación legal de **AESEENAR** que ejerció **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** no se dio por influencias o imposiciones ni para percibir un sueldo, se hizo un consenso de los gerentes asociados quienes lo postularon por su exitosa experiencia en el sector salud.
- Es lamentable que después de tanto esfuerzo por consolidar la asociación con miras a mantener un prestigio y reconocimiento, en aras de gestionar proyectos a nivel nacional que permitiese beneficios para las entidades y los usuarios, como en efecto se logró. Se gestionó proyectos de dotación de equipos y ambulancias para fortalecer y mejorar la prestación de los servicios de salud.
- El contenido del numeral **NOVENO** de la Resolución Sancionatoria dispone: "Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 del 4 de mayo de 2011 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia, el cual recomendó por unanimidad sancionar a la persona indicada en la parte resolutive de la presente Resolución." Revisado el artículo en mención, se transcribe " 25. Prohibir o someter al cumplimiento de requisitos o especiales la propaganda comercial de todos o algunos de los bienes o servicios que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud".

Frente a la recomendación unánime que este órgano asesor realiza para que se sancione, el impugnante solicita que esta recomendación no sea acogida por el Despacho, ya que, si el Consejo Asesor se basó en el artículo citado anteriormente, este se encuentra fuera de contexto,

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

pues no hay relación alguna entre la norma citada y las conductas que se reprochan. Solicita aclaración del sentido en qué se quiso sustentar.

2.9. Argumentos relacionados con la fijación de la UPC anual

- Las normas de la contratación para la prestación de los servicios de salud, así como el incremento de la **UPC**, vienen reguladas por el gobierno nacional. Ahora bien, la contratación con **EMSSANAR** y demás **EPS** en Nariño, se realizó bajo la modalidad de capitación por la imposición de las **EPS** y no por lineamientos de **AESEENAR** y su presidente. Basta con revisar los contratos para constatar que toda la contratación se hizo bajo parámetros legales o a criterios de las **EPS**. Las tarifas sin importar si eran del agrado o no de **EMSSANAR** no era un problema de **AESEENAR**, únicamente se debían cumplir.
- Para lograr concertar el porcentaje de la **UPC** para la prestación de los servicios de salud había que reunirse las veces que fuera necesario para proponer y concertar con cada **EPS** el porcentaje de la **UPC** a ser aplicado ya que era imposible hacerlo bajo la imposición que inicialmente pretendían imponer las **EPS** a su conveniencia económica.
- El valor de la **UPC** que se contrataba con las diferentes **ESE** municipales en el Departamento de Nariño, siempre estuvo por debajo de la tarifa establecida, porcentaje que oscilaba en un 35% a 36% para la prestación de los servicios de la **UPC**. Revisando los contratos, puede comprobarse que al final las condiciones bajo las cuales se suscribieron los contratos siempre fueron impuestas por **EMSSANAR** en ejercicio de su poder dominante.
- **EMSSANAR** pretendió contratar los servicios de la **ESE** por debajo de las tarifas legales establecidas para dicha contratación como ocurre hasta la fecha que se contrata con una **UPC** del 35 al 38% de la **UPC** real, por lo que la asociación se vio obligada a defender los intereses de nuestras instituciones y a exigir una contratación ceñida a las tarifas y porcentajes establecidos en las normas pertinentes.

2.10. Argumentos relacionados con la facultad que ostentan los gerentes de las ESE para realizar propuestas en las negociaciones contractuales

- Los gerentes en calidad de representantes legales de las **ESE** tenían facultades para hacer propuestas de negociación ante las **EPS**, escritas o verbales que posteriormente eran discutidas y concertadas con los comités de contratación conformados por cada **EPS**.
- Para los gerentes no era posible aceptar las tarifas que inicialmente se querían imponer, además que, si no estaban dentro de los parámetros legales, esto podía llegar a configurar un detrimento para las instituciones de salud, por lo tanto, había necesidad de plantear, proponer, sugerir, discutir propuestas en un sano ejercicio de equilibrio y legalidad.
- Resulta extraño que el ejercer una de las funciones como representantes legales de las **ESE** y de defender los intereses de las instituciones de salud y usuarios en una contratación, constituya una conducta ilícita, en consecuencia, amerite imponerse una sanción millonaria.
- Los contratos en los que aparece la firma de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** se suscribieron en calidad de gerente de las **ESE** de los Municipios de Consacá, Albán, El tambo, y Potosí respectivamente, nunca se firmaron como presidente o representante legal de **AESEENAR**, circunstancia que puede ser corroborada a través de los contratos respectivos aportados a la investigación que pareciera no fueron tenidos en cuenta.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

2.11. Argumentos singulares presentados por EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ

- Los gerentes nunca impusieron una cita para suscribir los contratos con las **EPS**, ni **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTINEZ** era quien decidía si se realizaban o no, prueba de ello que siempre estaban a la merced de las citaciones de las **EPS**. De ahí que resulta absurdo que se afirme que **AESEENAR** ejercía poder dominante sobre **EMSSANAR**, como inicialmente se hizo hacer creer.
- No hubo queja ni denuncia durante la existencia de **AESEENAR** ni de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** en calidad de presidente que se haya suscrito por parte de las demás **EPS** del Departamento de Nariño. Las actividades de la asociación se enmarcaron con estricta observancia de lo que estipula la Constitución Nacional y la Ley. Excepto la formulada por **EMSSANAR**.
- Es Inconcebible decir que **AESEENAR** y su presidente **EDGAR BURBANO MARTÍNEZ** hayan ejercido una posición dominante frente a **EMSSANAR**, si es de pleno conocimiento en el ámbito departamental y nacional que **EMSSANAR** es una empresa con una gran poderío económico por tradición.
- Mal podría asegurarse que **ESE** como las que se gerenciaban en el departamento de Nariño, con dificultades económicas, hayan ejercido poder dominante sobre **EMSSANAR** o hayan incurrido en practicas restrictivas en la contratación de la prestación de los servicios de salud para el Departamento de Nariño, o atentar contra la libre competencia comercial de **EMSSANAR**.
- El impugnante cuestiona ¿si estas actuaciones constituyen una actividad delictiva, que atente contra el libre juego de la competencia en el mercado de la prestación de servicios de salud en el Departamento de Nariño? O ¿**EMSSANAR** pretendía contratar los servicios a su antojo y conveniencia? Esto hubiera causado una ruptura del equilibrio que debe primar en una relación contractual. El Derecho a la salud debe prevalecer sobre cualquier otro tipo de intereses.

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

3.1 Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria, es de suma importancia exaltar que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y comercio están encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución política. Este precepto constitucional establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos en detrimento del mercado y los consumidores.

Bajo ese entendimiento, el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que "(...) la libre competencia económica es un derecho de todos (...)" y "(...) 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".

Así, en virtud de las atribuciones conferidas por la Ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad: "[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

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

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

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011⁵ señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: “[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.

Adicionalmente, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en tal virtud “[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá 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 sobre competencia desleal”.

Igualmente, de acuerdo a lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibídem*, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal administrativa así como ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas.

