

INFORME MOTIVADO

Radicación No. 07-032448

Investigación adelantada por prácticas comerciales restrictivas en contra de la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES DE RISARALDA – ASHORALDA – y las señoras OLGA LUCÍA ZULUAGA RODRÍGUEZ y LINA BEATRIZ RENDÓN TORRES, Directora Ejecutiva y Representante Legal respectivamente.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, y por el artículo 8 del Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el artículo 4 del Decreto 1687 de 2010, la Delegatura de Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") presenta a consideración del Superintendente de Industria y Comercio el presente Informe Motivado, el cual da cuenta de la investigación por prácticas comerciales restrictivas iniciada mediante Resolución No. 33667 de 2009, en contra de la Asociación de Hospitales de Risaralda – ASHORALDA – (en adelante ASHORALDA), Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, como Directora Ejecutiva y Lina Beatriz Rendón Torres, como Representante Legal de ASHORALDA.

1. AVERIGUACIÓN PRELIMINAR

1.1. Inicio de la averiguación preliminar

La presente actuación se inició con ocasión de la queja presentada por la Clínica Medilaser Ltda. (en adelante MEDILASER), en contra de ASHORALDA, por la presunta realización de acuerdos contrarios a la libre competencia y prácticas comerciales restrictivas¹ en la contratación de servicios de salud para los afiliados de CAFESALUD ARS (en adelante "CAFESALUD"), tal y como consta en el escrito radicado con el número 07-032448-00 del 30 de marzo de 2007.

El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia (e) (actualmente denominado Delegado para la Protección de la Competencia), mediante memorando de fecha 25 de julio de 2007², solicitó al Jefe del Grupo de Promoción de la Competencia (actualmente denominado Grupo de Protección de la Competencia) dar inicio a una averiguación preliminar con el fin de determinar si ASHORALDA habría incurrido en la violación de alguna norma en materia de prácticas comerciales restrictivas.

Adicionalmente, la Asociación Mutual la Esperanza de Tambo, ASMET SALUD EPS-S (en adelante ASMET SALUD), presentó queja ante esta Superintendencia en contra de ASHORALDA por la presunta realización de acuerdos contrarios a la libre competencia y prácticas comerciales restrictivas³, tal y como consta en el escrito radicado con el número 08-094229-00 del 08 de Septiembre de 2008.

El Jefe del Grupo de Promoción de la Competencia (actualmente Grupo de Protección de la Competencia) ordenó la acumulación de los expedientes identificados con los números 07-032448 y 08-094229, por considerar que los mismos presentaban "*elementos comunes [...] que permitirían decidir y esclarecer de fondo la materia examinada*"⁴.

1.2. Pruebas recaudadas en la averiguación preliminar

Como atrás se indicó, la investigación preliminar tuvo como punto de partida las quejas presentadas por MEDILASER y por ASMET SALUD por la presunta realización de acuerdos contrarios a la libre competencia y prácticas comerciales restrictivas.

De una parte, MEDILASER aportó copia simple del acta titulada "*REUNIÓN CAFESALUD ARS-SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL ASOCIACIÓN DE HOSPITALES DE RISARALDA Y COMISIÓN NEGOCIADORA*", cuyo contenido señala que el día 26 de marzo de 2007, se reunieron Victoria Eugenia Aristizábal, Directora de CAFESALUD; Carlos Arturo Hernández, Auditor de CAFESALUD; Juan Carlos Restrepo, Secretario de Salud (E) del departamento de Risaralda; Gustavo Ortiz Gómez, Subgerente Científico del Hospital La Virginia; Hugo Mauricio Quintero, Gerente del Hospital San Jorge; Lina Beatriz Rendón Torres, Gerente del Hospital Santa Mónica; Mauricio Arias Flórez Arias, Gerente del Hospital de Guatita y Olga Lucia Zuluaga Rodriguez, Representante Legal de ASHORALDA.

De acuerdo con la información contenida en el documento aportado por MEDILASER, el objeto de la reunión era llevar a cabo la negociación de un contrato entre CAFESALUD y los hospitales de la red pública del departamento de Risaralda, afiliados a ASHORALDA.

De otra parte, ASMET SALUD, aportó copia simple de un acta titulada "*REUNIÓN DE NEGOCIACIÓN DE ASMET SALUD - MESA DE NEGOCIACIÓN ASOCIACIÓN DE HOSPITALES DEL RISARALDA*", cuyo contenido señala que el día 11 de marzo de 2008 se reunieron los señores: Gustavo Aguilar Vivas, Gerente General de ASMET SALUD; Fabián Hurtado, Director de Aseguramiento de ASMET SALUD; Pedro Pablo Zapata Henao, Gerente de ASMET SALUD Pereira; Neuridio Alberto Vinasco, Gerente del Hospital Quinchía; Jorge Enrique Giraldo, Jefe Área del Hospital Santa Rosa; Carlos Arias Giraldo, de Gerente (e) del Hospital Santa Rosa; Mauricio Quintero Zuluaga, Gerente del Hospital San Jorge; Juan Carlos Marín Gómez, Gerente de la ESE Salud Pereira; Lina Beatriz Rendón Torres, Gerente del Hospital Santa Mónica y Olga Lucia Zuluaga Rodríguez, como Representante Legal de ASHORALDA.

El objeto de la reunión consignada en el acta aportada por ASMET SALUD, era llevar a cabo la negociación de un contrato entre ASMET SALUD y los hospitales de la red pública del departamento de Risaralda, afiliados a ASHORALDA.

Con fundamento en las mencionadas quejas esta Entidad citó a rendir testimonio sobre los hechos denunciados a: Héctor Fabio Gallo Mosquera, Secretario de Salud de la Gobernación de Risaralda⁵; Lina Beatriz Rendón Torres, Representante Legal de ASHORALDA⁶; Victoria Eugenia Aristizábal, Directora Departamental Régimen Subsidiado CAFESALUD Risaralda⁷; Leonardo Valero Granados, Coordinador Médico de MEDILASER⁸ y Gustavo Adolfo Aguilar, Gerente General de ASMET SALUD⁹. Así mismo, se llevaron a cabo visitas administrativas a ASHORALDA¹⁰, CAFESALUD¹¹ y MEDILASER¹².

⁵ Cuaderno 1, folios 52 a 71.

⁶ Cuaderno 1, folios 93 a 98.

⁷ Cuaderno 1, folios 122 a 126.

De otra parte, se obtuvo información de la Superintendencia Nacional de Salud¹³ tanto de las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado (en adelante "EPS-S") como de las empresas sociales del estado (en adelante "ESE") del departamento de Risaralda.

1.3. Conclusión de la etapa de averiguación preliminar

Una vez analizada la información recopilada durante la etapa de averiguación preliminar, esta Delegatura encontró mérito suficiente para abrir una investigación administrativa con el fin de determinar si ASHORALDA, su representante legal y su directora ejecutiva, incurrieron en conductas violatorias del régimen sobre protección de la competencia, en particular, si impartieron instrucciones o adoptaron decisiones que interfieren en el libre juego de la competencia al interior del mercado de la prestación de servicios de salud del departamento de Risaralda.

2. INVESTIGACIÓN

2.1. Resolución de apertura

Mediante la Resolución No. 33667 del 2 de julio de 2009 la Delegatura ordenó abrir investigación contra ASHORALDA, con el fin de determinar si dicha asociación actuó en contravención de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994:

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

De igual manera se abrió investigación en contra de Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, Directora Ejecutiva de ASHORALDA y Lina Beatriz Rendón Torres, Representante Legal de ASHORALDA, para determinar si para la fecha de los hechos autorizaron, ejecutaron o toleraron la conducta contraria a la libre competencia imputada a la asociación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Lo anterior, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. En el expediente obran numerosas actas de reuniones entre EPSs del régimen subsidiado y ASHORALDA, celebradas entre 2007 y 2008¹⁴. En dichos documentos se observa que la Asociación, estaría presuntamente adoptando decisiones tendientes a generar acuerdos en relación con las tarifas y las condiciones de contratación de los servicios de salud.
2. El señor Gustavo Adolfo Aguilar, en su calidad de Gerente general de ASMET SALUD, en testimonio rendido el 5 de marzo de 2009, manifestó que ASHORALDA no permite que las EPS negocien individualmente las

una de las ESE, las negociaciones deben hacerse a través de la Asociación¹⁵.

3. En el objeto general de la asociación, consignado en el Certificado de Existencia y Representación Legal, se incluye explícitamente la fijación de *“de las políticas o pautas a seguir en el desarrollo de actividades comunes a los socios”*, así como la fijación de *“pautas comunes para contratar la compraventa de servicios con las entidades públicas y privadas”*¹⁶.
4. En la correspondencia cruzada entre ASHORALDA y las EPS del departamento de Risaralda entre 2007 y 2008, se encontraron varias instrucciones por parte de la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, en relación con la contratación de servicios de salud. Así mismo, en dicha correspondencia se encontró evidencia del reconocimiento de ASHORALDA, por parte de las EPS, como representante de las ESE del departamento de Risaralda.¹⁷
5. Se encuentra evidencia que apunta a señalar que las decisiones adoptadas por ASHORALDA presuntamente tendrían el objeto de restringir la participación de uno de los competidores de la red privada (MEDILASER), en la prestación de servicios de salud a afiliados del régimen subsidiado; mercado en el cual participan las ESE asociadas¹⁸.
6. En algunos de los documentos que soportan lo consignado en los numerales anteriores, se observa que las señoras Lina Beatriz Rendón Torres y Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, en representación de ASHORALDA, presuntamente habrían participado en la adopción de la conducta objeto de investigación.

De acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio oportunidad a los investigados para solicitar y aportar las pruebas que pretendieran hacer valer en su defensa¹⁹.

2.2. Audiencia de conciliación

Se citó a Audiencia de Conciliación, para llevarse a cabo el 29 de septiembre de 2009 y se suspendió a solicitud de los intervinientes por cuanto tanto los denunciados como los investigados tenían ánimo conciliatorio²⁰.

El 6 de octubre de 2009 se continuó con la audiencia y se llegó a acuerdo conciliatorio entre los investigados y ASMET SALUD. Por su parte, no hubo acuerdo con MEDILASER.²¹

¹⁵ Cuaderno 2, folios 400 a 415.

¹⁶ Cuaderno 1, Folio 119.

¹⁷ Cuaderno 2, folios 473 y 494 a 495.

¹⁸ Cuaderno 2, folios 419 a 424.

¹⁹ Oficio radicado con el número 07-032448-0042-01, presentado el 5 de agosto de 2009 por OLGA LUCÍA ZULUAGA, en su calidad de Representante Legal de ASHORALDA y de persona natural investigada, folios 694 a 1083 de los Cuadernos No. 3 a 5 del expediente. Así mismo, oficio

2.3. Etapa probatoria

2.3.1. Pruebas solicitadas por los investigados

Esta Delegatura, mediante Resolución No. 9075 de 18 de Febrero de 2010, decretó las siguientes pruebas solicitadas por los investigados, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992:

2.3.1.1. Documentales

- Documentos aportados al expediente mediante escrito radicado con el número 07032448-00042-0001 del 5 de agosto de 2009, obrante a folios 694 a 1083 de los cuadernos 3, 4 y 5 del expediente.
- Documentos aportados al expediente mediante escrito radicado con el número 07032448-00043-0001 del 5 de agosto de 2009, obrante a folios 1084 a 1473 de los cuadernos 5 y 6 del expediente.
- Documentos aportados al expediente mediante escrito radicado con el número 07032448-00044-0001 del 20 de agosto de 2009, obrante a folios 1474 a 1505 del cuaderno 6 del expediente.