Finalmente, el artículo 10 del Decreto 1663 de 1994 establece que, sin perjuicio de las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud, “corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio la aplicación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en el mercado de los servicios de salud, en los términos contemplado por el presente Decreto, por la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, así como por aquellas normas que las modifiquen, sustituyan o complementen”.

3.2. Análisis de los diferentes argumentos que soportan los motivos de inconformidad del recurrente

3.2.1. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con el dolo

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ indicó en su recurso de reposición que en el presente caso la Superintendencia de Industria y Comercio no demostró prueba de una actitud dolosa por parte del investigado en calidad de presidente de **AESENAR**, es decir que, si las conductas por las que se ordenó la apertura de esta investigación no se ajustan a actuaciones dolosas o malintencionadas por parte de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTINEZ**, es razón más que justificada para que se archive el expediente.

En primer lugar, es pertinente señalar que, sobre el régimen de responsabilidad aplicable en materia de prácticas restrictivas de la competencia económica, sobre el particular, el propio Consejo de Estado señaló que:

“Visto lo anterior, observa la Sala que la parte demandante incurre en error al formular el cargo de violación de los actos administrativos demandados relativo a que el tipo de responsabilidad atribuible a las empresas infractoras en este tipo de situaciones no es objetiva, sino subjetiva, bajo el entendido de que no basta sólo con la existencia del acuerdo.

*Cierto es, como lo dicen los demandantes, que **no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea***

⁵ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor.

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

*Es por ello, que **no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio** – y que dicho sea de paso, no demostró –, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo, que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios.*

(...)

*Lo dicho además **descarta de plano la teoría del actor según la cual el tipo de responsabilidad en el que la demandada sustentó la imposición de la multa es objetiva**, como quiera que se aprecia un claro componente subjetivo en el tenor literal del numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al señalar que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan por «**objeto o efecto, la fijación directa o indirecta de precios**».*⁶ (Negrilla fuera de texto original).

Así mismo, el Consejo de Estado ha manifestado que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos, como el penal, en ocasiones admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad:

"(...) En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes (...)"⁷ (Subrayado fuera de texto original).

En línea con lo anteriormente expuesto, esta Superintendencia ha afirmado en múltiples ocasiones⁸, que en materia de derecho administrativo sancionador no es necesaria la determinación del factor subjetivo para efectos de la atribución de responsabilidad por cuanto basta únicamente con que se acredite el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida, sin que ello implique un régimen de responsabilidad objetiva, como lo ha clarificado la jurisprudencia previamente referida.

En conclusión, se rechazan los argumentos presentados por el investigado relacionados con la ausencia de dolo en su actuar.

3.2.2. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con los contratos celebrados entre las EPS y las ESE

Considera el recurrente en su escrito de reposición que los contratos celebrados entre las **EPS** y las **ESE** son plena prueba de que **AESNAR** no pretendía negociar de manera grupal las tarifas de contratación de los servicios de salud del año 2014, así mismo, los contratos demuestran que no

⁶ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 28 de enero de 2010. Rad. No. 25000-23-24-000-2001-00364-01.

⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 25 de marzo de 2004. Rad. 13495.

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28350 de 2004, Resolución No. 37033 de 2011, Resolución No. 46111 de 2011 y Resolución No. 70736 de 2011.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

existió una contratación grupal, sino individual en cabeza de cada representante legal y que de ellos también se puede comprobar en qué términos y porcentajes se realizaron las contrataciones de las cuales siempre se respetó y se cumplió lo dispuesto por el Gobierno Nacional.

Observa el Despacho que la anterior línea argumentativa ya había sido expuesta por el sancionado en su escrito de observaciones al Informe Motivado, por lo que se reitera que contrario a lo manifestado por el recurrente, **AESENAR** pretendió negociar las tarifas de la contratación de los servicios de salud del año 2014, prueba de ello lo sustenta el contrato de prestación de servicios que suscribió **MARÍA ISABEL DELGADO ORTÍZ** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** con el fin de que se elaborara una minuta de contratación con el propósito de presentar una propuesta de contratación uniforme de los servicios de salud de manera concreta por parte de la asociación en representación de las **ESE** asociadas hacía las **EPS**, esto genero una limitación a la libertad de las **EPS**, toda vez que estas tenían que necesariamente tomar las minutas entregadas por **AESENAR** para poder iniciar las negociaciones sobre las tarifas y condiciones contractuales que posteriormente si serían acordadas de manera individual.

El objeto del mencionado contrato incluía lo siguiente:

*"(...) 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"*⁹. (Negrilla fuera de texto original).

Así mismo incluía 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 propuesta concreta por parte de la asociación, la cual favorezca los intereses de las IPS involucradas (...)"¹⁰
(Subrayado y negrita fuera de texto original).

Como se observa, **AESENAR** suscribió un contrato de prestación de servicios con el fin de que se elaborara una minuta de contratación con el propósito de presentar una propuesta de contratación uniforme de los servicios de salud concreta por parte de la asociación en representación de las **ESE** asociadas a las **EPS**, limitando la libertad de las **EPS**, toda vez que estas tenían que necesariamente tomar las minutas entregadas por **AESENAR** para poder iniciar las negociaciones sobre las tarifas y condiciones contractuales específicas.

*"DELEGATURA: (...) Nos podría explicar por qué en la minuta que proponía la Asociación se involucraba directamente la Asociación en la negociación de las propuestas realizadas entre las **EPS** y las **ESE**.*

***EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ:** Esa fue una propuesta que nació en el seno de la asociación para tratar de que la **UPC** sea una **UPC** base para todos, ¿sí? Pero eso no se tuvo en cuenta, fue solamente una propuesta y como tal quedó como propuesta."¹¹*

Con base en lo anterior, se evidencia que la minuta de contratación tenía como objetivo normalizar una **UPC** base para la propuesta que se le presentaría a todas las **EPS** con las que se contrataría. Sin embargo, **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** en su declaración intentó desestimar el fin de la elaboración de la mencionada minuta, afirmando que fue una simple propuesta y que la minuta nunca se tuvo en cuenta.

⁹ Folios 1336 a 1337 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Minutos 2:22:14 a 2:22:44 de la declaración de parte de **AESENAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Ahora, si bien se encontró probado que en efecto los contratos fueron firmados con algunas variaciones y diferencias entre cada **ESE**, ello no controvierte el hecho que **AESENAR** realizó conductas tendientes a fijar tarifas y de presentar propuestas unificadas a las **EPS**.

Por otro lado, en cuanto a que cada contrato fue celebrado por el representante legal de cada **ESE** y no a través de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, este Despacho no controvierte dicha afirmación, pues en ningún capítulo de la Resolución Sancionatoria se hizo mención de ello. Cabe resaltar para mayor claridad que, para esta Entidad los contratos fueron firmados entre los gerentes de las **ESE** y las **EPS**, sin embargo, la conducta reprochada radica en la intervención de **AESENAR** durante la negociación y la etapa previa a la celebración del contrato donde desplegó acciones tendientes a fijar las condiciones como asociación para luego ser propuestas a las distintas **EPS**.