2.3.1.2. Testimoniales

- JUAN CARLOS MARÍN GÓMEZ, Gerente de la Empresa Social del Estado Salud Pereira, con el fin de aclarar la denuncia del señor Gustavo Adolfo Aguilar, en su calidad de Gerente general de ASMET SALUD, cuando afirma que ya había firmado contrato con la ESE Salud Pereira y la Asociación lo hizo devolver.
- ARLEY MARULANDA OSORNO, Presidente de la Asociación de Hospitales de Risaralda, con el fin de aclarar los hechos materia de investigación.

2.3.1.3. Oficios

- Oficio a CAFESALUD EPS para que remita una relación de los recobros realizados por CAFESALUD EPS-S a la CLINICA MEDILASER LTDA. por atenciones que debieron ser realizadas por esta última en cumplimiento del contrato bajo la modalidad de capitación firmado entre las partes.

2.3.2. Pruebas decretadas de oficio

Mediante la Resolución No. 9075 de 18 de Febrero de 2010, esta Delegatura decretó de oficio las siguientes pruebas:

2.3.2.1. Interrogatorios de Parte

- OLGA LUCIA ZULUAGA, en su doble calidad de persona natural investigada y representante legal actual de ASHORALDA.
- LINA BEATRIZ RENDÓN TORRES, en su calidad de persona natural investigada, quien en el momento de los hechos actuaba como representante

2.3.2.2. Oficios

- Oficio a la Secretaría de Salud de Risaralda y al Ministerio de la Protección Social para que remitieran el listado de las EPS del Régimen Subsidiado y de los hospitales que ofrecen servicios de salud de los niveles 1 y 2 de complejidad, en el departamento de Risaralda.
- Oficio a las EPS relacionadas por la Secretaría de Salud de Risaralda para que enviaran información relacionada la cobertura en el régimen subsidiado en el departamento de Risaralda, así como la red de prestación de servicios y la contratación con las IPS de la misma zona.
- Oficio a los hospitales relacionados por la Secretaría de Salud de Risaralda para que enviaran una relación mensual de los ingresos percibidos por la prestación de servicios de salud durante los años 2006 a 2009.

Adicionalmente, mediante Resolución No. 25673 del 20 de Mayo de 2010, se realizó una adición al Acto Administrativo que decreta pruebas, se reprogramaron el interrogatorio de la señora Lina Beatriz Rendón y el testimonio del señor Juan Carlos Marín. Este último testimonio se reprogramó por segunda vez mediante Resolución No. 47783 de 06 de Septiembre de 2010.

De otra parte, de conformidad con el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, la Delegatura negó la práctica de la siguiente prueba solicitada por ASHORALDA y por la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez:

- Testimonio del señor GERMÁN ARDILA, Presidente de la Junta Directiva de la Asociación Caucana de Hospitales, para que declare sobre el comportamiento de posición dominante en el Departamento de Cauca.

Se encontró que tal prueba era impertinente, toda vez que pretende probar hechos que no guardan relación con la investigación.

2.4. Solicitud de nulidad y de revocatoria directa

Mediante escrito radicado con el número 07-032448-104, de fecha 11 de mayo de 2010, el doctor Darío Martínez Santacruz, apoderado de la Asociación de Hospitales de Risaralda, ASHORALDA, y de la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, solicitó la nulidad del interrogatorio rendido por la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, argumentando que en la práctica del mismo se violó el debido proceso.

Igualmente, el apoderado solicitó la nulidad de la Resolución No. 33667 de 2009 por cuanto la norma citada, a efectos de imputarle a la asociación la vulneración de las normas de protección de la competencia, no le aplica, ya que se refiere a entidades que tienen una naturaleza jurídica diferente a la de la investigada (el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, norma imputada, se aplica a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares).

La solicitud de nulidad del interrogatorio fue rechazada mediante la Resolución No. 63645 del 19 de noviembre de 2010, por cuanto esta Delegatura concluyó que la

En cuanto a la solicitud de declaratoria de nulidad de la Resolución N° 33667 de 2009, al final del numeral 10.2 de la Resolución No 63645 de 2009, se rechazó la nulidad de la Resolución No. 33667 de 2009 y se indicó que esta Delegatura se pronunciaría sobre los argumentos presentados por el impugnante en el presente Informe Motivado, como se hará a continuación.

Esta Delegatura concluye que no le asiste razón al apoderado, toda vez que la prohibición contemplada en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, norma imputada en la presente investigación, no debe entenderse en su sentido restrictivo, pues tal y como la norma lo dispone, tal prohibición aplica *“sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas (...)”*.

En consecuencia, es evidente que esta norma no excluye las demás comprendidas dentro del régimen general de la libre competencia y, por lo tanto, su interpretación y aplicación debe darse dentro del marco de las demás normas que lo comprenden. En este sentido, al observar en conjunto las normas del Decreto 1663 de 1994, se encuentra lo siguiente:

**“CAPÍTULO II. RÉGIMEN DE LA LIBRE COMPETENCIA
Prohibición general de prácticas restrictivas de la competencia**

Artículo 3. - Prohibición General a las Prácticas Restrictivas de la Competencia. *De conformidad con lo previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto Ley 1298 de 1994 y con lo establecido en el presente decreto, están prohibidos todos los acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito.*

Serán aplicables a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen”. (Subrayado fuera de texto)

Las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones o colegios de profesionales son personas jurídicas diferentes de los miembros que las conforman. Son de carácter privado y buscan en términos generales; la prestación de servicios para sus miembros, la protección de intereses y la persecución de objetivos comunes de la actividad que desempeñan.

Existen varias ventajas para los integrantes de asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones o colegios de profesionales, pues pueden obtener una representación conjunta frente a las autoridades nacionales, el desarrollo de foros y discusiones sobre problemáticas propias del sector así como la búsqueda de soluciones para los mismos. Así, se impulsan ciertos comportamientos económica y socialmente deseables mediante la emisión de directrices o recomendaciones y la adopción de normas de calidad.

miembros, a los consumidores y a contribuir con la consecución de aumentos en la eficiencia del mercado en el que participan.

Sin embargo, cuando una asociación o agremiación agrupa empresas que compiten entre sí, las actividades que desarrolle podrían caer en la realización de prácticas contrarias a la libre competencia y/o de competencia desleal. Por lo anterior, las actividades desempeñadas por este tipo de personas jurídicas, deberán adecuarse a los lineamientos establecidos por el régimen general de protección de la competencia.

Siendo esto así, las acciones realizadas por las asociaciones o agremiaciones en pro de sus asociados deben ser vigiladas, con el fin de que las mismas no propicien o traigan consigo la realización de actos contrarios al régimen general de protección de la competencia.

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, las acciones realizadas por las asociaciones o agremiaciones deberán analizarse con una doble perspectiva:

En primer lugar, dichas personas jurídicas tienen un obrar propio, que las pone como un agente de un mercado determinado, por ejemplo, cuando las mismas adquieren bienes o proveen servicios de consultoría.

En segundo lugar, las asociaciones y los gremios, desarrollan actividades para y con objeto de representar los intereses de sus asociados, de manera tal que, o bien sus recomendaciones, directrices, decisiones o bien su carácter de escenario o instrumento de representación de sus asociados, propicie o traiga consigo la realización de actos contrarios al régimen de protección de la libre y leal competencia.

Es precisamente en esta segunda dimensión, en desarrollo de actividades por y para sus asociados, que tanto gremios como asociaciones de profesionales, técnicos y artesanos consideran que su actuar no está restringido, pues su objeto no es otro que representar los intereses de sus asociados. La representación de los intereses de sus asociados es considerada como un interés legítimo e incluso deseable a la luz del derecho de la competencia, en tanto, dicha colaboración entre competidores puede llevar a mejoras en la equidad, la eficiencia, la ecología y la efectividad de la actividad productiva de los asociados al gremio o la asociación de profesionales. Sin embargo, muchas de las actividades que algunas asociaciones y gremios desarrollan en pro del gremio, pueden restringir la libre competencia o pueden ir en contra de los intereses de los consumidores, y, por tanto, de los intereses del derecho de la competencia.

Las asociaciones y gremios, en vista de los límites del derecho de la competencia, deben abstenerse de tomar decisiones, implementar normas o recomendaciones o desarrollar otras actividades que puedan tener el potencial para restringir o falsear la libre y leal competencia conforme con lo dispuesto por la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 y las disposiciones relacionadas de la Ley 1340 de 2009. Conforme con la doctrina y las guías publicadas por otras autoridades de competencia, existen un conjunto de actividades que los gremios deben abstenerse de desarrollar o deben desarrollar con absoluta cautela y cuidándose de convertirse un nodo de decisión colectiva de los asociados que

de información. Con todo, quizá los tipos más preocupantes para el derecho de la competencia son las recomendaciones relacionadas con precio o las prestaciones de contratos uniformes, compras conjuntas, publicidad e intercambio de información.

Respecto de los precios o prestaciones de contratos uniformes, las asociaciones deben abstenerse de decidir, recomendar o sugerir a sus asociados cualquier tipo de precio, lista de precios, lista de descuentos o promociones permitidas a sus asociados, en razón a que dichos actos pueden llegar a considerarse como acuerdos o actos restrictivos de la competencia.²² Del mismo modo, no deben las asociaciones recomendar, sugerir o constituirse en un nodo para decidir conjuntamente el contenido de las prestaciones de contratos uniformes, en vista que dichas decisiones, sugerencias o recomendaciones, pueden llegar a ser restrictivas de la competencia.

También puede ser igual de restrictivo que una asociación o gremio busque que sus asociados, o parte de sus asociados, busquen fijar los precios de venta o de compra de ciertos bienes que los mismos adquieren en común, cuando dicho acuerdo no busca otra cosa que no competir.²³ Puede haber compras conjuntas no anticompetitivas, siempre y cuando, las condiciones, precios y demás elementos propios de una compraventa sean definidos independientemente por cada miembro y haya ganancias de eficiencia en otras variables como seguros, fletes, o reducciones en cualquier otro costo de transacción asociado a dicha compra.

De la misma manera, las asociaciones pueden llegar a falsear el juego de la libre competencia al facilitar la coordinación o la colusión tácita de sus asociados cuando recomiendan, sugieren o deciden respecto de la cantidad, la naturaleza o la forma de hacer publicidad de los miembros de la asociación. Evidentemente, lo anterior no se refiere a las decisiones, recomendaciones o sugerencias relacionadas con el respeto del Estatuto de Protección del Consumidor, con el fin incentivar a sus miembros a desarrollar publicidad leal, veraz y de buena fe con el fin de eliminar prácticas de publicidad engañosa. Se refiere a las limitaciones a la competencia en publicidad, como por ejemplo las que buscan que no se publiciten precios o no se haga publicidad comparativa.

Por último, las asociaciones deben evitar constituirse en nodos de intercambio de información que permitan y faciliten la coordinación o la colusión entre sus miembros.²⁴ No quiere esto indicar que sea reprochable que los agentes de un mercado tengan información, en principio, el bienestar de los consumidores es mayor si estos están bien informados y existe mayor transparencia sobre lo que adquieren. Del mismo modo, no puede ser reprochable que una asociación publique estadísticas sobre un sector de la economía, recolectada de sus asociados cuando la misma se hace con un fin informativo. Sin embargo, en ciertos eventos, puede ser considerado anticompetitivo el intercambio de información que puede poner en desventaja a miembros del mismo mercado no agremiados, o incluso a miembros agremiados que podrían verse afectados por información que elimina las incertidumbres propias de los mercados competitivos y que son incentivos comunes al mercado competitivo. Así por ejemplo, el intercambio sistemático, periódico y frecuente de información sobre precios, costos de producción, términos contractuales, prestaciones ofrecidas y cualquier

otra información directamente relacionada con la relación precio-producto que de otra manera sería vista como reservada, constituye un tipo de intercambio de información que podría ser considerado contrario a las normas de libre competencia. Del mismo modo, el intercambio de información sistemático, periódico y frecuente de información referente a ventas, compras, producción, inventarios, capacidad instalada ociosa u otra información no necesariamente relacionada con precios, puede a su vez ser definida como contraria a la libre competencia.

Por las razones expuestas, esta Delegatura recomienda al Despacho rechazar la nulidad de la Resolución No. 33667 de 2009, solicitada por el apoderado de las investigadas.

3. LA INDUSTRIA DE LA SALUD

El mercado afectado se debe determinar estableciendo el mercado de producto y el mercado geográfico. En el caso concreto, se entiende que el mercado afectado deberá limitarse al grupo de bienes y servicios más reducido –mercado producto– que se ve afectado por las decisiones y las políticas internas adoptadas por ASHORALDA en relación con la contratación de los servicios de salud entre las Entidades Promotoras de Salud de régimen subsidiado (EPS-S) y las Empresas Sociales del Estado (ESE) del departamento de Risaralda, así como al área geográfica más estrecha –mercado geográfico– sobre la cual tiene influencia la actividad de la asociación investigada.

3.1. Estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 100 de 1993 el Sistema de Seguridad Social Integral "(...) comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios (...)".

La estructura del SGSSS está en cabeza del Ministerio de la Protección Social (MPS)²⁵, quien tiene como objetivos principales la formulación, adopción y dirección de planes, programas y políticas en materia de salud, así como la coordinación, ejecución, control y seguimiento de las mismas y del Sistema.

Para lograr estos fines el MPS posee una cuenta adscrita denominada Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y cuenta con entidades públicas adscritas y vinculadas al mismo²⁶, entre las que se encuentran, la Comisión de Regulación en Salud (CRES), el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y la

²⁵ El artículo 170 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud se haría "bajo la orientación, regulación, supervisión, vigilancia y control del Gobierno Nacional y del Ministerio de Salud y atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del Gobierno en la lucha contra las enfermedades y en el mantenimiento y educación, información y fomento de la salud y la salud de conformidad con el plan de desarrollo económico y social y los planes territoriales de que tratan los artículos 13 y 14 de la Ley 60 de 1993".

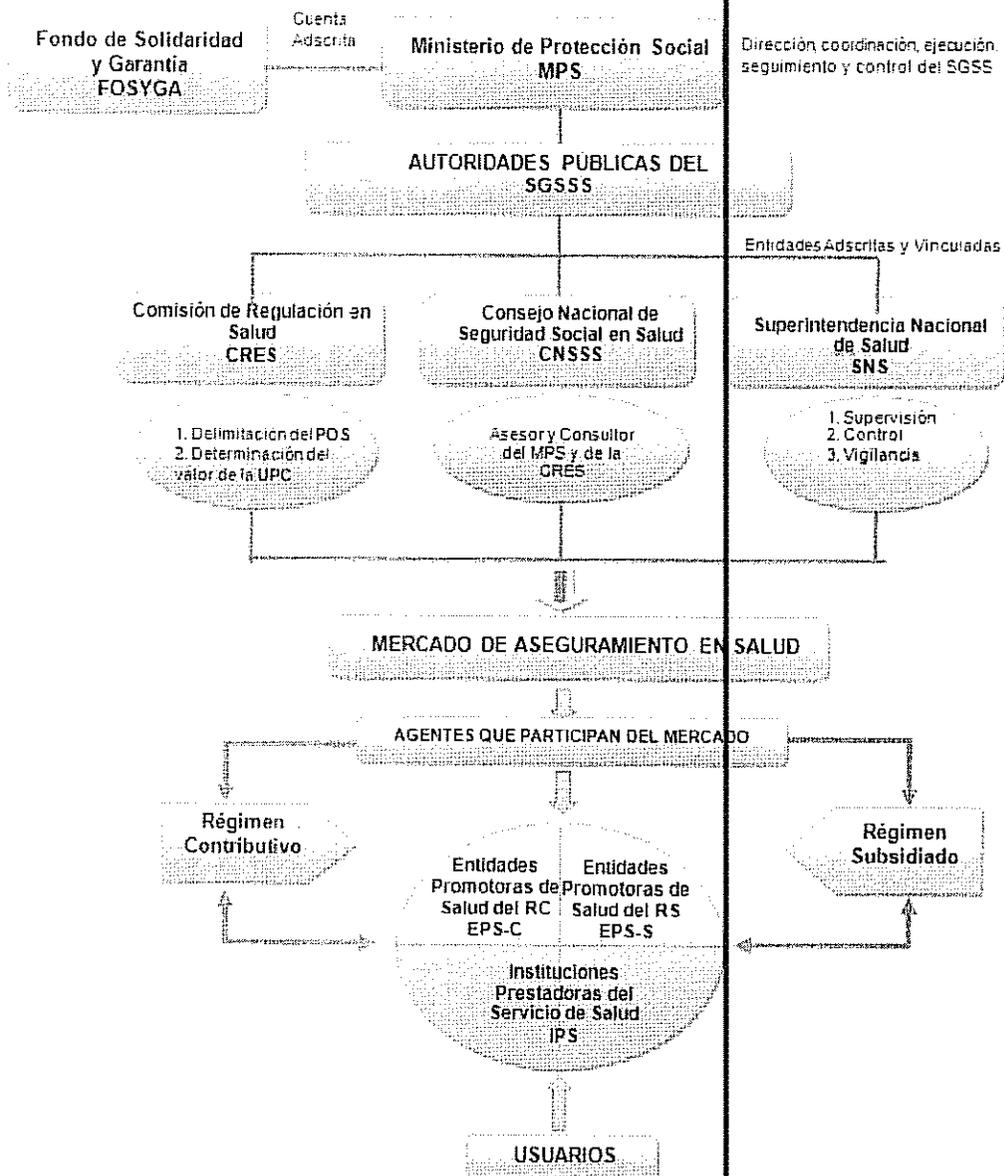
²⁶ Entidades adscritas: Instituto Nacional de Cancerología, Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta, Sanatorio de Agua de Dios, Sanatorio de Contratación, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Instituto Nacional de Salud, el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Fondo de Previsión Social del Congreso de la

Superintendencia Nacional de Salud (SNS), quienes apoyan la consecución de las políticas públicas del Sistema.

Las entidades mencionadas se encargan de regular, supervisar, controlar y vigilar a los agentes que participan del Mercado de Aseguramiento en Salud. Este mercado está compuesto de dos regímenes, el contributivo y el subsidiado. Los agentes que participan en este mercado son las Entidades Promotoras de Salud del régimen contributivo (EPS-C), las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado (EPS-S) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS).

La Figura No. 1, a continuación, ilustra la estructura del SGSS descrita en los párrafos anteriores.

Figura No. 1
Estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud



3.2. El mercado afectado

Entre los agentes participantes en el SGSSS, tal como lo establece el Artículo 154 de la Ley 100 de 1993 (y se ilustró en la Figura 1), se encuentran las *Entidades Promotoras de Salud (EPS)*, como responsables de organizar y garantizar la prestación del conjunto de servicios de salud a los que tienen derecho los afiliados dentro del SGSSS, denominado **Plan Obligatorio de Salud (POS)**.

De otra parte, dentro del SGSSS también se encuentran las *Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS)*, ya sean de naturaleza pública, privada o mixta. En particular, para el caso en el cual la Nación o las entidades territoriales prestan directamente los servicios de salud, el Artículo 194 de la Ley 100 de 1993 establece una categoría particular de IPS pública, denominada Empresa Social del Estado (ESE).

De lo anterior, se desprende la existencia de un mercado de servicios de salud incluidos en el POS para afiliados al SGSSS, en el cual los oferentes son las IPS debidamente habilitadas para la prestación de los mismos y los demandantes son las EPS, quienes deben constituir una red para sus afiliados a través de la contratación con las IPS, ya sean de naturaleza pública (ESE), privada o mixta.

Pese a la diferenciación existente por ley entre las ESE y las IPS de naturaleza mixta o privada, los servicios de salud ofrecidos por estas últimas, tienen las mismas características esenciales que aquellos prestados por las ESE, en la medida en que estas cuentan con la habilitación exigida por ley para ser prestadores. Se entiende entonces que los servicios prestados por la red privada y mixta de IPS son sustitutos de aquellos ofrecidos por las ESE.

De acuerdo con la información publicada por el Ministerio de la Protección Social (MPS) en su página web²⁷, la red de prestación de servicios de salud en el departamento de Risaralda está compuesta de la siguiente forma:

Tabla No. 01
RED DE IPS - RISARALDA

MUNICIPIO	ESE	PRIVADA	MIXTA	TOTAL
Apia	1	0	0	1
Balboa	1	0	0	1
Belén de Umbria	1	1	0	2
Dosquebradas	1	10	0	11
Guatica	1	0	0	1
La Celia	1	0	0	1
La Virginia	1	2	0	3
Marsella	1	0	0	1
Mistrató	1	0	0	1
Pereira	3	173	6	182
Pueblo Rico	1	0	0	1
Quinchía	1	0	0	1
Sta. Rosa de Cabal	1	5	0	6
Santuario	1	0	0	1
TOTAL	16	191	6	213

Se observa que, si bien el número de IPS privadas supera por un amplio margen al número de ESE en el departamento de Risaralda, en 9 de los 14 municipios la ESE presente es la única institución habilitada para la prestación de servicios de salud. Aún más notorio es el hecho de que la mayor parte de la red privada (173 de 191 IPS) se encuentra concentrada en la ciudad de Pereira.

Por lo anterior, salvo en el municipio de Dosquebradas, la contratación por parte de las EPS con prestadores de servicios de salud diferentes a la ESE municipal se encuentra restringida por la falta de oferta de IPS alternativas.

De manera adicional a la restricción ocasionada por reducido número de IPS en los municipios del departamento de Risaralda, existe una restricción normativa, proveniente del artículo 16 de la Ley 1122 de 2007, el cual establece lo siguiente:

***"ARTICULO 16. Contratación en el Régimen Subsidiado (...).** Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutive. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%) (...)."*

La condición citada aplica únicamente para las EPS del régimen subsidiado, lo cual permite que aquellas del régimen contributivo cuenten con mayor libertad en el momento de la conformación de la red de servicios de salud para sus afiliados.

Vale la pena mencionar en este punto que, el Decreto 1938 de 1994 establece un conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el SGSSS debe brindar, en particular, a los afiliados del régimen subsidiado (POS-S), y lo diferencia del conjunto de prestaciones a las que tienen derecho los afiliados del régimen contributivo.