Por otro lado, para dar respuesta a la afirmación del recurrente frente a que si estos contratos hubieran sido tenidos en cuenta por la Delegatura quedarían sin sustento los argumentos de los denunciante y por consiguiente la sanción impuesta, se advierte que contrario a lo manifestado, los contratos fueron tenidos en cuenta en el transcurso de la presente investigación, sin embargo, su contenido probatorio no desestima el hecho probado que **AESENAR** a través de su representante legal **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** realizó propuestas en bloque durante la negociación de los servicios de salud que serían suscritos entre las **EPS** y las **ESE**.

Por último, en cuanto al argumento donde se solicita revisar la norma legal vigente bajo la cual esté prohibido de manera taxativa o expresa hacer propuestas de negociación previa a una contratación, más aún si se sabe que un contrato es un acuerdo de voluntades. Al respecto este Despacho le recuerda al investigado que, como se explicó en detalle en la Resolución Sancionatoria, el reproche de su conducta radica en que como asociación no estaba facultada legalmente para fijar lineamientos en las tarifas de contratación en los servicios de salud dentro de las negociaciones entre las **ESE** y las **EPS**.

Así las cosas, y debido a lo expuesto, el argumento de la validez de los contratos celebrados no esta llamado a prosperar, por lo que serán rechazados por el Despacho.

3.2.3. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con los oficios cruzados y las negociaciones entre las EPS y las ESE

El recurrente manifestó en su recurso de reposición que los argumentos que hacen referencia a oficios que se enviaron, a actas firmadas o no firmadas, o a reuniones en las que los gerentes opinaban, proponían, o pedían aclaración frente a temas propios de la contratación, obedecía justamente a la necesidad de clarificar los parámetros legales de dicha contratación. Todo cuanto se dijo o se propuso, en aras de acordar las tarifas de contratación por parte de **AESENAR**, no puede ser utilizado como un arma en contra de **AESENAR**, ya que la Delegatura revisó uno a uno los contratos aportados.

Al respecto, este Despacho reitera lo dicho en la Resolución Sancionatoria en cuanto a que se encontró probado que existen actas de reuniones de asambleas de **AESENAR** que acreditan que en las reuniones llevadas a cabo al interior de la asociación se fijaban los lineamientos y se tomaban decisiones respecto de las propuestas de contratación que posteriormente se le presentarían a las **EPS** en nombre de las **ESE** asociadas, para así, iniciar el proceso de negociación en los contratos de los servicios de salud.

También obran en el Expediente oficios y documentos que dan cuenta que las propuestas acordadas en las mencionadas reuniones eran presentadas a las distintas **ESE** y que el proceso de negociación para la contratación era realizado de manera directa entre **AESENAR** y las **EPS**.

Prueba de ello el 28 de enero de 2013, **AESENAR** envió la misma propuesta a las **EPS** (**EMSSANAR, ASMET SALUD, CAPRECOM, COMFAMILIAR y MALLAMAS**). Tomando como

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

ejemplo una de las comunicaciones enviadas ese día, **AESENAR** se dirigió a **AMSET SALUD** comunicando lo siguiente:

*“(…) según reunión de la junta de la Asociación de las Empresas Sociales del Estado denominada **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE NARIÑO (AESENAR)**, solicitamos tener en cuenta las siguientes consideraciones en la negociación y concertación de los contratos de prestación de servicios de salud a celebrarse para la vigencia del 2013, con las ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD (**EPS**), que operan en los municipios de nuestro departamento (…)”¹²*

La propuesta referida demuestra la actividad realizada por **AESENAR** tendiente a violar la libre competencia económica, toda vez que, contrario a lo manifestado en el recurso, no se pretendía clarificar parámetros legales, sino por el contrario enviar oficios sobre condiciones contractuales. De ahí que, resulta claro concluir que **AESENAR** impidió la libre negociación y la autonomía de la voluntad contractual entre las **ESE** y las **EPS**, ya que, lideró las negociaciones de una manera directa en cabeza de su presidente **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**. En consecuencia, la asociación tenía un total control sobre las condiciones que se acordarían en el contrato de prestación de servicios de salud, puesto que, los mismos asociados previamente aprobaban las tarifas que se presentarían en las propuestas enviadas a las **EPS**.

Por lo tanto, los argumentos utilizados para sustentar los oficios cruzados durante las negociaciones no están llamados a prosperar.

3.2.4. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la no existencia de impartición de instrucciones ni de constreñimientos por parte de AESENAR

El recurrente en su recurso de reposición argumentó que para desvirtuar aquello de que **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** daba lineamientos, instrucciones y adoptaba decisiones o imposiciones frente a **EMSSANAR**, le recuerda al Despacho que, para la vigencia del 2018, el incremento fijado para la **UPC** fue de 7.83% del cual el 3.73% corresponde a la actualización integral de los beneficios en salud y el 4.10% al incremento de los servicios que se venían prestando. Estos parámetros bajo los cuales se realizaron las contrataciones eran ordenados por el Gobierno Nacional por tanto no fueron instrucciones, ni decisiones caprichosas de **AESENAR**.

Frente a lo anterior debe tenerse en cuenta que, este argumento fue empleado por el recurrente en las observaciones presentadas al Informe Motivado. Al respecto, reitera esta Entidad que, contrario a lo manifestado por el recurrente, este Despacho encontró probado que **AESENAR** efectuaba presiones y amenazas a las **EPS** del departamento de Nariño por medio de oficios en que señalaba que: (i) si no garantizaba el flujo de recursos a los asociados se verían obligados a suspender la prestación de los servicios¹³; (ii) al no lograrse un acuerdo entre las partes en el valor de la **UPC** les cerrarían los servicios de salud en las diferentes **IPS**¹⁴; y (iii) al no llegar a un acuerdo para la contratación de los servicios de salud se acordaría una suspensión de servicios a excepción de los servicios de urgencias vitales¹⁵.

Sobre el particular, se presenta un extracto de una comunicación enviada por **AESENAR** al **INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO** que da cuenta de lo anterior:

“dadas 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 AESENAR, hemos decidido suspender la prestación de salud para los

¹² Folio 320 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

¹³ Folio 330 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

¹⁴ Folio 313 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

¹⁵ Folio 326 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

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 2015¹⁶. (Subrayado fuera de texto)

Una prueba adicional de las presiones ejercidas por **AESEENAR**, es un correo electrónico enviado por la asociación a sus **ESE** asociadas el 16 de febrero de 2015 con asunto "**REALIZACIÓN DE PLANTÓN**"¹⁷, por medio del cual la asociación propuso realizar un *plantón* en la prestación de los servicios de salud por existir desacuerdos en los términos de la contratación con las **EPS** y por la demora en la aceptación de las condiciones propuestas sobre los lineamientos fijados por **AESEENAR**, para culminar la etapa de negociación y suscribir los contratos de servicios de salud entre las **ESE** y las **EPS**.