Puesto que las quejas presentadas por MEDILASER y ASMET SALUD, relacionadas en el numeral 1.2 del presente Informe, hacen referencia a la contratación de servicios de salud entre las EPS-S y las ESE (servicios POS-S), se excluyen del mercado producto los servicios contratados por EPS para asegurar afiliados del régimen contributivo.

El análisis precedente permite a esta Delegatura concluir que el mercado producto para la presente investigación, está conformado por los servicios de salud incluidos en el POS-S, ofrecidos por las IPS (públicas, privadas y mixtas) y contratados por las EPS-S para la atención de sus afiliados.

Ahora bien, desde el punto de vista geográfico, es necesario identificar la zona en la cual tienen influencia las decisiones y políticas adoptadas por ASHORALDA en relación con la contratación de los servicios de salud entre las EPS-S y las ESE del departamento de Risaralda.

Según la información aportada por ASHORALDA el 10 de abril de 2009²⁸, las ESE pertenecientes a la asociación, son las siguientes:

Tabla No. 02
ESE AFILIADAS ASHORALDA

ESE	MUNICIPIO
Hospital Cristo Rey	Balboa
Hospital Mental Universitario	Pereira
Hospital Nazareth	Quinchía
Hospital San José	Belén de Umbria
Hospital San José	La Celia
Hospital San José	Marsella
Hospital San Pedro y San Pablo	La Virginia
Hospital San Rafael	Pueblo Rico
Hospital San Vicente de Paul	Apía
Hospital San Vicente de Paul	Mistrató
Hospital San Vicente de Paul	Santa Rosa de Cabal
Hospital San Vicente de Paul	Santuario
Hospital Santa Ana	Guática
Hospital Santa Mónica	Dosquebradas
Hospital Universitario San Jorge	Pereira
Salud Pereira	Pereira

Fuente: Cuaderno 2, Folio 418.

Así mismo, según la información aportada por la Gobernación de Risaralda el 29 de marzo de 2010 en relación con las ESE habilitadas para la prestación servicios de salud en el departamento²⁹, estas corresponden exactamente con el listado expuesto en la Tabla No. 02.

Lo anterior muestra que existe al menos una ESE en cada municipio de Risaralda y que todas ellas se encuentran afiliadas a ASHORALDA. Así, las decisiones y políticas internas adoptadas por esta asociación, en relación con las condiciones de contratación de los servicios de salud que ofrecen sus afiliadas, afectan cualquier oferta sustituta de dichos servicios por parte de las IPS mixtas y privadas. Así mismo, afectan a las EPS-S, como contratantes de dichas prestaciones. Lo anterior se ve reforzado por la restricción legal mencionada en la definición del mercado producto, por la cual, las EPS-S deben a contratar al menos el 60% de su gasto en salud con la ESE presente en el municipio del afiliado.

Esta Delegatura logró establecer, de acuerdo con la información aportada el 29 de abril de 2010 por la Gobernación, que las EPS-S con cobertura en el departamento de Risaralda son: CAPRECOM, CAFESALUD, ASMET SALUD y PIJAOS (indígena)³⁰. A su vez, se encontró que estas empresas han contratado servicios de salud con todas las ESE de ASHORALDA al menos desde el año 2006 en adelante³¹.

La información anteriormente expuesta permite concluir a esta Delegatura que el mercado geográfico para la presente investigación abarca todo el departamento de Risaralda.

En conclusión, el mercado afectado está constituido por la contratación de la prestación de servicios de salud incluidos en el POS-S, por parte de EPS ofrecidos por las IPS (públicas, privadas y mixtas) y contratados por las EPS-S para la prestación de sus afiliados en el departamento de Risaralda.

4. LA CONDUCTA INVESTIGADA

En concordancia con lo expuesto en el numeral 2.4 del presente Informe, las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones o colegios de profesionales pueden ser investigados y sancionados por actos contrarios a la libre competencia, de manera tal que mientras el comportamiento de una asociación tenga una incidencia económica significativa, debe ajustarse a los supuestos de competencia como concepto representativo del interés general en la economía de mercados. Por lo tanto, una vez integrada por un número plural de sujetos, la asociación tiene los mismos deberes que cualquier otro sujeto particular.

En este sentido, el artículo 4º del Decreto 1663 de 1994, en desarrollo de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, prohíbe a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud afectar negativamente la competencia en el sector salud, en el desarrollo de sus actividades, en los siguientes términos:

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

Cabe aclarar que, a la luz del artículo citado, no todas las decisiones o políticas internas adoptadas por una asociación, tendrán la potencialidad de constituirse en una violación a las normas de libre competencia. Para que el comportamiento de dichas personas jurídicas pueda ser considerado como una conducta anticompetitiva, deben cumplirse los elementos contemplados en la norma en referencia. Esto es, que dichas medidas acordadas al interior de una asociación, o sociedad científica, o de profesionales o auxiliares del sector salud, deben tener *por objeto o como efecto*, dentro del mercado de servicios de salud, **al menos** uno de los siguientes:

- i) Impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia.
- ii) Abusar de una posición de dominio
- iii) Impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

De acuerdo a las normas de libre competencia, cierto tipo de conductas podrán configurarse tanto por objeto como por su efecto en el mercado. En relación con el objeto, se entiende que la conducta se perfecciona con la intencionalidad que tiene el sujeto al infringir la norma; es decir, con el simple propósito de cometer el acto anticompetitivo.

De otra parte, en relación con el efecto, vale la pena resaltar que para que este se presente en la comisión de una conducta anticompetitiva se requiere que por parte del sujeto activo, es decir, quien comete la conducta, se observe una efectiva restricción de la competencia en el mercado, ya sea que esta afecte a los consumidores (por efectos explotativos) o a los competidores (por efectos

En este orden de ideas, con que se cumpla al menos uno de los dos requisitos mencionados en la norma, ya sea el objeto o el efecto en el mercado, podrá concretarse una conducta restrictiva de la competencia.

Habiendo desarrollado la definición y requisitos de la conducta investigada en la presente investigación, a continuación procederá la Delegatura a exponer los argumentos presentados por los investigados y a analizar si las decisiones y políticas adoptadas por la ASHORALDA, dentro de los procesos de contratación de las ESE de Risaralda y las EPS, constituyen o no una práctica restrictiva de la competencia. Es decir, se procederá a determinar si los supuestos contenidos en la norma citada se encuentran acreditados en el presente trámite administrativo.

4.1. Argumentos presentados por los investigados

A continuación la Delegatura presentará de manera resumida los argumentos presentados por los investigados vinculados con la presente actuación.

4.1.1. Argumentos presentados por OLGA LUCÍA ZULUAGA

La Señora OLGA LUCÍA ZULUAGA en su calidad de persona natural investigada, y como representante legal de ASOHARALDA, presentó como argumentos de defensa, los siguientes:

a) En relación con la queja formulada por MEDILASER:

1. Indicó que la reunión a la que se hace referencia en la queja presentada tuvo como fin plantear la preocupación de la Secretaría de Salud del Departamento por la situación que se viene presentando en los niveles II y III de atención de las entidades del régimen subsidiado, dada la baja cobertura que presenta el POS-S y el traslado de los usuarios para la red privada.
2. En razón de lo anterior, el Señor JUAN CARLOS RESTREPO, Secretario de Salud Departamental, indicó la necesidad de realizar una alianza entre las IPS públicas y las EPS, con el fin de evitar que la crisis de los niveles II y III siguiera aumentando, pues dicha situación podría dar lugar al cierre de las instituciones.
3. A juicio de la investigada, la queja interpuesta por MEDILASER carece de fundamento alguno, dado que en la reunión no se impusieron condiciones de negociación, por lo que, según la investigada, no se configuró un abuso de posición dominante, ni de prácticas comerciales restrictivas o competencia desleal.
4. En relación con la contratación bajo la modalidad de capitación que se había realizado entre MEDILASER y CAFESALUD, la investigada manifiesta lo siguiente:

"(...) La EPS CAFESALUD venía con contratos bajo la modalidad de evento con la red pública para los servicios de mediana y alta complejidad, es decir, servicios especializados, sin embargo, realizó una contratación bajo la modalidad de capitación con la CLÍNICA MEDILASER LTDA, para los servicios de II y III nivel de atención, entidad que no cumplía con los requisitos de habilitación (Decreto 1011 y Resolución 1043 de 2006) como se demuestra en el oficio enviado por el

De la experiencia vivida por CAFESALUD EPS-S, nace el pronunciamiento de la doctora VICTORIA EUGENIA ARISTIZABAL, donde plantea la intención de CAFESALUD EPS-S de contratar con la red pública los servicios de II y III nivel de atención, teniendo en cuenta que éstas presentan los servicios en mención debidamente habilitados, aunado a la habilitación de los servicios la red pública, ésta le ofrece a CAFESALUD EPS-S, como valor agregado la posibilidad a los usuarios de contar con tres instituciones para la prestación de los servicios, (...)

En contraste con lo anterior la CLÍNICA MEDILASER LTDA, sólo ofrecía a los usuarios adscritos a CAFESALUD EPS-S la atención en la CLÍNICA RISARALDA, institución ubicada en la ciudad de Pereira en la Calle 19 No 5-47, representando para los usuarios un alto costo para acceder a los servicios ofrecidos por ésta, toda vez que la asistencia a una cita especializada refiere el desgaste en transporte, tiempo y dinero hacia la ciudad de Pereira”.

5. De otra parte, manifestó que sus intervenciones en la reunión no representan intereses particulares, sino que por el contrario, tienen como propósito servir como apoyo y como canal de comunicación entre los representantes legales de los hospitales de los diferentes municipios del departamento de Risaralda.
 6. En dicha reunión, los representantes de los hospitales negociaron los costos de los niveles II y III de la regional con respecto a la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado (UPC-S), acordando que la contratación de los servicios II y III nivel de atención bajo la modalidad de capitación se realizaría por el 12,5% de la UPC-S. Los contratos para la prestación de los servicios de baja complejidad quedan pendientes de definir hasta tanto se genere la circular del Ministerio de la Protección Social.
- b) En relación con la queja formulada por ASMET SALUD:
1. La investigada hizo referencia a la reunión que dio lugar a la queja, manifestando que en ella no se evidencia presión o imposiciones de ningún tipo con el fin de inducir a las partes a la firma de los contratos. También indica que no hubo una imposición de criterios por parte de ASHORALDA ni de la señora Olga Lucía Zuluaga, sino que, por el contrario, fueron los asistentes quienes intervinieron en el proceso de negociación.
- c) En relación con los argumentos de la defensa:
1. La señora Zuluaga indica que el objeto contenido en los estatutos de ASHORALDA no comprende la prestación de servicios de salud, sino que, consiste exclusivamente en servir como un canal de comunicación entre las ESE y las aseguradoras.
 2. Adicionalmente, suministra información relacionada con MEDILASER, encaminada a demostrar que, dada la capacidad de tal empresa, es muy difícil que algún hospital pueda representar un abuso de posición de dominio. Así mismo, indica que no es posible manipular las tarifas por la prestación de servicios de salud, puesto que las mismas son establecidas por el Gobierno.
 3. Se suministra información tomada de la página web de ASMET SALUD EPSS, pretendiendo demostrar que tal entidad cuenta con posición dominante en el mercado.

5. Hace referencia a la reunión citada por la Superintendencia de Salud el 22 de agosto de 2008, que se llevó a cabo con el fin de lograr un acuerdo entre ASMET SALUD EPS-S y los gerentes de las Empresas Sociales del Estado. En dicha oportunidad ASMET SALUD EPS-S hizo dos propuestas que resultaron imposibles de aceptar desde el punto de vista legal.
6. También hace referencia a las conductas descritas en el artículo 9 del Decreto 1663 de 1994 y se exponen frente a cada una de los numerales contemplados, argumentos que pretenden desvirtuar la realización de dichas conductas.

Teniendo en cuenta que el objeto de la investigación versa sobre las prácticas contempladas en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 y no sobre las conductas descritas en el artículo 9 del Decreto 1663 de 1994, este Despacho no se pronunciará sobre dichos argumentos, por no encontrarse relacionados con la conducta investigada.

7. Se hace referencia al artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 y frente al mismo, la investigada pone de presente el siguiente argumento:

(...)

Es apenas natural que los hospitales de baja complejidad como Pueblo Rico, la Celia, Guatica, entre otros se unan para presentar sus propuestas, toda vez que una sola voz no tendrá fuerza para presentar sus planteamientos ante una entidad como ASMETSALUD EPSS si tenemos en cuenta el músculo financiero y de servicios que maneja, éstos se ven avocados a unirse para poder luchar por servicios e interés económicos con el fin de que no sean intervenidos y posteriormente cerrados o privatizados, o entregados en concesión como hasta la fecha se ha amenazado”.

8. En seguida, la investigada transcribe los artículos de los estatutos de ASHORALDA en los que se definen las funciones de Director Ejecutivo, con el fin de explicar que la directora ejecutiva, en este caso, no se alejó de sus funciones, toda vez que sirvió como un canal de comunicación. Adicionalmente, se manifestó lo siguiente:

“También debemos desvirtuar la situación que en el algún momento el ente investigador deja plasmado en el expediente, cuando en el análisis realizado al acta de fecha 9 de febrero de 2007, cita un aparte de la reunión en donde se autoriza un incentivo para la Directora Ejecutiva se le reconozca un 10% de los contratos de la Asociación y de los eventos que se realicen de los cuales se tengan excedentes.

La propuesta presentada por el doctor Insnardo Uribe Mesa vocal de la Junta Directiva de la Asociación de Hospitales, nace como contrapropuesta a la solicitud de la doctora OLGA LUCIA ZULUAGA RODRIGUEZ, para que le fueran aumentados sus honorarios, razón por la cual no se accede a tal solicitud, pero se propone lo expuesto.

(...)

Los contratos referidos en dicha reunión, son los que consiga la Asociación con la Secretaría de Salud Departamental con proyectos en pro del mejoramiento de

(...)"

9. Finalmente, los investigados proponen las siguientes excepciones:

"1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

En acuso de plasmar en el presente escrito la excepción de falta de legitimación en la causa, de manera comedida nos remitimos a la reflexión que la legítimamente llamada a demandar cualquier abuso en las diferentes negociaciones, es efectivamente las partes, y para el caso que nos ocupa, en ningún momento de la presente actuación podemos deducir que la Asociación de Hospitales hace parte activa de la negociación, toda vez que en ningún momento será sujeto de obligaciones y derechos después de que el acuerdo de voluntades se eleve a escrito, momento en el cual se entiende legalizado el contrato.

(...)

2. INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN A LA NORMA.

De ninguna manera se puede responsabilizar a la Asociación de Hospitales de Risaralda y mucho menos a la Directora de dicha Asociación de la violación de alguna norma de carácter civil, comercial o de las sanas costumbres comerciales.

(...)

Como se ha explicado de manera reiterada, la conducta de la Empresa Social del Estado Salud Pereira, no presenta ninguno de los elementos de la responsabilidad fiscal.

3. INEPTA DEMANDA (EN CUANTO A LA DENUNCIA PRESENTADA EN CONTRA DE LA DOCTORA OLGA LUCÍA ZULUAGA RODRÍGUEZ)

De manera comedida me permito proponer a usted la presente excepción, en el sentido que la doctora OLGA LUCIA ZULUAGA RODRIGUEZ no es la actora y mucho menos la responsable de la firma de los contratos resultantes de la negociaciones, toda vez que ella solo actúa a través de la Asociación como representante de la misma, en cualquier momento de las negociaciones los Gerentes intervienen para plasmar sus propuestas, sugerencias, o puntos de vista, hechos que han quedado de manifiesto en las actas de negociación y así también en los documentos donde la doctora OLGA LUCIA ZULUAGA RODRIGUEZ solicita a los Gerentes de las ESEs las directrices para tratar en las negociaciones, solicita la firma de los contratos que fueron enviados por las aseguradoras, ya las Aseguradoras los contratos para que sean firmados por los Gerentes.

(...)"

4.2.2. Argumentos presentados por GLORIA EDITH FERNÁNDEZ PARRA, apoderada de LINA BEATRIZ RENDÓN TORRES

La Señora GLORIA EDITH FERNÁNDEZ PARRA en su calidad de apoderada de Lina Beatriz Rendón Torres, persona natural investigada, presentó como argumentos de defensa, los siguientes:

Y COMISIÓN NEGOCIADORA, se indicó que dicha reunión tuvo como fin plantear la preocupación de la Secretaría de Salud del Departamento por la situación que se viene presentando en los niveles II y III de atención de las entidades del Régimen Subsidiado, dada la baja cobertura que presenta el POS subsidiado y el traslado de los usuarios para la red privada.

2. A juicio de la investigada, la queja interpuesta por MEDILASER carece de fundamento alguno, dado que en la reunión no se impusieron condiciones de negociación, por lo que, según la investigada, no se configuró un abuso de posición dominante, ni de prácticas comerciales restrictivas o competencia desleal.

b) En relación con la queja presentada por ASMET SALUD EPS-S:

1. Se transcribe el texto del acta de la reunión celebrada entre ASMETSALUD EPS-S y ASOCIACIÓN HOSPITALES DE RISARALDA.

2. Se indicó que en dicha reunión, no se presentaron situaciones que dieran lugar a que las partes tomaran decisiones bajo presión. Tampoco se observó la imposición de directrices por parte de ASHORALDA, ni se observó la consecución de prácticas restrictivas de la libre competencia.

c) Argumentos de la defensa

1. Se transcribe el texto de los estatutos y el objeto para el cual se creó la Asociación de Hospitales de Risaralda. Señalando que ASHORALDA no se ha alejado del objeto para el cual fue creada, el cual se define como prestar los servicios de interlocución entre las ESEs y las aseguradoras y, brindar apoyo para la solución de las controversias que surjan entre éstas.

2. Se hace referencia a la labor desarrollada por ASHORALDA y, se indica que ésta no percibe ganancias, dividendos, ni emolumentos de cualquier tipo como fruto de las negociaciones en que interviene.

3. Se indica que una de las actividades encomendadas por los Gerentes de las ESEs a la Dirección Ejecutiva de la Asociación, consiste en verificar los antecedentes y comportamiento de las Aseguradoras que pretenden ingresar al mercado en el Departamento de Risaralda. En relación con lo anterior, trae a colación el caso de la CLÍNICA MEDILASER:

"En iguales condiciones estaba actuando la CLÍNICA MEDILASER LTDA. quien con dificultades de habilitación en sus servicios contrató con la aseguradora CAFESALUD los servicios de II y III nivel de atención, dentro de los cuales se encuentra el servicio de quemados, el cual, no fue presentado para habilitación por el ente territorial, tal como se observa en la comunicación de la Secretaría de Salud del Departamento (Anexo 21).

De igual forma, la Clínica en mención no contaba con los recursos para prestar la totalidad de los servicios que le fueron habilitados y contratados por CAFESALUD EPS- tal como se puede demostrar con la facturación de los servicios remitidos por la CLÍNICA MEDILASER LTDA al hospital San

4. Se hace referencia a la reunión citada por la Superintendencia de Salud el 22 de agosto de 2008, que se llevó a cabo con el fin de lograr un acuerdo entre ASMETSALUD EPS-S y los gerentes de las Empresas Sociales del Estado. En dicha oportunidad ASMETSALUD EPS-S hizo dos propuestas imposibles de aceptar.
5. Con el fin de demostrar que las propuestas presentadas por ASMETSALUD EPS-S, no eran viables desde el punto de vista legal, se citaron (i) los artículos 4º a 7º del Decreto 4747 de 2007, con el fin de ilustrar lo dispuesto en relación con la integralidad de los servicios de salud y la prohibición de trasladar el riesgo; (ii) el artículo 14 de la ley 1122 de 2007 que prevé lo relacionado con las responsabilidades de las aseguradoras.
6. Finalmente, se transcriben los artículos 8º y 9º del Decreto 1663 de 1994, que se refieren a la posición dominante en el mercado de los servicios de salud.

4.2. Consideraciones de la Delegatura

Las pruebas allegadas al expediente permiten establecer que ASHORALDA, en desarrollo de su actividad, adoptó decisiones y políticas internas que por su objeto y por efecto restringieron y falsearon el juego de la libre competencia en el mercado afectado anteriormente definido.

Con las pruebas recaudadas se pudo establecer que ASHORALDA participó en las negociaciones de contratación adelantadas por las ESE del departamento de Risaralda y las EPS, no solo como asesora de las ESE sino como su representante.

En el Informe de Gestión de la Junta Directiva y Dirección Ejecutiva de ASHORALDA presentado en el año 2007³², dentro de los logros alcanzados para ese año se hace referencia a la contratación con las EPS, como sigue:

“En el mes de febrero se inició el período de negociación con las EPS-S para la contratación que iniciaba en el mes de abril. Se debió recurrir a todos los entes políticos del Departamento por el riesgo inminente que se presentó para los hospitales de II y III nivel de atención por el traslado de los usuarios por parte de Cafesalud a una IPS privada.

“Con el apoyo de la Gobernación, los Alcaldes y el Senador Germán Aguirre logramos que la población retornara a los hospitales de II nivel con ambas aseguradoras.

“Producto de la negociación se lograron mantener los contratos de I nivel de atención en igualdad de condiciones y para los contratos de II y III nivel de atención se consiguió la capitación con Cafesalud, con la administración del contrato por parte de la Asociación quien es la responsable de garantizar el cumplimiento de los estándares de calidad pactados con ambas aseguradoras. Por otro lado, con ASMETSALUD EPS-S se logró el contrato de exclusividad con la red pública para el II y III nivel una vez ajustadas las tarifas y concertados los estándares de calidad.”

Así mismo, de acuerdo con la declaración rendida el 5 de marzo de 2008 por la señora Ina Beatriz Rendón Torres³³ representante legal de ASHORALDA para el

“Pregunta: ¿Cómo participan en la negociación con los hospitales públicos?”

Respondió: Teniendo en cuenta que la Asociación involucra a todos los hospitales del departamento, la Asamblea nombra una comisión negociadora y a su vez con la dirección ejecutiva de la Asociación se hace la negociación como tal de los contratos tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado, de esa mesa de negociación salen unos lineamientos generales y cada gerente firma los contratos en forma autónoma e independiente. Es decir, asesoramos en la forma en que deben contratar. Los mantenemos actualizados además en cuanto a la normatividad, decretos y acuerdos, etc. (...)