Imagen No. 1. Correo electrónico "Invitación a plantón"

From: Aesenaar NARIÑO <aesenaar2013@gmail.com>
Sent: 2/16/2015 7:11:36 PM -0500
To: esealban@yahoo.es; nancyolandap@hotmail.com; ESE CENTRO DE SALUD SAN MIGUEL <esesanmiguel@gmail.com>; alba-lucia-mora2007@hotmail.com; eliz601 <eliz601@hotmail.com>; amandalopezbas@hotmail.com; ladip1960@hotmail.com; oscarodoro74 <oscardorado74@hotmail.com>; edwinceron <edwinceron@yahoo.com>; gerentealciralinare@hotmail.com; gerenteesetablon@yahoo.es; edgarburbanomartinez@hotmail.com; unigarzon@yahoo.com; andresbastidas91@hotmail.com; eseguachucal@hotmail.com; esegualmatan <esegualmatan@hotmail.com>; martha parra <malexparra@hotmail.com>; japanto <japanto@hotmail.com>; japonto@hotmail.com; gerenciahospitalaflorida@yahoo.es; esesanjuanbosco@hotmail.com; AURA MAYELI MESA <mesa.auramayeli@gmail.com>; Onix Perez Erazo <perez495@gmail.com>; esejuanpablo2@hotmail.com; jhon alvarez <jhonever1979@gmail.com>; CENTRO DE SALUD SANTIAGO DE MALLAMA <csantiagomallama@gmail.com>; AYDA YANELA GONZALEZ MUÑOZ <aidayanelag@yahoo.es>; e.s.e.policarpa@hotmail.com; Javier Abdías Arteaga Romo <ese.potosi@gmail.com>; gracielaalucero@hotmail.com; carlosrosero200710@hotmail.com; HOSPITAL LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS <hospitallvs@gmail.com>; Henry Herman Barco Ramos <hhbarco@hotmail.com>; teremaria1966 <teremaria1966@hotmail.com>; mluzestrella22@yahoo.es; mluzestrellazz@yahoo.es; carmenyolyd@yahoo.es; gerenciaesesandona@yahoo.es; Hernan Jaime Calvache Lopez <hcalvachel@gmail.com>; anyluciacaastillo@hotmail.com; mar1960@hotmail.com; esevirgendelourdes@yahoo.es; paomure@hotmail.com; mado190903@yahoo.com; laflorida@yahoo.com; jachalili12@hotmail.com; HAROLD WILSON REVELO CORAL <haroldw73@yahoo.es>; ximenacastro10@hotmail.com; bonificamoraes11@yahoo.es; Cicef Sas <cicef.sas@gmail.com>; marta.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 EPS.

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

Lo anterior permite evidenciar que **AESEENAR** realizó actos tendientes a constreñir la voluntad de contratación de las **EPS** a su favor dejando sin validez lo argumentado por el recurrente ya que, si bien la **UPC** la fija el Gobierno Nacional, la asociación envió comunicaciones proponiendo llegar a un acuerdo sobre el porcentaje de la **UPC**, para asegurar que las **EPS** aceptaran las propuestas la asociación implementó las amenazas y la coerción.

Por otro lado, el recurrente manifiesta que la prueba documental del 13 de enero de 2014 donde se citó que "se impartía instrucciones y adoptaba decisiones que interferían en el libre juego de la competencia en el mercado de la prestación de servicios de salud en el departamento de Nariño" es una aseveración infundada, porque nunca se impartieron instrucciones de parte de **AESEENAR**, en razón a que no se tenía competencia para hacerlo, no existió un grado de subordinación de las **EPS** frente a **AESEENAR**.

¹⁶ Folios 1347 y 1348 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

¹⁷ 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 resuelve un recurso de reposición”

Al respecto, este Despacho no encuentra fundamento en el argumento que controvierta lo probado mediante el oficio del 13 de enero de 2014. Si bien es cierto que **AESEENAR** no tenía competencia para impartir instrucciones sobre las condiciones contractuales durante la etapa precontractual en las negociaciones entre las **EPS** y las **ESE**, quedó demostrado en la Resolución No. 30396 de 2021 a través de un recuento cronológico durante el periodo comprendido entre 2013 y 2018 que la asociación sí impartió instrucciones.

Se trae a colación prueba que acredita que **AESEENAR** impartió lineamientos a las **EPS** en la contratación de los servicios de salud como ejemplo para el 2017, es la comunicación enviada por **AESEENAR** a **EMSSANAR** el 20 de febrero del 2017 con referencia “*PROPUESTA DE CONTRATACIÓN EMSSANAR*”¹⁸ y las actas de los años 2017 donde se fijan los lineamientos para las negociaciones de los servicios de salud (Acta de reunión No. 001 contratación año 2017¹⁹ y Acta de reunión de asociados del 23 de enero de 2017²⁰).

De acuerdo con lo anterior, este Despacho considera que se encuentra probado que lo acordado al interior de la asociación era presentado a las diferentes **EPS** del departamento de Nariño como una propuesta en cabeza del representante legal. En ese sentido, **AESEENAR** fijaba los lineamientos y tomaba decisiones respecto de la propuesta del incremento del valor de los servicios de salud, especialmente del porcentaje de incremento a contratar entre las **ESE** asociadas y las **EPS** para luego enviar comunicaciones con las instrucciones de lo acordado previamente a las **EPS**.

En conclusión, lo referido por los recurrentes en su escrito de reposición sobre la inexistencia de presiones o constreñimientos por parte de **AESEENAR**, no están llamados a prosperar.

3.2.5. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la no suspensión de la prestación de los servicios de salud en el Departamento de Nariño

En el recurso de reposición presentado por **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, el investigado argumentó que los servicios de salud contratados por todas las **EPS** en el Departamento de Nariño se prestaron a cabalidad por las **ESE** asociadas a **AESEENAR**, nunca se suspendió la atención a los usuarios a pesar de que muchas **EPS** tardaban meses en pagar por la prestación de los servicios. La Delegatura no logró demostrar que el servicio fue afectado, razón por la cual el argumento de los denunciantes es falso. No hubo imposiciones o direccionamientos que afectaran la libre competencia de **EMSSANAR** pues esta **EPS** sigue contratando con normalidad. Por lo tanto, esa aseveración es infundada y temeraria.

Sobre el particular, este Despacho no ha afirmado en ningún acto administrativo de la presente investigación que los servicios de salud hayan sido suspendidos, por lo tanto, no encuentra esta Superintendencia fundamento en lo argumentando por el recurrente en su recurso de reposición. Para mayor claridad, el hecho de que haya continuado con la prestación de los servicios en el Departamento de Nariño no es argumento válido que desvirtúe la afectación de la libre competencia.

Así pues, que los argumentos presentados por el recurrente con respecto a la continuidad en la prestación del servicio no están llamados a prosperar.

3.2.6. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la inexistente afectación económica que tuvo EMSSANAR

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ manifestó en su recurso de reposición que en el presente caso **EMSSANAR** no tuvo afectaciones económicas por culpa de **AESEENAR**, ni el

¹⁸ OID 96349. Path. 01_PC_CAMILO_ROMERO.ad1/C:\Windows [NTFS]/[root]/Users/AESEENAR/Desktop/OFICIO PROPUESTA EMSSANAR.docx

¹⁹ OID 7058. Path. 01-REQ.ad1/DATOS:J:\EMSSANAR\01-REQ\DATOS\06 Actas Aseñar- EvalPrestadores\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR.rar\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR\2017\ACTA 3 DE FEBRERO 2017.pdf

²⁰ Folio 1334 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

patrimonio, ni las finanzas, ni el poder dominante ejercido por **EMSSANAR** frente a las **ESE** en Nariño.

Así mismo, cuestiona al Superintendente de Industria y Comercio sobre si **EMSSANAR** presentó ante su Despacho una tasación de posibles perjuicios causados a sus finanzas o a sus usuarios por actuaciones indebidas por parte de **AESANAR**. A lo cual respondió que nunca se cuantificó ni se demostró ese presunto perjuicio, siendo esta una razón de peso para solicitar la exoneración del pago de la multa, es decir, por no existir una tasación de perjuicios.

Al respecto, esta Superintendencia reitera que todas las personas podrán ejercer su derecho de asociación sin desconocer el derecho colectivo que protege la libre competencia, de modo que no afecten el funcionamiento del mercado en el que desarrollan su actividad y, por ende, el interés general que, en últimas, es lo que protege la libre competencia, así lo fija la Corte Constitucional como se evidencia continuación:

"Bajo estas condiciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.

Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado."²¹ (Negrilla fuera de texto).

Por tal motivo, Este Despacho no encuentra válido el argumento presentado por el recurrente ya que el hecho que no haya una tasación de perjuicios o una afectación económica configurada de **EMSSANAR** quien presentó la denuncia, no es motivo para solicitar la exoneración de la multa. En este caso la afectación de la libre competencia es un derecho colectivo, no únicamente individual. Por tanto, no es necesaria la acreditación económica del denunciante para que prospere la sanción impuesta hacia el investigado por haberse probado las conductas reprochables por las cuales se sustentó la Resolución Sancionatoria.

3.2.7. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con irregularidades frente a las pruebas

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ en su recurso de reposición afirma que la Delegatura no decretó, no tuvo en cuenta y desechó testimonios y declaraciones que aportó o solicitó al proceso. En resumen, las razones que expuso son: (i) La Delegatura no decretó pruebas que oportunamente solicitó el impugnante en el ejercicio de su defensa, entre ellas las declaraciones de los gerentes asociados a **AESANAR** por tener directo conocimiento sobre los hechos investigados, situación que considera viola el artículo 29 de la Constitución Nacional. Ninguna prueba documental o testimonial aportada o solicitada en ejercicio del derecho de contradicción se tuvo en cuenta, y además nunca se argumentó el motivo por el cual eran denegadas, al respecto, citó el artículo 149 del C.G.P; (ii) Únicamente se decretó el testimonio de **OSCAR BELALCAZAR** en calidad de asesor de varias **ESE**, el cual no se tuvo en cuenta. Su testimonio fue un relato sobre las actividades

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

desplegadas por **AESENAR** como asociación, así como la situación de poder dominante ejercida por las **EPS** en Nariño; (iii) **EMSSANAR** a través de sus funcionarios **JUAN PABLO DELGADO** y **FERNANDA BRAVO** realizaron afirmaciones en contra de **AESENAR** y su presidente **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, incluso en sus declaraciones se logra evidenciar contradicciones en varios aspectos; (iv) Luego de 7 años de investigación, no se ha logrado demostrar al menos con una prueba contundente y certera, la ocurrencia de los hechos que se puedan configurar en la conducta irregular por la que hoy se le sanciona. También, afirma que no se ahondó como es el deber de recaudar pruebas que desvirtuaran o confirmaran la ocurrencia de los hechos.

Observa este Despacho que algunos de los anteriores argumentos ya habían sido expuestos por el sancionado en su escrito de observaciones al Informe Motivado los cuales no resultaron de recibo por parte de esta Entidad tal y como se reiterará a continuación.

Primero, con respecto a las pruebas solicitadas oportunamente y no decretadas, específicamente las declaraciones de los gerentes asociados a **AESENAR**, este Despacho procederá a enlistar las pruebas que solicitó el recurrente en su escrito de Descargos:

Pruebas documentales:

1. Contratos de prestación de servicios suscritos entre las **EPS** y las **ESE**
2. Estatutos de **AESENAR**
3. Contrato de prestación de servicios suscrito entre **AESENAR** y **MARIA ISABEL DELGADO ORTIZ**
4. Modelo de la minuta elaborado por **MARIA ISABEL DELGADO ORTIZ**

Pruebas testimoniales:

1. Fernanda Bravo
2. Oscar Belalcazar

Frente a este argumento, este Despacho se pronuncia recordándole al investigado que todas las pruebas que solicitó en su escrito de Descargos²² fueron decretadas por la Superintendencia de Industria y Comercio y debidamente practicadas. Tan es así que tanto las pruebas documentales como las testimoniales que fueron enumeradas hacen parte del Expediente con radicado No. 14-103578. Encuentra este Despacho que la afirmación del recurrente en cuanto a la supuesta prueba solicitada de los gerentes de las **ESE** no es cierta. Por lo expuesto, este Despacho no encuentra prueba que acredite la vulneración al artículo 29 de la Constitución Política el cual hace alusión al derecho fundamental al debido proceso, ya que todas las pruebas solicitadas por el investigado en la etapa procesal correspondiente fueron decretadas, practicadas y valoradas.

Segundo, con respecto a que esta Entidad únicamente decretó el testimonio de **OSCAR BELALCAZAR** y que su declaración no fue tomada en cuenta, este Despacho hace énfasis en lo expuesto en la Resolución Sancionatoria donde se demostró que no es cierto que únicamente se decretó la prueba testimonial de **OSCAR BELALCAZAR**. Ahora bien, con respecto a que no se incluyó en la Resolución Sancionatoria, se le recuerda al recurrente que es obligación de la autoridad de competencia valorar las pruebas obrantes en cada investigación de forma integral y en conjunto conforme las reglas de la sana crítica. El artículo 176 del CGP expresamente señala:

*“Artículo 176. **Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

²² Radicado No. 14-103578 – Cons 229, páginas 9 y 10

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Esta Entidad ha referido en los siguientes términos el deber que tiene como autoridad administrativa de realizar una apreciación en conjunto de las pruebas para cada caso, utilizando las reglas de la sana crítica:

“Sobre el particular, vale la pena recordar que, en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia de conformidad con el artículo 176²³ de la Ley 1564 de 2012 (en adelante “Código General del Proceso” o “CGP”).

En concordancia con lo anterior, abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en forma pacífica y uniforme, sostiene que todas las pruebas del proceso forman una unidad y, por consiguiente, deben apreciarse en su conjunto, esto es, en forma integral y que una evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos²⁴.

A partir de lo expuesto, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio, la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad de protección de la libre competencia en Colombia²⁵.

Teniendo en cuenta las características y consecuencias de las reglas de la sana crítica en la valoración integral de las pruebas que conforman un expediente judicial o administrativo, debe señalarse que esta Entidad en su condición de autoridad de competencia, una vez valoradas y analizadas todas las pruebas que hacen parte del acervo probatorio, selecciona las que considera pertinentes, útiles y conducentes y que sustenten la materialización de las conductas reprochadas.

Tercero, con relación a las afirmaciones realizadas por los funcionarios **JUAN PABLO DELGADO** y **FERNANDA BRAVO** en contra de **AESENAR**, el recurrente no especificó sobre a cuáles contradicciones se refiere. Además, en la Resolución Sancionatoria se utilizan partes de la declaración de **FERNANDA BRAVO** testimonio que fue solicitado por **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**. De hecho, encuentra este Despacho contradicción en los argumentos presentados por el recurrente, ya que, por un lado, afirma que únicamente se practicó el testimonio de **OSCAR BELALCAZAR**, cuando en realidad también se decretó y practicó el de **FERNANDA BRAVO**.

Por último, con respecto al argumento de que la Superintendencia no logró demostrar con ninguna prueba la ocurrencia de los hechos, este Despacho lo invita a revisar nuevamente la Resolución No. 30396 de 2021, específicamente el capítulo 10.3.5 denominado “Análisis del Despacho sobre las conductas desarrolladas por **AESENAR**” en el cual esta Superintendencia realizó un relato cronológico de las conductas empleadas por la asociación desde el 2013 hasta el 2018, en el cual cada hecho fue debidamente sustentando a través de oficios, declaraciones o correos electrónicos, valga aclarar, de pruebas que hacen parte del Expediente.

En conclusión, no son de aceptación los argumentos sin fundamentos que alegó el recurrente, motivo por el cual para este Despacho no prosperan.

²³ “**Artículo 176. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. (...)”. (Subraya y negrilla fuera del texto).

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-274 de 2012.

²⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

3.2.8. Consideraciones frente a los argumentos que el Despacho considera no están sustentados con una expresión correcta y además no sustentan la petición del impugnante de archivar la investigación

El impugnante planteó el siguiente argumento: *"En la relación de hechos que plantea el grupo investigador, que dieron origen a la presente investigación (NUMERAL 2 DE LA RESOLUCIÓN 30396 DE MAYO 20 DE 202), se expresa que "AESENAR también impartía instrucciones y adoptaba decisiones que interferían en el libre juego de la competencia, en el mercado de la prestación de servicios de salud en el Departamento de Nariño." (negritas fuera de texto) es decir la supuesta "interferencia al libre juego de la competencia" se ejercía en "todo el territorio nariñense", afirmación falsa y temeraria, frente a la cual el Grupo investigador en el NUMERAL CUARTO de la citada Resolución que hoy recorro, expresa que: "presuntamente AESENAR falseó la libre competencia en el mercado de la contratación de la prestación de los servicios de salud en algunos municipios del Departamento de Nariño", (negritas fuera del texto), indicio grave para que el grupo investigador pudiera inferir que los denunciante estaban mintiendo."*

Sobre el particular, este Despacho o le encuentra el sentido que el recurrente busca probar con el citado argumento. Así mismo, se le recuerda a **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** que existe una carga al momento de presentar recursos de reposición, específicamente el numeral 2 del artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que los recursos deberán sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.

Estas mismas consideraciones resultan aplicables a los demás argumentos expuestos en el acápite 2.8. de la presente Resolución.

3.2.9. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la fijación de la UPC anual

El recurrente en su recurso de reposición argumentó que las normas de la contratación para la prestación de los servicios de salud, así como el incremento de la **UPC**, vienen reguladas por el Gobierno Nacional. Ahora bien, la contratación con **EMSSANAR** y demás **EPS** en Nariño, se realizó bajo la modalidad de capitación por la imposición de las **EPS** y no por lineamientos de **AESENAR** y su presidente. Basta con revisar los contratos para constatar que toda la contratación se hizo bajo parámetros legales o a criterios de las **EPS**.

Así pues, para lograr concertar el porcentaje de la **UPC** para la prestación de los servicios de salud había que reunirse las veces que fuera necesario para proponer y concertar con cada **EPS** el porcentaje de la **UPC** a ser aplicado ya que era imposible hacerlo bajo la imposición que inicialmente pretendían imponer las **EPS** a su conveniencia económica. **EMSSANAR** pretendió contratar los servicios de la **ESE** por debajo de las tarifas legales establecidas para dicha contratación como ocurre hasta la fecha que se contrata con una **UPC** del 35 al 38% de la **UPC** real, por lo que la asociación se vio obligada a defender los intereses de nuestras instituciones y a exigir una contratación ceñida a las tarifas y porcentajes establecidos en las normas pertinentes.

Frente a lo anterior, debe tenerse en cuenta que este argumento fue empleado por el recurrente en las observaciones presentadas al Informe Motivado. Al respecto, este Despacho difiere de lo manifestado por el investigado, puesto que, si bien es cierto que el Gobierno Nacional es el encargado de fijar el incremento de la **UPC** anual, **AESENAR** por cuenta propia definía los porcentajes y los valores que se presentarían a cada **EPS** de manera anual. Es así como se demostró en la Resolución Sancionatoria que uno de los temas a tratar que siempre se incluía en las propuestas enviadas por **AESENAR** a las **EPS** para la concertación de los servicios de salud, radicaba en la negociación de la **UPC**. Sobre este punto obran en el expediente documentos que demuestran la manera como **AESENAR** acordó los porcentajes de las **UPC** entre sus asociados y las propuso dentro de las negociaciones que se llevaron a cabo entre las **ESE** y las **EPS**. Por estas razones no tiene ningún sustento lo afirmado por los investigados.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Ahora bien, resulta contradictorio el hecho que en los argumentos presentados por el recurrente se haga énfasis en que la **UPC** no puede ser acordada entre las **ESE** y las **EPS**, cuando hay evidencia precisa que demuestra que **AESSE** no respetó lo dispuesto por el orden nacional y que, por el contrario, realizaba negociaciones con las **EPS** con el fin de determinar la **UPC** que sería incluida en los contratos. Consta como prueba un oficio del 8 de febrero de 2013 en el cual **EMSSANAR** estableció de manera clara que no era posible atender la propuesta de trabajar con una **UPC** fija y un incremento del 20%, ya que dicho porcentaje está muy por encima del valor que se ajustó la **UPC** para el año 2013 estipulado por el gobierno nacional. Adicionalmente, **EMSSANAR** en el mencionado oficio también manifestó lo siguiente:

(...) "trabajar con el porcentaje definido por ustedes es aún más difícil, pues ustedes plantean un porcentaje con los servicios del primer nivel del 55% sin incluir P y P y si sumado los 12% que puede estar considerado estas actividades estaríamos hablando de un 67% muy por encima del estándar que se maneja en este nivel."²⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, queda sin fundamento alguno lo argumentado por los investigados en el recurso, toda vez que no solo presentaron propuestas para acordar la **UPC**, sino que, además, presentaron un porcentaje en un 67% muy por encima del estándar que se maneja en ese nivel. En conclusión, este Despacho considera que estos argumentos no están llamados a prosperar.

3.2.10. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la facultad que ostentan los gerentes de las ESE para realizar propuestas en las negociaciones contractuales

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ en su recurso alegó que los gerentes en calidad de representantes legales de las **ESE** tenían facultades para hacer propuestas escritas o verbales durante la etapa de negociación con las **EPS**, de las cuales posteriormente podrían ser discutidas y concertadas con los comités de contratación conformados por cada **EPS**. De igual manera, afirma el impugnante que resulta extraño que el ejercer una de las funciones como representantes legales de las **ESE** y defender los intereses de las instituciones de salud y usuarios en una contratación, constituya una conducta ilícita, y que, en consecuencia, amerite la imposición de una millonaria sanción.

Así mismo, **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** señaló que las propuestas que se presentaron tenían un marco de legalidad, basadas en las capacidades de cada **ESE**, términos contractuales que una vez establecidos mediante un "consenso inter-partes", se materializaron en "contratos individuales" y "no grupales" como malintencionadamente se pretendió hacer creer generando la apertura de esta investigación. En síntesis, los términos que previamente se propusieron como parte de la negociación entre **ESE** y **EPS**, muchos de ellos presentados mediante oficios, no pueden considerarse bajo ningún criterio como ilegales, pues no hay prohibición legal expresa que lo impida y segundo, eran las facultades como gerentes al tenor del artículo 19 del Decreto 1876 de 1994.

Los anteriores argumentos, que en esencia se dirigen a alegar que el rol de **AESSE** durante la etapa de negociación sobre los servicios de salud no atentaron contra la libre competencia, no tienen mérito de prosperidad y deberán ser rechazados por las razones que se exponen a continuación.

Lo primero que debe anotarse es que existe una importante diferenciación entre las facultades propias de los gerentes de cada **ESE** como representantes legales y las facultades de una Asociación de Empresas Sociales del Estado como en este caso lo fue **AESSE**. Por una parte, los gerentes de las **ESE** cuentan con la facultad y competencia para ser parte de la negociación de las cláusulas que regirán los contratos de prestación de salud celebrados con las **EPS**. Es claro que los gerentes no deben aceptar tarifas que no se ajusten a lo dispuesto por el Orden Nacional o que generen un detrimento a las instituciones de salud. Frente a esto, este Despacho no ha emitido ningún reproche.

²⁶ Folio 187 cuaderno publico No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Por otro lado, está la Asociación de Empresas Sociales del Estado la cual no cuenta con la facultad de tomar decisiones en conjunto con todos los gerentes de las **ESE** quienes son sus miembros, para posteriormente proponer en las negociaciones lo acordado limitando así la libre negociación que debe estar en cabeza de cada gerente. Es decir, esta Superintendencia reitera que la conducta reprochada durante la investigación radica en que **AESEENAR** no tiene facultades para concretar las condiciones contractuales que deben realizarse de manera individual entre cada **ESE** y **EPS**.

En línea con lo anterior, con respecto al artículo 19 del Decreto 1876 de 1994 el cual hace mención de las facultades que tienen las Asociaciones de Empresas Sociales del Estado, en consecuencia, se les permite: **(i)** Contratar la compra de insumos y servicios, **(ii)** Vender servicios o paquetes de servicios y, **(iii)** Conformar o hacer parte de Entidades Promotoras de Salud.

De esta forma, el citado artículo por parte del recurrente no sustenta su indebido actuar al haber enviado propuestas de contratación a nombre de **AESEENAR** a las distintas **EPS** del Departamento de Nariño, ya que dentro de las facultades conferidas por el artículo 19 del Decreto 1876 de 1994, se faculta a la Asociación para que realice ello como parte del contrato a celebrar, más no autorizando la intermediación entre las **ESE** y las **EPS**.

3.2.11. Consideraciones frente al argumento relacionado con las citaciones para suscribir contratos

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTINEZ sostuvo que los gerentes nunca impusieron una cita para suscribir los contratos con las **EPS**, ni **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTINEZ** era quien decidía si se realizaban o no, prueba de ello es que siempre estaban a la merced de las citaciones de las **EPS**. De ahí que resulta absurdo que se afirme que **AESEENAR** ejercía poder dominante sobre **EMSSANAR**, como inicialmente se hizo hacer creer.

Sobre el particular, este Despacho no encuentra motivos por los cuales el recurrente argumenta que la asociación conformada por los gerentes de las **ESE** nunca impusieron una cita para suscribir contratos, ya que en lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria no se dijo lo contrario. Para mayor claridad, lo que se demostró por esta Entidad y es cuestión de reproche en cuanto a la conducta de **AESEENAR** es el haber enviado comunicaciones a las **EPS** con el fin de citar y agendar reuniones con el propósito de negociar las tarifas de los servicios de salud en el Departamento de Nariño. Cabe diferenciar la acusación realizada y probada, por un lado, está la de citación a suscribir contratos y por otro, esta la citación a la negociación previa a la suscripción del contrato.

De esta manera queda claro que este Despacho reprocha las citaciones enviadas por **AESEENAR** a las **EPS** del Departamento de Nariño con el fin de adelantar las negociaciones sobre las condiciones contractuales y no hace referencia sobre citaciones para suscribir contratos.

Prueba de estas comunicaciones donde se enviaban las citaciones está la comunicación del 23 de enero del 2017, donde se da cuenta de que las reuniones entre las **ESE** y las **EPS** eran organizadas por la asociación y era **AESEENAR** quien hacía el primer acercamiento para reunirse y finalmente llevar a cabo los acuerdos propios de las condiciones dentro de los contratos de servicios de salud acordados por los afiliados.

De manera concreta, para el año 2017, en el Expediente obra una comunicación de citación a una reunión entre los gerentes de las **ESE** asociadas a **AESEENAR** y los representantes de las **EPS** en las negociaciones que dan cuenta de la continuación en la fijación de criterios y la indicación de lineamientos para la contratación de la prestación de los servicios de salud. Un ejemplo de ello se evidencia en una comunicación del 23 de enero del 2017, la cual fue dirigida a **EMSSANAR** con el asunto de referencia "*Solicitud de programación de reunión con la asociación de **ESES** de Nariño-**AESEENAR**, con el fin de plantear lineamientos para la contratación de prestación de servicios de salud entre su **EPS** y nuestros asociados para la vigencia 2017*"²⁷.

²⁷ Folio 1340 al 1341 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Asimismo, en la mencionada comunicación la asociación manifestó que se dirigía con el propósito de adelantar el proceso de contratación de prestación de servicios de salud. Específicamente, se solicitó la programación de una reunión con **AESENAR** y la **EPS** con el fin de poder discutir los lineamientos que puedan debatirse en el proceso de negociación contractual.

En razón de lo expuesto, el argumento no está llamado a prosperar, por lo que será rechazado por el Despacho.

3.2.12 Consideraciones frente al argumento relacionado con la ausencia de queja por parte del resto de EPS del departamento

Reitera el impugnante que no hubo queja ni denuncia durante la existencia de **AESENAR** ni de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** en calidad de presidente que se haya suscrito por parte de las demás **EPS** del Departamento de Nariño. Las actividades de la asociación se enmarcaron con estricta observancia de lo que estipula la Constitución Nacional y la Ley. Excepto la formulada por **EMSSANAR**.

Partiendo de que este argumento fue utilizado por el recurrente en las observaciones al Informe Motivado, este Despacho reitera que el hecho de que la queja la haya interpuesto solamente una **EPS** y no las demás **EPS** con las que se realizaban las contratación de la prestación de los servicios de salud, no desestima el hecho de haber realizado malas prácticas tendientes a violar el régimen de la libre competencia con el resto de las **EPS** tal y como fue debidamente probado.

En este sentido, la queja presentada por **EMSSANAR** avisó a la Superintendencia de posibles prácticas restrictivas de la competencia, posteriormente mediante memorando radicado con el No. 14-103578-9 del 30 de junio de 2016²⁸, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó el inicio de una averiguación preliminar con el fin de establecer si existía mérito para iniciar una investigación por la presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas de la competencia por parte de **AESENAR**.

En consecuencia, surtida la etapa de la averiguación preliminar, con fundamento en el material probatorio recaudado en la actuación administrativa adelantada bajo el radicado No. 14-103578, la Delegatura a través de la Resolución No. 61069 de 2019²⁹ abrió investigación formal y formuló pliego de cargos contra **AESENAR** por considerar que presuntamente falseó la libre competencia en el mercado de la contratación de la prestación de los servicios de salud en algunos municipios del Departamento de Nariño.

En síntesis, la Resolución Sancionatoria tendría el mismo sustento probatorio si las demás **EPS** del departamento de Nariño hubieran presentado una queja en contra de **AESENAR**, ya que a través de los requerimientos que le solicitó la Superintendencia a la asociación se logró recaudar oficios cruzados con **EPS ASMET SALUD, COMFAMILIAR, EMSSANAR** y **MALLAMAS**, los cuales fueron utilizados como pruebas en la Resolución No. 30396 de 2021.

Por último, cabe resaltar que la Resolución Sancionatoria encuentra sustento en el acervo probatorio de la presente investigación y no de la queja presentada por **EMSSANAR** y mucho menos de las afectaciones económicas que le pudiera generar de a la **EPS** de manera particular.

3.2.13. Consideraciones frente al argumento relacionado con las observaciones al informe motivado

En el recurso de reposición **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** ratificó lo expuesto frente a las observaciones presentadas conjuntamente por **AESENAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO**

²⁸ Folio 626 del Cuaderno público No. 3 del Expediente.

²⁹ Folios 1103 a 1151 del cuaderno público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

MARTÍNEZ frente al Informe Motivado, de las cuales indica no ser tenidas en cuenta al momento de tomar la decisión, pues al respecto nada se dice.

Sobre el particular, este Despacho difiere de lo señalado por el recurrente ya que, en el capítulo 8.1 de la Resolución Sancionatoria se hizo un resumen de las observaciones presentadas al Informe Motivado, de las cuales algunas se respondieron en el capítulo 10.3.5. denominado "Análisis del Despacho sobre las conductas desarrolladas por **AESENAR**" y el resto de las observaciones fueron resueltas en el capítulo 10.4. denominado "Consideraciones del Despacho frente a las observaciones de los investigados al informe Motivado".

Por lo anterior, este Despacho rechaza el argumento expuesto y no están llamados a prosperar.

3.2.14. Consideraciones frente al argumento relacionado con la rectificación sobre la recomendación del Consejo Asesor de Competencia

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ en su recurso de reposición argumentó que la Superintendencia de Industria y Comercio cometió un error al citar el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 afirmando que dicho artículo se encuentra fuera de contexto, y que no hay relación alguna entre la norma citada y las conductas reprochadas. Equivocadamente cita en el recurso el supuesto contenido del artículo para demostrar el sustento de su infundada afirmación, en los siguientes términos: "25. Prohibir o someter al cumplimiento de requisitos o especiales la propaganda comercial de todos o algunos de los bienes o servicios que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud".

Igualmente, el recurrente solicita que no se tenga en cuenta la recomendación unánime realizada por el Consejo Asesor y, además, solicita aclaración del sentido en que se quiso sustentar.

Frente a la recomendación unánime de sancionar emitida por el Consejo Asesor, el impugnante solicita que esta recomendación no sea acogida por el Despacho, ya que, si el Consejo Asesor se basó en el artículo citado anteriormente, este se encuentra fuera de contexto, pues no hay relación alguna entre la norma citada y las conductas que se reprochan. Solicita aclaración del sentido en que se quiso sustentar.

Al respecto, este Despacho le aclara al recurrente que contrario a lo indicado en el recurso con respecto a la supuesta equivocación de la Superintendencia al citar el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, se procede a ilustrar el texto de lo indicado en el mencionado artículo demostrando que este Despacho no cometió ningún error en la citación de la norma competente para tal fin.

"Artículo 25. Consejo Asesor. El Superintendente de Industria y Comercio tendrá un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la protección de la competencia, integrado por (5) cinco expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

"El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los siguientes eventos:

1. Para el ejercicio de las funciones previstas en los numerales 9 y 10 del artículo 9° del presente decreto.

2. Para la imposición de las multas previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 relacionadas con la violación a las disposiciones de protección de la competencia, por incurrir en alguna de las conductas consideradas como restrictivas de la competencia previstas en el artículo primero de la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 o cualquier otra disposición especial en la materia, así como por el incumplimiento del deber de informar una operación de integración empresarial.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

3. Cuando en ejercicio de facultades administrativas de competencia desleal se vayan a adoptar las mismas medidas a las que se refieren los dos numerales anteriores.

Los miembros del Consejo Asesor estarán sujetos a las inhabilidades y régimen de honorarios previstos para los miembros del Consejo Asesor del Superintendente Financiero.

Tales honorarios se pagarán siempre y cuando no se trate de servidores públicos."

Como puede apreciarse, este argumento carece de sustento probatorio ya que son afirmaciones infundadas, razón por la cual este Despacho considera no esta llamado a prosperar.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho procederá a confirmar la totalidad de la sanción impuesta.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 30396 del 20 de mayo de 2021.

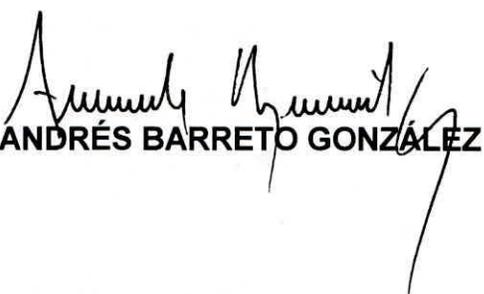
ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente la presente Resolución a **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, identificado con la C.C. 15.810.960 y a **AESENA**R, identificada con el NIT. 900.602.125 – 0, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma no procede recurso alguno.

ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**, identificada con NIT. 800.152.783 – 2.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **09 JUL 2021**

El Superintendente de Industria y Comercio,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

NOTIFICAR

ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO - AESENAR

NIT. 900.602.125 – 0

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

Correo electrónico: edgarburbanomartinez@hotmail.com

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ

C.C. No. 15.810.960

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

Correo electrónico: edgarburbanomartinez@hotmail.com

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

COMUNICAR

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NIT. 800.152.783 - 2

Diagonal 22 B No. 52 – 01 (Ciudad Salitre)

Bogotá D.C.

jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co