Esta declaración es evidencia del papel de la Asociación dentro de las negociaciones de los contratos, la cual a través de la Dirección Ejecutiva y con la comisión negociadora, definía los lineamientos de la contratación de las ESE.

De otro lado, en declaración rendida por el señor Héctor Fabio Gallo Mosquera³⁴, Secretario de Salud del departamento de Risaralda, el 23 de agosto de 2007, este manifestó:

“(...) Pero volviendo al tema, es el departamento de Risaralda tiene una ventaja y es que todos los hospitales hicieron una asociación, ¿por qué?, (...) había una divergencia de contratación donde era la aseguradora la que tomaba la batuta, entonces entre ellos se unieron y formaron una asociación de hospitales y dijeron, ya no más, vamos a hacer una asociación en la cual, es a través de la asociación que se hace la contratación y estamos todos, de acuerdo o no, frente a la decisión que tomen, si vamos a X o a Y decisión, entonces hace 4 o 5 años en Pereira se formó esa empresa, esa asociación perdón, y ha hecho unas negociaciones muy buenas que favorecen a la red pública hospitalaria (...).”

Lo anterior permite establecer que unas eran las condiciones de contratación antes de la creación de ASHORALDA y otras después de ello, puesto que el objeto perseguido fue el de unificar dichas condiciones.

Es así como, de acuerdo con el literal c) del artículo tercero de los Estatutos de ASHORALDA³⁵, entre sus objetivos está la fijación de pautas comunes la contratación de servicios con las entidades públicas y privadas, actuando como intermediario entre contratistas y contratantes.

Tal objetivo se materializó en las negociaciones de contratación adelantadas por las ESE de Risaralda con las EPS, como lo señaló la señora Victoria Eugenia Aristizábal³⁶, Directora Departamental del Régimen Subsidiado de CAFESALUD Risaralda, mediante declaración rendida el 6 de marzo de 2008, en la que manifestó:

“Pregunta: ¿Cómo llegan a las IPS?”

Respondió: Para todo lo que es red pública las negociaciones son intermediadas por la asociación de hospitales, ellos negocian en bloque. Son negociaciones asistidas por la Asociación de Hospitales de Risaralda, es decir, la asociación acompaña la negociación con cada uno de los hospitales porque la asociación en la asamblea fija parámetros para negociación de todos y cada uno de los hospitales que la conforman.”

En igual sentido se pronunció el señor Gustavo Adolfo Aguilar³⁷, representante legal de ASMET SALUD, en declaración rendida el 5 de marzo de 2009, en la que señaló:

"Pregunta: Ya específicamente en Risaralda, podría usted comentarnos, en esa conformación que se hace con los proveedores de servicios de salud, ¿Cuál es el poder de negociación, en este caso de ustedes?"

Respondió: Ya en Risaralda la situación, y es parte de nuestro argumento para presentar esta denuncia, (...) la asociación no permite, no permite que nosotros negociemos de manera individual, en esa asociación hacen parte todos los hospitales y todas las negociaciones se tienen que hacer a través de la asociación, bajo un mismo consenso de ellos, teniendo en cuenta que nosotros y es algo que venimos planteando, en primer lugar que ellos fijan a qué monto y así uno quiera negociar con alguno individual no se permite como sucedió hace cerca de 3 años, donde nosotros ya teníamos una negociación lista con la ESE Salud Pereira, que es la de primer nivel de Pereira, con unos valores ya concertados, hicieron devolver esa negociación porque esa relación no estaba acorde con lo que la Asociación ha planteado (...).

Pregunta: ¿Conoce usted los estatutos de la Asociación de Hospitales de Risaralda, algunos de sus epígrafes, establecen la facultad que tiene la misma para entrar a negociar esa clase de negociaciones?"

Respondió: No conozco los estatutos, pero igual la insistencia de nosotros es que, nosotros no debemos de llegar a una instancia, a negociar con una entidad de segundo orden, cuando mi contrato es el me responde contractualmente, es con el Gerente y con el representante Legal de esa institución y lo más aún es que se nos unan ellos en bloque, (...) El otro componente frente a esta situación en particular es que el promedio y es algo que invitamos a la Superintendencia, dentro de este proceso para que investigue, el promedio de contratación de esos mismos servicios en todo el país está en un 54% bajo la modalidad de capitación, (...). En el país el promedio de los costos de capitación del primer nivel hoy por hoy están en el 54 o 55% , la Asociación no deja negociar, en bloque, en menos de 62%, so pena de que ninguno te presta servicio, cierran red en bloque y con eso se argumenta, para decir usted no tiene red usted no puede asegurar, prácticamente lo que nos está pasando a nosotros es una situación muy complicada, porque cuando la asociación dice no, se paran todos y no puedo negociar con ninguno y más aún la obligación le dice: o negocia con todos o no negocia con ninguno (...).

Ahora bien, en general, del contenido de las actas de las reuniones de ASHORALDA que obran dentro del expediente³⁸, se concluye que las condiciones

³⁷ Cuaderno 2, folios 400 a 413

³⁸ Acta titulada "REUNION DE NEGOCIACIÓN CAFESALUD – ASMET SALUD - ASOCIACION DE HOSPITALES DE RISARALDA" de fecha 3 de septiembre de 2007, obrante a folios 866 y 867, Cuaderno 4 del expediente; Acta titulada "REUNIÓN JUNTA DIRECTIVA ASOCIACIÓN DE HOSPITALES DE RISARALDA", de fecha 10 de septiembre de 2007, obrante a folios 436 a 439 Cuaderno 2 del expediente; Acta titulada "ACTA REUNION GERENTES" de fecha 22 de febrero de 2008, obrante a folios 873 a 876, Cuaderno 4 del expediente; Acta titulada "REUNION ASMET SALUD EPS-S Y ASOCIACION HOSPITALES DE RISARALDA" de fecha 11 de marzo de 2008, obrante a folios 855 a 858, Cuaderno 4 del expediente; Acta titulada "REUNION ASMET SALUD EPS-S Y ASOCIACION HOSPITALES DE RISARALDA" de fecha 27 de marzo de 2008, obrante a folios 852 a 854, Cuaderno 4 del expediente; Acta titulada "REUNION CAFESALUD EPS-S Y ASOCIACION HOSPITALES DE RISARALDA" de fecha 27 de marzo de 2008, obrante a folios 247 a 249, Cuaderno 2 del expediente; Acta titulada "REUNION ASMET SALUD EPS-S Y COMISION NEGOCIADORA DE ASOCIACION DE HOSPITALES DEL RISARALDA" de fecha 14 de abril de

de los contratos de prestación de servicios de salud de baja complejidad eran concertadas de forma igual entre todas las ESE de Risaralda, las cuales constituyen el 100% de la oferta pública de servicios de salud de la región.

En efecto, dentro los documentos aportados por los investigados como prueba e incorporados al expediente, obra copia del Acta de la "REUNIÓN DE NEGOCIACIÓN DE ASMET SALUD – GERENTES ESE Y ASOCIACIÓN DE HOSPITALES DE RISARALDA" del 23 de diciembre de 2008³⁹, en la que se indica, como Orden del Día, "Negociación contratación I nivel de atención – Negociación II y II nivel de Liquidación de contratos".

En dicha acta se consignan los detalles de la negociación adelantada por los gerentes de las ESE del departamento de Risaralda, la Asociación de Hospitales de Risaralda y ASMET SALUD, dentro de los cuales se incluye el tema tarifario, y se señala la concertación a la que se llegó en la misma, así:

"El doctor Fabián Casas [Gerente de Aseguramiento EPS-S] sugiere capitar de una forma diferencial acorde al alto costo de los municipios dado que ASMET SALUD EPS-S ya tiene la información de los costos por cada ESE.

"La doctora Olga Lucía comenta que la propuesta fue presentada en forma inicial por el doctor Gustavo Aguilar al comienzo de la negociación, sin embargo los gerentes después de realizar el análisis lo más lógico es que se continúe con los porcentajes de contratación que se viene realizando desde hace varias contrataciones a pesar de que las actividades se han incrementado y cuando la ESE no cumpla se descuenta acorde a la propuesta.

(...)

"La doctora Olga Lucía comenta que la propuesta de la red es realizar las actividades y mejorar la morbilidad, sin embargo la propuesta de ASMET SALUD es exclusivamente disminuir puntos de la contratación. Adicionalmente comenta que la diferencia con el resto del país también se evidencia en la prestación de servicios. Refiere que las dificultades por el incremento del alto costo no es responsabilidad del primer nivel para que sea asumida por este con una disminución en la contratación que será trasladada al alto costo. Propone nuevamente que se trabaje en conjunto en una propuesta para el Ministerio para que sea incrementada la UPS-S.

(...)

"El doctor Pedro Pablo Zapata [Gerente ASMET SALUD Pereira] plantea que Asmet Salud ha tenido el interés no solo de controlar costos, pues también considera muy importante el mejoramiento de la calidad en la atención en salud; propone una negociación diferencial partiendo del 62.5% para los municipio (sic) de Quinchía, Belén, Pueblo Rico, Santuario y Mistrató.

"61,5% para los municipios como Marsella, Apia, Balboa y Guatica con un 61% y para la Virginia y La Celia un 60.5%. Finalmente, Pereira, Dosquebradas y Santa Rosa.

"La doctora Olga Lucía Zuluaga comenta que la anterior propuesta coloca la negociación en el punto de partida y no es una propuesta que permita llegar a acuerdos, sugiere se analice la propuesta presentada por las ESE y se analicen los porcentajes propuestos.

"Se retiran las partes a revisar las propuestas siendo las 11:55 a.m. y siendo las 12:10 p.m. ingresan nuevamente a negociar.

(...)

"El doctor Fabián Casas comenta que analizaron la propuesta de referencia y contra-referencia y deberá quedar en el contrato, adicionalmente se revisarían los porcentajes de la propuesta. La doctora Olga Lucía Zuluaga comenta que la red pública está dispuesta a ceder 0.3 puntos de la UPC-S con la condición de que la contratación con ASMET SALUD sea confidencial y que se respete la integralidad con la red pública incluido el IV nivel de atención.

"El doctor Pedro Pablo comenta que no tiene dificultades con la primera propuesta pero no puede amarrar con la contratación del Hospital San Jorge. El doctor Fabián Casas propone que el punto del oxígeno domiciliario que le cuesta a ASMET SALUD sea compartido y se sugiere que la disminución en la contratación en vez de ser de 0.3% como proponen los Hospitales sea de 0.5%.

"La doctora Olga Lucía Zuluaga comenta que se pensaría en el 0.5% siempre y cuando los contratos de prestación de servicios para el primer nivel de atención sea a un año con revisión de indicadores bimensuales.

"Una vez discutida la propuesta por el doctor Aguilar vía telefónica se acepta un contrato por tres meses con prórroga automática a un año (Abril 2009- Marzo 2010) sujeto a cambios de normatividad.

"En resumen se concerta:

- a. Firmar contratos de prestación de servicios para el primer nivel de atención por tres ESE con fecha de inicio el primero de enero de 2009, con prórroga automática a un año (1 de abril 2009 a 31 de Marzo 2010) incluyendo los cambios de normatividad.*
- b. La demanda inducida será responsabilidad de las ESE.*
- c. La referencia y contra-referencia será responsabilidad de las ESE.*
- d. Serán tenidos en cuenta los indicadores propuestos por la Asociación para la medición de cumplimiento de los contratos previa revisión de los mismos que será parte integral de la presente acta.*
- e. El porcentaje de UPC-S pactado será de 62.55% de la UPC-S vigente, excluyendo la adición realizada para II y III nivel de atención.*

(...)"

Lo anterior permite acreditar que la participación de la Asociación en la negociación de la contratación entre las ESE y las EPS era una participación activa, que trascendió el campo del mero asesoramiento, dado que era quien lideraba su desarrollo, proponiendo ofertas y acuerdos para la contratación. Cabe anotar que, de acuerdo con lo consignado en el acta citada, la negociación se surtió entre los representantes de ASMET SALUD y la representante de la Asociación de Hospitales de Risaralda, sin perjuicio de las intervenciones de algunos gerentes de las ESE presentes.

que finalmente se llegó, sino que habría acudido como invitada, sin ser la principal actora a favor de los intereses de las ESE.

Las ESE presentes en dicha reunión que estuvieron representadas por sus gerentes fueron:

Gerente Quinchía – Jefe Elizabeth Hincapié
 Gerente San Jorge – Dr. Hugo Mauricio Quintero Zuluaga
 Gerente La Celia – Dr. Roosevelt José Rivera Giraldo
 Gerente Belén de Umbria – Dr. Arlet Marulanda Osorno
 Gerente Apia – Jefe Johana Paola Posada Molina
 Gerente ESE Sta Rosa – Dr. Héctor Fabio Gallo

Revisados los contratos remitidos por ASMET SALUD⁴⁰ en respuesta al requerimiento formulado por esta Entidad en cumplimiento de la Resolución No. 9075 del 18 de febrero de 2010, por la cual se decretó la práctica de pruebas dentro de la presente investigación, se pudo establecer que las condiciones concertadas en la reunión del 23 de diciembre de 2008 fueron las pactadas efectivamente en los respectivos contratos de prestación de servicios de salud del primer nivel de atención de todas las ESE de Risaralda – presentes y no presentes en dicha reunión-, con excepción del Hospital Universitario San Jorge y del Hospital Mental Universitario de Risaralda, con los cuales ASMET SALUD no suscribió contratos de baja complejidad.

En efecto, todas las ESE afiliadas a ASHORALDA, con excepción del Hospital Universitario San Jorge y del Hospital Mental Universitario de Risaralda, acordaron contratos de prestación de servicios de salud de baja complejidad con vigencia primero de enero a 31 de marzo de 2009, prorrogables automáticamente por un año, desde el primero de abril de 2009 hasta el 31 de marzo de 2010, y en todos ellos se especificó que la demanda inducida sería responsabilidad de las ESE. Finalmente, en todos los casos se acordó el porcentaje de UPC-S de 62.55%.

Adicionalmente, los investigados remitieron como Anexo 5⁴¹ un cuadro comparativo de la UPC contratada en Risaralda con las diferentes EPS, para el primer nivel de atención, durante los años 2004 a 2008, la cual muestra que por cada EPS todas las ESE contrataron la misma tarifa. Dicho cuadro se transcribe a continuación:

CUADRO No. 01

CONTRATACIÓN RISARALDA					
PARÁMETROS EVALUADOS	UPC - Contratada I nivel de atención				Valor Contratado por usuario I nivel de atención
	SaludVida	Cafesalud	Asmetsalud	Pijaos Salud	
Año # Aseguradoras					
2004 ^{***}	53%	53%	53%	58%	\$ 8.472,05
2005	53%	53%	53%	58% [*]	\$ 9.004,96
2006 contratación	0%	53%	54%	63% ^{**}	\$ 9.527,28
2007 ^{****}	0%	58%	58,01%	63%	\$ 10.999,58 (58%) \$ 10.991,91 (63%)
2008 ^{**}	0%	63,05%	63,05%	63,05%	\$ 11.714,00

* EPS-I cuya contratación incluía en 4,01% actividades de PyP

** El porcentaje de contratación sobre el 92% de la UPC

*** Los porcentajes contratados con base al 100% de la UPC-S y sin incluir el 4,01% contratado con entes territoriales

**** Valores incluido el 4,1% de las actividades de PyP.

4.3. Prueba del objeto o efecto de la conducta

La Delegatura procederá ahora a estudiar si las decisiones y las políticas internas adoptadas por ASHORALDA en relación con la contratación de los servicios de salud entre las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado (EPS-S) y las Empresas Sociales del Estado (ESE) del departamento de Risaralda tuvieron por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

De acuerdo con la información presentada en el numeral anterior, se encuentra plenamente acreditado en el expediente que ASHORALDA unificó las políticas de contratación entre las ESE de Risaralda y las EPS, en materia de tarifas y condiciones contractuales, e intervino en la negociación para concertar los términos de los contratos. En este sentido, se tiene probado el objeto de la conducta.

En relación con el efecto de la conducta, existe prueba de que lo concertado por ASHORALDA en las reuniones de negociación referente a la contratación de los servicios de salud entre las ESE de Risaralda y las EPS en efecto quedó plasmado en los contratos suscritos por estas. Así lo evidencian los contratos de baja complejidad suscritos por las ESE de Risaralda con ASMET SALUD EPS⁴², a los que se hizo referencia en el numeral anterior.

Adicionalmente, los contratos allegados al expediente por las EPS, suscritos con las ESE de Risaralda en la modalidad de capitación, permitieron a esta Delegatura establecer la unificación de las tarifas pactadas con cada de ellas. Como lo muestra la siguiente tabla⁴³:

Tabla No. 03
UPC CONTRATADA POR EPS-S

TRIMESTRE	EPS-S		
	CAFESALUD	ASMET	PIJAOS
III-2006	53,00%	53,00%	57,96%
IV-2006	53,00%	54,00%	57,96%
I-2007	53,00%	54,00%	57,96%
II-2007	58,00%	58,01%	57,96%
III-2007	58,00%	58,01%	57,96%
IV-2007	58,00%	58,01%	57,96%
I-2008	NR	58,01%	57,96%
II-2008	58,01%	58,01%	57,96%
III-2008	58,01%	58,01%	57,96%
IV-2008	58,01%	58,01%	57,96%
I-2009	58,01%	57,55%	57,96%
II-2009	58,51%	57,55%	57,96%
III-2009	58,51%	57,55%	57,96%
IV-2009	59,80%	57,55%	57,96%
I-2010	59,80%	57,55%	57,96%

Fuente: Elaborado por la Delegatura para la Protección de la Competencia con la información enviada por las EPS con cobertura en Risaralda

Cabe anotar que la información expuesta en la tabla anterior corresponde a los contratos de servicios de salud de I nivel. En relación a los niveles II y III de complejidad, no se encontró evidencia de unificación de tarifas.

Por lo anterior, esta Delegatura considera probado el efecto de la concertación de tarifas políticas contractuales mediante reuniones de las IPS junto a la asociación.

4.4. Conclusión en relación con la conducta investigada

La Delegatura encontró demostrado en la presente actuación administrativa que la Asociación de Hospitales de Risaralda - ASHORALDA – incurrió en la conducta descrita en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, por cuanto, en desarrollo de su actividad, adoptó decisiones y políticas internas que tuvieron por objeto y como efecto restringir y falsear el juego de la libre competencia en el mercado afectado definido en el presente informe.

Por las razones expuestas a lo largo del numeral 4.3 del presente Informe Motivado, las excepciones invocadas por Olga Lucía Zuluaga y citadas en el numeral 4.2.1 de este documento, no prosperan de acuerdo a los siguientes argumentos:

1. En cuanto a la falta de legitimación de la causa, encuentra esta Delegatura que si bien ASHORALDA no es sujeto de las obligaciones derivadas de los contratos entre EPS y ESE, dicha asociación sí actuó como facilitador para la adopción de criterios que tuvieron por objeto y como efecto afectar negativamente la libre competencia en el mercado de la prestación de servicios de salud.
2. Respecto de la inexistencia de la violación de la norma, como se ha evidenciado a lo largo del presente escrito, ASHORALDA incurrió en la conducta descrita en el artículo 4º del Decreto 1663 de 1994.
3. En relación con la excepción de inepta demanda, esta Delegatura se pronunciará en el siguiente numeral, sobre la responsabilidad de las personas naturales investigadas.

5. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS

Según el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992⁴⁴, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas⁴⁵.

Cabe resaltar en este punto que la responsabilidad personal a que alude la norma citada emana de un hecho – acción u omisión – del administrador. La precisión

⁴⁴ Téngase en cuenta que algunos de los artículos del Decreto 2153 de 1992 fueron derogados por el Decreto 3523 de 2009, a excepción de los artículos 1º, 4º, numeral 15 inciso 1º y 16; 11 numerales 5 y 6; 24 y 44 a 54. El Decreto 3523 de 2009 fue modificado por el Decreto 1687 de

efectuada reviste especial importancia si se tiene en cuenta que la norma en mención no exige que la persona natural que resulte incurso en el comportamiento descrito, ejecute directamente el acto.

Habiendo establecido en el presente documento que la Asociación de Hospitales de Risaralda –ASHORALDA– realizó conductas contrarias a la libre competencia, debe ahora esta Delegatura determinar si las señoras Lina Beatriz Rendón Torres, representante legal investigada y Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, directora ejecutiva investigada, incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, con el fin de establecer si toleraron, ejecutaron o autorizaron la conducta investigada.

5.1. Responsabilidad de Lina Beatriz Rendón Torres

Como representante legal, la señora Lina Beatriz Rendón Torres rindió el Informe de Gestión de la Junta Directiva y Dirección Ejecutiva de ASHORALDA en el año 2007⁴⁶, el cual, tal como se mostró en el numeral 4.2 del presente documento, da cuenta de la intervención ejercida por la asociación dentro de las negociaciones con las EPS e incluye dentro de los logros alcanzados para ese año, los beneficios obtenidos en la contratación de las ESE con las EPS.

Así mismo, la señora Lina Beatriz Rendón Torres participó en las reuniones de negociación que ASHORALDA tuvo con las EPS, como lo manifestó en la diligencia de interrogatorio, así:

“Pregunta: ¿Como Presidenta de ASHORALDA, usted hizo parte de alguna mesa de negociación? ¿Fue de las personas que hacían parte de la comisión negociadora?”

Respondió: Si

Pregunta: ¿En algún período en especial o durante todo el tiempo que estuvo de Presidenta de ASHORALDA?”

Respondió. Pues yo hice presencia en casi todas las mesas de negociación porque tenía la representación legal del Hospital Santa Mónica, entonces de hecho asistí a las reuniones de negociación que se citaron para ese entonces.

Pregunta: Doctora, entendería que además de la presencia suya en la negociación de la ESE Santa Mónica hacía presencia en las discusiones de negociación de otras ESE de Risaralda

Respondió. No, no por que nosotros hacíamos, yo presidía la Junta Directiva simplemente en funciones de coordinación de las actividades de la Junta Directiva pero ya cuando uno se sienta a una mesa de negociación por llamarlo de alguna manera o de discusión de contratación o de llegar a pautas de acuerdo lo hacía como representante legal del Hospital Santa Mónica (...)

El acta titulada “REUNIÓN CAFESALUD ARS -SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL ASOCIACIÓN DE HOSPITALES DE RISARALDA Y COMISIÓN NEGOCIADORA”⁴⁷, de fecha 26 de marzo de 2007, permite acreditar también la asistencia y participación de la señora Lina Beatriz Rendón Torres en los procesos de negociación adelantados por ASHORALDA y las EPS, así:

“La doctora Lina Beatriz (Gerente del Hospital Santa Mónica) interviene comentando que la red pública no está dispuesta a realizar unos contratos por

(...)

La propuesta de capitación iniciaría a partir del 16 de abril del año en curso (2007) realizando énfasis a la auditoría y supervisión del contrato, específicamente al tema de calidad, oportunidad y accesibilidad.

Se concerta la capitación del II y III Nivel de atención para toda la población del régimen subsidiado en Risaralda por el 12,5% de la UPC-S a partir del 16 de Abril o 1 de mayo del año en curso (...)

[firma ilegible]
VICTORIA E. ARISTIZABAL
Directora Cafesalud

[firma ilegible]
CARLOS ARTURO HERNANDEZ
Auditor Cafesalud

[firma ilegible]
HUGO MAURICIO QUINTERO
Gerente H San Jorge

[firma ilegible]
LINA BEATRIZ RENDÓN T
Hospital Santa Mónica

[firma ilegible]
JUAN CARLOS RESTREPO M
Secretario Salud Departamental

[firma ilegible]
OLGA LUCIA ZULUAGA R.
Asociación de Hospitales⁴⁸

A su vez, el Acta titulada "REUNIÓN JUNTA DIRECTIVA ASOCIACIÓN DE HOSPITALES DE RISARALDA", de fecha 10 de septiembre de 2007⁴⁹, en la que participó la señora Lina Beatriz Rendón como integrante de la Junta Directiva (Presidente), evidencia las decisiones adoptadas por ASHORALDA en materia de tarifas, así:

"Propuesta Circular 053: *la doctora Olga Lucía realiza lectura de la Circular 053 en donde el Ministerio de la Protección Social "sugiere" los porcentajes de contratación entre los entes territoriales y las Aseguradoras, dejando a un lado a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. Comenta que en Risaralda las aseguradoras tienen posiciones muy diferentes entre ellas, en donde ASMET SALUD propone el 55% del 92% de la UPC-S mientras que Cafesalud y Pijaos Salud están proponiendo el 55% del 100% de la UPC-S. En contratos (sic) en otros Departamentos como Santander las EPS están sugiriendo la contratación del primer nivel por el 35% de la UPC-S. Una vez analizada la circular la Junta Directiva propone se realice una propuesta de contratación a las EPSs del 78% sobre el 92% para los tres niveles de atención. Queda entonces aprobada la propuesta para presentarla a las EPSs." (Subrayado fuera de texto).*

Si bien dentro de la investigación se recaudaron pruebas que permitieron verificar que la señora Rendón habría autorizado, ejecutado y tolerado las conductas que aquí se investigan, no resultó ajeno a esta Entidad que las pruebas en contra de la investigada indican que la Representante Legal sólo participó en reuniones hasta el 10 de septiembre del año 2007, y en esa medida, hace improcedente la imputación de responsabilidad como persona natural.

5.2. Responsabilidad de Olga Lucía Zuluaga Rodríguez

De conformidad con el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente a folios 696 a 700 del Cuaderno No. 3, el 7 de marzo de 2008 se designó a la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez como representante legal de

En diligencia de interrogatorio realizada el 13 de abril de 2010⁵⁰, la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez señaló en repetidas ocasiones que ASHORALDA, y en particular, ella como Directora Ejecutiva, no participa directamente en el proceso de negociación con las EPS, sino que se realiza una labor de asesoría y acompañamiento a las ESE en dicho proceso.

Así mismo, reiteró que quien toma la decisión final en la contratación con las EPS, es el gerente de cada ESE. Cada hospital, con su equipo técnico se encarga de la determinación de las tarifas y demás condiciones de la prestación de servicios de salud a las EPS.

Sin embargo, pese a lo manifestado por la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, las actas de las reuniones de ASHORALDA que obran en el expediente dan cuenta de la intervención de la Asociación en materia de contratación, por intermediación de su Directora Ejecutiva, y de las decisiones y políticas adoptadas, en especial, en las modalidades de contratación y las tarifas de acuerdo con lo previsto en el artículo Trigésimo de los Estatutos⁵¹ de ASHORALDA, el cual establece las funciones del Director Ejecutivo, en especial, *“Gestionar todo lo atinente a la contratación de servicios entre los asociados y las diferentes EPS y ARS, de conformidad con las políticas establecidas por la Asamblea General y la Junta Directiva.”*

Así lo demuestra, entre otras, el Acta de la *“REUNIÓN DE NEGOCIACIÓN DE ASMET SALUD – GERENTES ESE Y ASOCIACIÓN DE HOSPITALES DE RISARALDA”* del 23 de diciembre de 2008⁵², reunión en la que bajo la orientación de la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez se definieron las condiciones de contratación de las ESE de Risaralda (a excepción del Hospital Universitario San Jorge y el Hospital Mental Universitario de Risaralda) con ASMET SALUD para la vigencia primero de enero de 2009 a 31 de marzo de 2009, prorrogada hasta el 31 de marzo de 2010.

Igualmente, es prueba de la representación que ejercía ASHORALDA en materia contractual a través de su Directora Ejecutiva, la comunicación enviada el 3 de abril de 2007 por Olga Lucía Zuluaga Rodríguez al señor Gustavo Aguilar Rivas, Gerente General de ASMET SALUD, en la que se indicó:

“En virtud de la no consolidación de los acuerdos entre ASMET SALUD y la Red pública del Departamento y, por ende, al no tener relación contractual con su empresa, le notificamos que, en reunión de gerentes llevada a cabo en el día de hoy en las instalaciones de la Secretaría de Salud Departamental, se tomó la decisión de no prestar ningún tipo de servicio a sus usuarios a partir de mañana, con excepción de las urgencias vitales, por prohibición expresa de la Ley.

“De otro lado, es importante destacar la posición errada y la indebida interpretación que hacen ustedes de la Norma (Decreto 1020/07), trayendo a colación además normatividad que no aplica. Reiteramos que solo contrataremos bajo unas condiciones mínimas exigidas por la Asociación de Hospitales de Risaralda como son:

“Capitación del 58.01% sobre el 100% de la UPC-S para las actividades de primer (I) nivel de atención incluidas las actividades de PyP y el 4.01%, acorde con la habilitación de cada una de las ESE.

"Nos reafirmamos en que no asumiremos la demanda inducida, por ser una actividad que corresponde a las EPS-S."

Igualmente lo demuestra la comunicación remitida el 18 de diciembre de 2007⁵³ por Olga Lucía Zuluaga Rodríguez al señor Héctor Cadena, representante legal de Nueva EPS, en la que señala:

"Acorde con varios oficios remitidos por los hospitales del Departamento de Risaralda a esa entidad, en donde se hace referencia al asunto del presente, nos (sic) me permito informarle que la red pública hospitalaria se encuentra interesada en la contratación con la nueva EPS conformada por las cajas."

"Teniendo en cuenta las políticas de la Asociación de Hospitales de Risaralda estamos dispuestos a concertar un (sic) cita para concertar la minuta de contratación con la cual, se prestarían los servicios de la red pública de Risaralda. Una vez concertada la minuta se remitirán todos los documentos requeridos para anexar al contrato."

"Es importante informarle que la Asociación de Hospitales es una entidad privada, sin ánimo de lucro, conformada por los (sic) 16 Empresas Sociales del Estado existentes en el Departamento y delegada por éstas para la contratación con las aseguradoras."

Incluso el 27 de marzo de 2009, la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez envió al señor Gustavo Adolfo Aguilar Vivas, Gerente de ASMET SALUD una comunicación en la que precisa:

"De manera comedida me dirijo a Usted, con motivo de la solicitud de propuestas para la contratación de actividades de II y III nivel de atención, cursada por su entidad a las ESE de Santa Mónica, San Pedro y San Pablo y San Jorge de Pereira, respecto de la cual, me permito recordarle que los citados hospitales al igual que las ESE de todo el primer nivel del Departamento han delegado las actividades de negociación y contratación en la Asociación de Hospitales de Risaralda, situación conocida por Ustedes de tiempo atrás, lo que nos preocupa pues con sus oficios dirigidos a los citados hospitales, entendemos que pretenden desconocer a la Asociación como interlocutor válido de la negociación."

"En vista de lo anterior y por delegación reiterada de los gerentes, me permito comunicarle que estamos prestos a sentarnos a una mesa de negociación con el propósito de concertar las condiciones de contratación de los servicios a la población afiliada a su entidad a partir del 1 de abril del año en curso."

Los documentos citados en los párrafos anteriores constituyen prueba de la representación ejercida por la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, en calidad de Directora Ejecutiva de ASHORALDA, de las ESE del departamento de Risaralda en los procesos de negociación contractual con las EPS, discutiendo las condiciones de los contratos, en especial, las modalidades de contratación y las tarifas.

Así, pese a lo manifestado por la señora Zuluaga en la diligencia de interrogatorio que rindiera el 13 de abril de 2010, sí representaba a las ESE y sí estuvo involucrada en la determinación de las tarifas por la prestación de servicios de salud.

De las pruebas citadas se desprende que la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez gestionó directamente las negociaciones para la contratación de servicios de salud realizadas entre las ESE de Risaralda, ASHORALDA y las EPS, de acuerdo con las decisiones y políticas adoptadas por la asociación.

En consecuencia, la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, como Directora Ejecutiva de ASHORALDA, ejecutó la conducta investigada.

Así, queda desvirtuada la excepción de inepta demanda invocada por la señora Olga Lucía Zuluaga, por cuanto se encuentra acreditado que para la época de los hechos, ella actuaba como Directora Ejecutiva de ASHORALDA y, en virtud de dicho cargo, facilitó la adopción de criterios que tuvieron por objeto y como efecto afectar negativamente la libre competencia en el mercado de la prestación de servicios de salud.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con base en el acervo probatorio que obra en el expediente esta Delegatura encontró que la Asociación de Hospitales de Risaralda –ASHORALDA- infringió lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 1663 de 1994, por las razones señaladas en los numerales 4.2 a 4.4 del presente documento.

Así mismo, la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, como persona natural investigada, autorizó y ejecutó la conducta anticompetitiva descrita, incurriendo así en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992.

En consecuencia, se recomienda al señor Superintendente sancionar a la Asociación de Hospitales de Risaralda ASHORALDA y a la señora Olga Lucía Zuluaga Rodríguez, en su calidad de Representante Legal.

También se recomienda instruir a ASHORALDA para que elimine del objeto general de la Asociación, tanto del Certificado de Existencia y Representación Legal como de sus estatutos, las cláusulas en las cuales implícita o explícitamente, se impone la negociación colectiva. Así mismo, que se elimine el poder otorgado al Director Ejecutivo de ASHORALDA, mediante el artículo trigésimo de los Estatutos, para gestionar de manera conjunta la contratación entre las ESE asociadas y las distintas EPS a quienes les prestan servicios de salud para sus afiliados.

Terminada la etapa probatoria se procede a elaborar y poner en conocimiento del señor Superintendente y de los investigados el presente Informe Motivado.

Atentamente,



CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia