

INFORME MOTIVADO

Radicación N° 9 - 74312

Referencia: Investigación por Prácticas Comerciales Restrictivas

Conducta: Decreto 1663 de 1994, artículo 4

Investigados:

i) Personas jurídicas: ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA – ASOHOSVAL

ii) Personas naturales: LUZ DEIBY JIMENEZ RENDÓN en su calidad de Representante legal y Directora Ejecutiva y el señor DIMAS ANTONIO MARTINEZ TORO, en su calidad de representante legal de ASOHOSVAL en el momento de la apertura de la investigación.

En cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 9, del Decreto 4886 de 2011, en materia de investigaciones adelantadas por prácticas comerciales restrictivas, una vez instruida la investigación, se presenta al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección a la competencia.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, de dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite si los hubiere.

Para los anteriores efectos, se presenta informe motivado sobre la investigación por prácticas comerciales restrictivas iniciada mediante Resolución N° 47786 del 6 de septiembre de 2010, en contra de la asociación y personas naturales anteriormente señaladas.

1. QUEJA

1.1. Inicio de la etapa de queja

La actuación se inició con ocasión a la queja presentada por el señor LUIS FERNEY MORENO actuando en nombre y representación de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM, en la que expresa situaciones sobre una presunta realización de conductas abusivas de una posición dominante y acuerdos contrarios a la libre competencia por parte de la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA (en adelante ASOHOSVAL).

Posteriormente, la señora ORIANA CARVAJAL QUITIAN, Gerente General de CALISALUD, pone en conocimiento unos hechos de algunos hospitales del Departamento del Valle con los cuales ha contratado, quienes al parecer ejercieron presión para cambiar los términos de la contratación y pedir porcentajes más altos. Este radicado fue acumulado al expediente N° 9- 74312.

1.2. Pruebas recaudadas en la etapa de queja

1.2.1. El quejoso:

Junto con el escrito de queja, fueron presentados diversos documentos que se refieren a sendas cartas enviadas entre ASOHOSVAL y las diferentes EPS, así como entre EPS y los hospitales con los cuales tenían una relación contractual¹.

1.2.2. La Delegatura

Se realizó una visita administrativa el día 20 de abril de 2009², en la cual se recaudó la siguiente información:

- Certificado de existencia y representación³
- Actas de junta directiva de las Asociaciones, para los años 2007, 2008 y lo corrido de 2009⁴
- Libros de Asamblea para los años 2007, 2008 y corrido del 2009, Balance General y Estado de Resultados de la Asociación correspondientes al último año fiscal⁵
- Listado de los hospitales y fundaciones agremiadas de la Asociación⁶
- Estatutos de la Asociación enero 2009⁷ y junio de 2006⁸
- Presentación institucional ASOHOSVAL⁹
- Comunicación enviada por CAPRECOM, a los Hospitales. Asunto: Contratación de servicios, del 30 de marzo de 2009¹⁰
- Comunicación de ASOHOSVAL al Ministerio de la Protección Social. Asunto: Contratación de servicios EPS-CAPRECOM del 31 de marzo de 2009¹¹
- Correspondencia enviada y recibida 2007 y 2008¹².

1.3. Conclusión de la etapa de queja

Una vez analizada la información recopilada durante la etapa de queja, esta Delegatura encontró mérito suficiente para abrir una investigación administrativa con el fin de determinar si ASOHOSVAL, su representante legal y 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 del Valle del Cauca.

¹ Folios del 28 al 66 del cuaderno N° 1 del expediente.

² Acta de visita administrativa folios 68 al 7 del cuaderno N° 1 del expediente.

³ Folios del 71 al 74 del cuaderno N° 1 del expediente

⁴ Folios del 75 al 99 del cuaderno reservado N° 3 del expediente

⁵ Folios del 100 al 128 del cuaderno reservado N° 3 del expediente

⁶ Folios del 129 al 130 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁷ Folios del 131 al 140 del cuaderno N° 1 del expediente.

⁸ Folios del 141 al 152 del cuaderno N° 1 del expediente.

⁹ Folios del 183 al 185 del cuaderno N° 1 del expediente.

¹⁰ Folio 153 del cuaderno N° 1 del expediente

¹¹ Folio 154 del cuaderno N° 1 del expediente.

¹² Folios 186 al 226 del cuaderno N° 1 del expediente.

2. INVESTIGACIÓN

2.1. Resolución de apertura

Mediante la Resolución N° 47786 del 6 de septiembre de 2010, modificada por la Resolución N° 61703 del 10 de noviembre de 2010, la Delegatura de Protección de la Competencia ordenó abrir investigación contra ASOHOSVAL, 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."**(Se subraya).*

De igual manera se abrió investigación en contra de LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL y DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO, Representante Legal de ASOHOSVAL, 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, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Lo anterior, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Según consta en el certificado de existencia y representación legal, ASOHOSVAL dentro de sus objetivos tendientes a desarrollar su objeto social tiene el de: "(...) G. Asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud (...)"¹³
2. En desarrollo del objetivo señalado y según evidencia en diferentes actas de junta directiva y de Asamblea General de Asociados, ASOHOSVAL participa de manera activa en los procesos de concertación y negociación de las condiciones de los contratos que se celebran entre los hospitales afiliados a esta Asociación y las EPS que operan en la región.
3. En diferentes comunicaciones enviadas por el Asesor Jurídico de ASOHOSVAL y/o la Directora Ejecutiva de esta misma a sus Asociados, esta Asociación analiza los contenidos de los diferentes documentos contractuales producto de las negociaciones que tienen lugar.
4. Se encuentra evidencia que apunta a señalar que las decisiones adoptadas por ASOHOSVAL presuntamente tendrían el objeto de establecer parámetros de negociación entre los Hospitales y las EPS.
5. En algunos de los documentos que soportan lo consignado en los numerales anteriores, se observa que LUZ DEIBY JIMENEZ RENDON y DIMAS ANTONIO MARTINEZ TORO, en representación de ASOHOSVAL, presuntamente habrían participado en la adopción de la conducta objeto de investigación.

¹³ Folios del 71 al 74 del cuaderno N° 1 del expediente.

De acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio oportunidad a los investigados para solicitar y aportar las pruebas que pretendieran hacer valer en su defensa.

2.2. Audiencia de conciliación

El día 15 de noviembre de 2011, se celebró la audiencia de conciliación de que trata el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, con el fin de que el quejoso y los investigados conciliaran los intereses particulares. En el curso de la diligencia, la apoderada judicial especial de ASOHOSVAL y de la señora LUZ DEIBY JIMENEZ RENDON, así como el señor LUIS FERNEY MORENO CASTILLO en su calidad de apoderado judicial especial de CAPRECOM, manifestaron no tener ningún interés particular en conciliar, por lo que dicha audiencia se declaró fallida, como consta en el acta que reposa en el expediente.¹⁴

Posteriormente, el día 25 de abril de 2012, se llevó a cabo la audiencia de conciliación entre ASOHOSVAL y el señor ARMANDO ROJAS FIERRO, actuando como apoderado de la señora LEONELIA OREJUELA ESCOBAR quien ostenta la calidad de Gerente Liquidadora de CALISALUD EPS-S EN LIQUIDACION, quienes manifestaron no tener animo conciliatorio¹⁵.

2.3. Etapa probatoria

2.3.1. Pruebas solicitadas por los investigados

Las personas investigadas no aportaron ni solicitaron pruebas dentro de la investigación.

2.3.2. Pruebas decretadas de oficio

Mediante la Resolución N° 66686 del 25 de noviembre de 2010, esta Delegatura decretó de oficio las siguientes pruebas¹⁶:

2.3.2.1. Interrogatorios de Parte

- OLGA LUCIA AGUILAR, como representante legal de ASOHOSVAL.
- DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO, en su calidad de persona natural investigada, quien en el momento de los hechos actuaba como representante legal de ASOHOSVAL.
- LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, como Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL.

Las personas citadas a interrogatorio enviaron a esta Delegatura sendos escritos de justificación por su inasistencia el día y la hora señalada en la Resolución N° 66686 del 25 de noviembre de 2010, conforme consta en el expediente¹⁷.

Advierte esta Delegatura que las justificaciones enviadas por los señores DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO, OLGA LUCIA AGUILAR y LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, no van a ser tenidas en cuenta, ya que las razones expuestas por ellas, no son consideradas motivo suficiente para excusarse de asistir al interrogatorio, razón por la cual, se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil, el cual preceptúa:

¹⁴ Folios 993 y 994 del cuaderno N° 5 del expediente.

¹⁵ Folios 1120 del cuaderno N° 6 del expediente.

¹⁶ Folios del 1008 al 1011 del cuaderno N° 5 del expediente.

¹⁷ Folios 1012 a 1022 del cuaderno N° 5 del expediente.

“La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito. La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca. En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos. Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admite prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciará como indicio grave en contra de la parte citada”. (Se subraya)

Sobre el particular, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“(…) Si la convocatoria a rendir declaración se hizo oficiosamente por el juez, en ejercicio de los poderes de instrucción que le han sido conferidos, tal como lo habilita el artículo 202 de la mencionada codificación, la contumacia no tendrá otra consecuencia que la de constituir un indicio, según lo precisa la disposición, motivo por el cual los pliegos de preguntas que la contraparte presente con el propósito de que sean tenidos en cuenta, no están llamados a generar ningún efecto probatorio, pues en esta clase de diligencias sólo el juez puede interrogar, en el presente caso se podría configurar el indicio grave (...)”¹⁸ (Se subraya).

2.3.2.2. PRESENTACION DE INFORME MOTIVADO AL DESPACHO

El día 28 de diciembre de 2011, se presentó informe motivado al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, así mismo, se dio traslado a los investigados por un término de 10 días para que presentaran las observaciones correspondientes. El Despacho tuvo en cuenta las observaciones de la apoderada de ASOHOSVAL, quien solicitó el cierre de la investigación por violación al debido proceso al no haberle citado nuevamente a la diligencia.

2.3.2.3. SANEAMIENTO POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO

Mediante Resolución N° 8880 del día 27 de febrero de 2012, el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio decretó la ocurrencia de vicios de procedimiento alegados por ASOHOSVAL y los evidenciados con CALISALUD EPS, por tanto, ordenó su saneamiento de la siguiente manera:

“ARTÍCULO PRIMERO: *DECRETAR la ocurrencia de los vicios de procedimiento alegados por ASOHOSVAL y de los evidenciados en relación con CALISALUD EPS y ordenar su saneamiento, como se señala a continuación.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *ORDENAR que se comunique la Apertura de la investigación a CALISALUD EPS y que se cite esta EPS a la audiencia de conciliación de intereses particulares prevista en la Ley 640 de 2001.*

ARTÍCULO TERCERO: *ORDENAR la práctica de los interrogatorios decretados y dejados de practicar.*

ARTÍCULO CUARTO: *DEVUELVA el presente expediente a la Delegatura de Protección de la Competencia para el trámite respectivo.*

¹⁸ Sentencia del 28 de noviembre de 2000, expediente N° 5768, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

ARTÍCULO QUINTO: COMUNIQUESE el contenido de la presente resolución a la doctora **MIRIAM OYOLA**, apoderada de la Asociación de Hospitales y Empresas Sociales del Estado del Departamento del Valle del Cauca ASOHOSVAL y a los señores **DIMAS ANTONIO MARTINEZ TORO** y **LUZ DEIBY JIMENEZ RENDON**, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, informándoles que en su contra no procede recurso alguno".

Que en cumplimiento de lo anterior, se realizó la comunicación de la Resolución N° 47786 del 6 de septiembre de 2010 a la doctora ORIANA XIMENA CARVAJAL QUITIAN Representante Legal de CALISALUD EPS-S¹⁹.

Así mismo, se dio cumplimiento al artículo 33 de la Ley 640 de 2001, citando a audiencia de conciliación a la doctora ORIANA XIMENA CARVAJAL QUITIAN Representante Legal de CALISALUD EPS-S y a los investigados. Dicha audiencia se celebró el día 25 de abril de 2012²⁰, sin que las partes llegaran a un acuerdo.

Una vez realizada la audiencia de conciliación, mediante la Resolución N° 51606 de 30 de agosto de 2012, esta Delegatura decretó de oficio las siguientes pruebas²¹:

2.3.2.4. Interrogatorios de Parte

- OLGA LUCIA AGUILAR, como representante legal de ASOHOSVAL
- DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO, como persona natural investigada, quien en el momento de los hechos actuaba como representante legal de ASOHOSVAL
- LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, como Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL

2.3.2.5. Audiencia Verbal

Según lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citó a los investigados, así como a sus respectivos apoderados para el día 20 de septiembre de 2012, a fin de que presentaran, de manera verbal, los argumentos que pretendieran hacer valer respecto de la investigación. Sobre el particular, cabe mencionar los siguientes aspectos²²:

- La apoderada especial de ASOHOSVAL manifiesta que "(...) *La posición dominante en el mercado de los servicios de salud consiste en la posibilidad que tiene una empresa o una persona de determinar directa o indirectamente las condiciones del respectivo mercado, y cuando vamos a revisar no hay ninguna de estas conductas, porque la asociación no es prestadora y únicamente lo que le decía a los asociados es la misma Ley quien nos dice que las EPS deben contratar el 60%, debe contratar los servicio de PyP (Promoción y Prevención), que debe contratar a una tarifa del porcentaje de la UPC, entonces, no hay como demostrar ni como hacerlo que la asociación tenga esta posición dominante en el mercado (...)*"
- Que igualmente, "como consecuencia de esto le solicito también a la Superintendencia que tenga en cuenta al momento de hacer el estudio para que se archive el expediente, porque no hay merito para sancionar a la entidad que represento".

¹⁹ Folio 1110 del cuaderno N° 6 de expediente.

²⁰ Folios 1120 al 1121 del cuaderno N° 6 del expediente.

²¹ Folios del 1140 al 1144 del cuaderno N° 6 del expediente.

²² Folios 1228 a 1230 del cuaderno N° 6 del expediente.

- Así mismo, la señora LUZ DEIBY JIMENEZ manifestó que "(...) *no es la asociación la que coloca porcentajes, es un proceso que se ha dado a través del tiempo y que nos apoyamos por supuesto en lo que ha dicho en algún momento el ministerio, esto es como decía la doctora una ley del mercado, el sistema esta tan imperfecto que tenemos mas de cinco proyectos de reforma a la misma ley, realmente y lastimosamente para nadie es un secreto el cierre hoy y la liquidación de la EPS, muy a costa de todos los recursos que se le debe a la red pública, entonces, como asociación no consideramos que hemos incurrido en ninguna conducta de restringir (...)*"
- Además, el señor DIMAS MARTÍNEZ manifiesta que no entiende "(...) *porque una EPS tiene posición dominante cuando somos los prestadores los que estamos al final del camino, somos los prestadores los que tenemos constitucionalmente que prestar servicios de salud sin menos cabo , aun sin que nos paguen, aun sin que nos paguen lo que realmente deben valer los servicios y una posición que no es dominante sino que es la más débil, porque siempre las cosas se rompen por lo más delgado y se rompen efectivamente por los prestadores*"²³.

3. EL MERCADO DE LA SALUD

El mercado afectado se debe determinar estableciendo el mercado producto y el mercado geográfico. El primero de ellos deberá limitarse al grupo de bienes y servicios más reducido –mercado producto– que se podría ver afectado por los diversos parámetros de negociación sugeridos por ASOHOSVAL, con respecto a 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 del Valle del Cauca, 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)²⁴, 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 mismo²⁵, entre las que se encuentran, la Comisión de Regulación en Salud (CRES), el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y la Superintendencia Nacional de Salud (SNS), quienes apoyan la consecución de las políticas públicas del Sistema. Las entidades mencionadas se encargan de

²³ Folios 1228 a 1230 del cuaderno N° 6 del expediente.

²⁴ El artículo 170 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la dirección del SGSSS se haría "*bajo la orientación, regulación, supervisión, vigilancia y control del Gobierno Nacional y del Ministerio de Salud y atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del Gobierno en la lucha contra las enfermedades y en el mantenimiento y educación, información y fomento de la salud y la salud de conformidad con el plan de desarrollo económico y social y los planes territoriales de que tratan los artículos 13 y 14 de la Ley 60 de 1993*".

²⁵ El listado completo de las instituciones adscritas y vinculadas al Ministerio de la Protección Social, puede ser consultado en la página web:

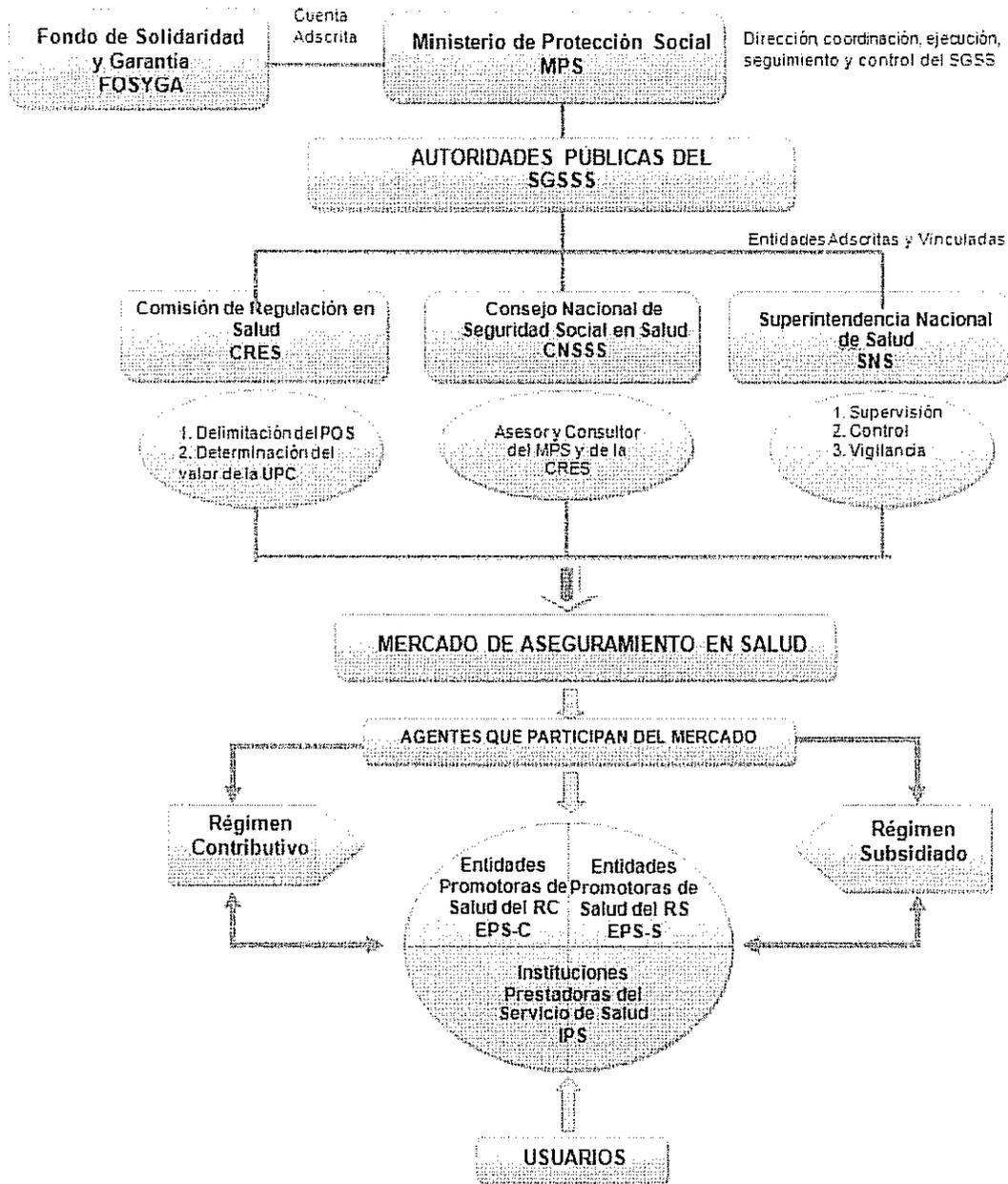
<http://www.minproteccionsocial.gov.co/acercaMinisterio/Lists/Entidades%20Adscritas%20y%20Vinculadas/AllItems.aspx>

regular, supervisar, controlar y vigilar a los agentes que participan del Mercado de Aseguramiento en Salud.

Este mercado está compuesto por 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 N° 1, ilustra la estructura del SGSS descrita en los párrafos anteriores.

Figura N° 1

Estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud



Fuente: Elaboración SIC con información que reposa en el expediente N° 9-21413

Una vez expuesta la estructura del SGSSS, a continuación esta Delegatura definirá el mercado presuntamente afectado así como los agentes que en él participan.

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)*, que pueden ser 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. Por lo tanto, los servicios prestados por la red privada y mixta de IPS son sustitutos de aquellos ofrecidos por las ESE.

Ahora, de acuerdo con la información disponible en la página web de la Secretaría de Salud del Valle del Cauca²⁶, la red de IPS habilitadas en este departamento, está compuesta de la siguiente forma:

Tabla N° 1

RED DE IPS – VALLE DEL CAUCA

MUNICIPIO	IPS	
	PÚBLICA	PRIVADA
Alcalá	1	0
Andalucía	1	1
Ansermanuevo	1	0
Argelia	1	0
Bolívar	1	0
Buenaventura	4	42
Bugalagrande	1	1
Caicedonia	1	4
Cali	12	643
Calima	1	0
Candelaria	1	7
Cartago	2	26
Dagua	1	5
El Águila	1	0
El Cairo	1	0
El Cerrito	1	5
El Dovio	1	0
Florida	1	5
Ginebra	1	2

²⁶ Gobernación del Valle del Cauca, Secretaría de Salud, Listado de Prestadores Habilitados. Disponible en la página web: <http://www.valledelcauca.gov.co/salud/publicaciones.php?id=9123> Fecha de consulta: 12/DIC/11.

MUNICIPIO	IPS	
	PÚBLICA	PRIVADA
Guacarí	1	4
Guadalajara de Buga	1	34
Jamundí	2	21
La Cumbre	1	0
La Unión	1	1
La Victoria	1	0
Obando	1	1
Palmira	2	73
Pradera	1	4
Restrepo	1	3
Riofrío	1	1
Roldanillo	1	5
San Pedro	1	0
Sevilla	2	2
Toro	1	0
Trujillo	1	1
Tuluá	2	40
Ulloa	1	0
Versalles	1	0
Vijes	1	0
Yotoco	1	0
Yumbo	1	11
Zarzal	1	6
TOTAL	61	948

Fuente: Elaboración SIC con base en información de la Secretaría de Salud del Valle del Cauca.

Se observa que, el 93,9% del total de IPS en el departamento son privadas, con el agravante de que en 16 de los 42 municipios, la IPS pública es la única institución habilitada para la prestación de los servicios de salud. Además, vale la pena destacar que el 67,8% de las IPS privadas se concentran en Cali, capital del departamento del Valle del Cauca.

Lo anterior refleja una restricción en la oferta de IPS alternativas a las ESE y por lo tanto, una limitación que deben afrontar las EPS-S al momento de realizar la respectiva contratación con los prestadores de servicios de salud.

Así mismo, hay una restricción adicional de carácter normativo, expresada en el artículo 16 de la Ley 1122 de 2007, el cual establece lo siguiente:

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

La obligación mencionada ubica en una situación de desventaja a las EPS del régimen subsidiado frente a las EPS del régimen contributivo, ya que éstas últimas pueden conformar su red de servicios de salud con total libertad.

Es importante tener presente que las quejas presentadas por CAPRECOM, hacen referencia a la contratación de servicios de salud entre las EPS-S y las ESE (servicios POS-S), por lo que no se incluirán dentro del mercado producto, los servicios contratados por las EPS para asegurar afiliados del régimen contributivo. El análisis precedente permite a esta Delegatura concluir que el mercado producto para el caso que nos compete, está conformado por los servicios de salud incluidos en el POS-S, ofrecidos por las IPS (públicas y privadas) y contratados por las EPS-S para la atención de sus afiliados.

De otra parte, desde el punto de vista geográfico, es necesario identificar la zona en la cual tienen influencia, las diferentes indicaciones en materia de negociación emanadas de ASOHOSVAL, en relación con la contratación de los servicios de salud entre las EPS-S y las ESE del departamento del Valle del Cauca.

Según la información aportada por ASOHOSVAL²⁷, las ESE pertenecientes a la asociación, son las siguientes:

Tabla N° 2

ESE AFILIADAS ASOHOSVAL

MUNICIPIO	NOMBRE DEL PRESTADOR
Alcalá	Hospital San Vicente de Paul
Andalucía	Hospital San Vicente Ferrer
Ansermanuevo	Hospital Santa Ana De Los Caballeros
Argelia	Hospital Pío XII
Bolívar	Hospital Santa Ana
Buenaventura	Hospital Departamental de Buenaventura
	Hospital Luis Ablanque de la Plata
	Hospital San Agustín
Bugalagrande	Hospital San Bernabé
Caicedonia	Hospital Santander
Cali	Hospital Departamental Mario Correa Renjifo
	Hospital Departamental Psiquiátrico Universitario del Valle
	Hospital Isaías Duarte Cancino
	Hospital Universitario del Valle Evaristo Garcia
	Red de Salud del Suroriente - Hospital Carlos Carmona
Calima	Hospital San Jorge
Candelaria	Hospital Local de Candelaria
Cartago	IPS del Municipio de Cartago
Dagua	Hospital Local José Rufino Vivas
El Águila	Hospital San Rafael
El Cairo	Hospital Santa Catalina
El Cerrito	Hospital San Rafael
El Dovio	Hospital Santa Lucía
Florida	Hospital Benjamín Barney Gasca
Ginebra	Hospital del Rosario
Guacarí	Hospital San Roque
Guadalajara de Buga	Hospital Divino Niño
Jamundí	Hospital Piloto Jamundí
La Cumbre	Hospital Santa Margarita
La Unión	Hospital Gonzalo Contreras
La Victoria	Hospital Nuestra Señora de los Santos
Obando	Hospital Local de Obando
Palmira	Hospital Raúl Orejuela Bueno
	Hospital San Vicente de Paul
Pradera	Hospital San Roque
Restrepo	Hospital San Jose
Riofrío	Hospital Kennedy
Roldanillo	Hospital Departamental San Antonio
San Pedro	Hospital Local Ulpiano Tascón Quintero
Sevilla	Hospital Departamental Centenario de Sevilla

²⁷ Folios 129 y 130 de cuaderno reservado N° 3 del expediente.

MUNICIPIO	NOMBRE DEL PRESTADOR
Toro	Hospital Sagrada Familia
Trujillo	Hospital Santa Cruz
Tuluá	Hospital Departamental Tomas Uribe Uribe Hospital Rubén Cruz Vélez
Ulloa	Pedro Sáenz Díaz
Versalles	Hospital San Nicolás
Vijes	Hospital Local de Vijes
Yotoco	Hospital Local de Yotoco
Yumbo	Hospital La Buena Esperanza

Fuente: Folios 129 y 130 del cuaderno reservado N° 3 del expediente

De la tabla anterior se desprende que la mayoría de ESE del departamento, se encuentran afiliadas a ASOHOSVAL, a excepción de la ESE del municipio de Zarzal y algunas ESE de Cali. Por lo tanto, es claro que las directrices impartidas 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 privadas, además porque, como se mencionó previamente, no todos los municipios cuentan con IPS privadas o sólo cuentan con una, por lo que el margen de acción de las EPS del régimen subsidiado es mínimo.

La información anteriormente expuesta permite concluir a esta Delegatura que el mercado geográfico correspondiente a esta investigación abarca todo el departamento del Valle del Cauca.

En conclusión, el mercado afectado está constituido por los servicios de salud incluidos en el POS-S, ofrecidos por las IPS (públicas y privadas) y contratados por las EPS-S para la atención de sus afiliados, en el departamento del Valle del Cauca.

4. LA CONDUCTA INVESTIGADA

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 las 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.

El rol de las asociaciones y las agremiaciones dentro de la economía ha sido reconocido por los agentes económicos y por el Estado mismo, por cuanto sus actividades pueden ir encaminadas y tener la potencialidad de beneficiar a sus 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 pueda 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 en un nodo de decisión colectiva de los asociados que termine facilitando el juego de oferta y demanda.

Así, sin ser una lista exhaustiva, pueden llegar a considerarse restrictivas las decisiones de asociaciones o gremios relacionadas con precios, publicidad, compras o ventas conjuntas a través de la asociación, estándares técnicos, certificación, normas de conducta, intercambio de información y establecer criterios de negociación de sus asociados con otras empresas o entidades. 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, intercambio de información y establecimiento de criterios de negociación de sus asociados.

Respecto de los precios, prestaciones de contratos uniformes y de los criterios de negociaciones, 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 competencia²⁸.

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.

Por último, las asociaciones deben evitar constituirse en nodos de intercambio de información que permitan y faciliten la coordinación o la colusión entre sus miembros²⁹. No quiere esto indicar que sea reprochable que los agentes de un mercado tengan información, pues 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 y de negociación, 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.

Es importante aclarar que una vez integrada por un número plural de sujetos, la Asociación tiene los mismos deberes que cualquier otro sujeto particular.

A la luz del artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 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, tengan *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

²⁸ Resolución N° 25420 de 2002, confirmada por la Resolución N° 35523 de 2002.

²⁹ Resolución N° 25420 de 2002, confirmada por las Resoluciones N° 35523 de 2002 y 8027 de 2002.

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 (lo que hacía la Asociación).

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 exclusorios).

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 la Delegatura procederá a analizar si las decisiones y políticas adoptadas por ASOHOSVAL, dentro de los procesos de contratación entre los HOSPITALES 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

a) La Doctora OLGA LUCIA AGUILAR VALENCIA, en su condición de Presidente y Representante Legal (al momento de los hechos) de ASOHOSVAL, presenta ante esta Delegatura un INCIDENTE DE EXCEPCIONES PREVIAS³⁰ y proponen las siguientes excepciones:

“1. INDEBIDA REPRESENTACIÓN

Se ordena notificar a título de Representante Legal de la Asociación de Hospitales y Empresas Sociales del Estado del Departamento del Valle del Cauca – ASOHOSVAL a quien no tiene tal calidad.

2. NO CITACIÓN A PERSONAS QUE DEBEN SERLO – NO LITISCONSORCIO NECESARIO.

Se omite citar a quien oficia como Director Ejecutivo de la Asociación de Hospitales y Empresas Sociales del Estado del Departamento del Valle del Cauca – ASOHOSVAL.

³⁰ Folios 922 al 931 del cuaderno N° 5 del expediente.

3. NOTIFICACIÓN A QUIEN NO ES DEMANDADO

Se vincula y ordena citar a persona que no tiene ni ha tenido relación alguna con Asociación de Hospitales y Empresas Sociales del Estado del Departamento del Valle del Cauca – ASOHOSVAL.

4. FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA

La organización investigada, no se encuentra dentro de la norma marco que contiene la conducta reprochada.

(...)"

4.2. Consideraciones de la Delegatura

4.2.1 Respuesta a INCIDENTE DE EXCEPCIONES PREVIAS:

De acuerdo a los argumentos presentados por la parte investigada, esta Delegatura a través de la Resolución N° 61703 del 10 de noviembre de 2010, aclaró la parte resolutive de la Resolución N° 47786 del 2010.

4.2.2 Análisis de la conducta imputada:

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

La Delegatura procederá ahora a estudiar si las decisiones y las políticas internas adoptadas por ASOHOSVAL 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 del Valle del Cauca, tuvieron por objeto 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 artículo 5 de los Estatutos de ASOHOSVAL³¹, ésta tiene como misión la de "*ser un órgano que sirva de vocería y reconocimiento de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud asociadas ante los organismos del estado y como instancia de negociación (...)*" y en este mismo documento, se evidencia que dentro de sus objetivos está: "*(...) g. Asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud. (...)*"

Así mismo se puede ver como en el certificado de existencia y representación legal, ASOHOSVAL dentro de sus objetivos tendientes a desarrollar su objeto social tiene el de: "*(...) G. Asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud (...)*"³²

Es así como a partir de estas facultades dadas a ASOHOSVAL a través de los estatutos y certificado de existencia y representación realizó diversas reuniones con sus asociados (juntas directivas y asambleas), así:

³¹ Folio 131 del cuaderno N° 1 del expediente.

³² Folios del 71 al 74 del cuaderno N° 1 del expediente.

Reuniones de Junta Directiva: Las cuales según consta en la diferentes actas son firmadas por DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ y LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN en calidad de Presidente y Secretaria (e) respectivamente.

a) Reunión de Junta Directiva. Acta del 24 de abril de 2007³³:

"(...) 5. Necesidad de Asistencias a las reuniones de negociación con los poderes de los gerentes de los hospitales.

8. se propone como fecha limite el 7 de mayo comprometiéndose la Asociación a enviar la comunicación oficial de las EPS's subsidiada (sic).

(...)"

b) Reunión de Junta Directiva Acta de noviembre 28 de 2007³⁴:

"(...) 3. ACOMPAÑAMIENTO Y REPRESENTACIÓN DE LOS ASOCIADOS

- Reunión con Calisalud el 7 de noviembre con la presencia del Dr. Dimas A. Martínez, se solicitó en esta reunión la revisión del porcentaje de contratación, se estudiará la posibilidad de contratar al 55% de la UPC vigente.*

- Se realizó el 1 de Noviembre reunión con Coosalud donde propusieron que los hospitales generaran valor agregado en sus contratos y que la contratación del primer nivel sería al 53%. Los Asociados aún no han respondido si aceptan o no dicha propuesta.*

(...)"

c) Reunión de Junta Directiva Acta del 8 de abril de 2008³⁵: (tareas)

"(...) 1- Se solicita a la Dirección Ejecutiva Enviar a los hospitales asociados la posición de Asohosval respecto a la negociación con EPS-s.

3- La Dirección Ejecutiva solicitará a los asociados información de la contratación. con las EPS-s.

4. La Dra. Olga Lucia Aguilar y la Dra. Luz Deiby presentará distribución de hospitales para acompañamiento. (...)

d) Reunión de Junta Directiva Acta de agosto 21 de 2008³⁶:

"(...) ACTIVIDADES REALIZADAS: e. Acompañamiento al Hospital de Yumbo en la convocatoria que realizaron los Usuarios de Caprecóm para aclarar el proceso contractual. Julio 2 de 2008

e) Reunión de Junta Directiva Acta de enero 20 de 2009³⁷: Se trataron algunos temas como:

"(...)

6. Reunión con la EPS-S Cafesalud con los hospitales de Ulloa y El Águila Diciembre 29 para el tema de nueva contratación, pagos y liquidación de

³³ Folios 80 y 81 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

³⁴ Folios 88 al 90 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

³⁵ Folios 91 al 92 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

³⁶ Folios 93 al 93 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

³⁷ Folios 95 al 99 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

contrato. La reunión quedó postergada con el grupo directivo para enero 7 de 2009 (...)

7. Estudio del Contrato de Calisalud con el Asesor Jurídico, se enviaron recomendaciones a los Asociados. Diciembre 30;

8. Enero 5 de 2009 Asesoría al Gerente del Hospital de Andalucía para el análisis del contrato ofrecido a su entidad por parte de Calisalud EPS-S.

9. Enero 6 de 2009 Asesoría al Gerente del Hospital Local de Yotoco para el análisis del contrato ofrecido a su entidad por parte de Calisalud EPS-S

10. Enero 7 de 2009 Reunión con Hospitales que contratan con la EPS-S Calisalud para analizar en conjunto la propuesta. Se envió informe a los Asociados de esta reunión.

11. Enero 13 de 2009 Acompañamiento a hospitales de Nivel 2 y 3 en el inicio de negociación de recursos de Oferta con la Secretaria Departamental de Salud. Se envió informe a los Asociados.

12. Enero 14 de 2009 Reunión con Gerentes que contratan con Emssanar EPS-S para analizar la propuesta. Se envió información a los Asociados (...)"

a) Reunión Extraordinaria de Asociados – abril 24 de 2007³⁸:

"(...) El Dr. Dimas Antonio presenta a los asistentes los puntos a tratar sobre la contratación y estos son discutidos así:

1- Se envía o no la minuta a las EPS subsidiada?

Los asistentes manifiestan que la minuta es el primer paso de la negociación por lo tanto, estas se deben enviar a cada EPS subsidiada, desde la Asociación se enviará una general a las diferentes EPS subsidiadas y los gerentes a su vez enviaran la minuta diligenciada a la EPS subsidiada correspondiente, enviando una copia a la Asociación.

b) Reunión Ordinaria de Asociados. Junio 26 de 2007³⁹:

"(...) La Dra. Luz Deiby comenta que los grupo que han negociado con el acompañamiento de Asohosval han obtenido mejor porcentaje de la negociación, es así como algunos firmaron con Calisalud con el porcentaje igual al del año anterior, mientras que se logro un porcentaje mayor la semana pasada. En este momento se esta negociando con Cafesalud aunque ya han firmado el 60% de los gerentes de hospitales que tienen esta población (...)"

Asamblea General de Asociados. Enero 22 de 2008⁴⁰:

"(...) CONTRATACIÓN OTRAS ENTIDADES: Reunión con fudaprogreso para establecer oferta a hospitales para el cumplimiento de la Ley 909 y Decreto 1227. Se obtuvo precio favorable si los hospitales contratan a través de Asohosval (...)"

³⁸ Folios del 103 al 105 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

³⁹ Folios del 106 al 109 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁴⁰ Folios del 112 al 113 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

c) Asamblea General de Asociados. Abril 1 de 2008⁴¹:

"(...) Comenta la visita que algunos gerentes y la junta directiva de la asociación le hicieron a Calisalud y la gerente de dicha EPS's no quiso atenderlos, adicionalmente en una reunión con la Directora Ejecutiva y la gerente de calisalud se dejaron unos criterios de negociación posteriormente la Gerente de la EPS's, se reúne con los gerentes individualmente y desmejora los acuerdos en detrimento de los hospitales. La Asamblea aprueba que se envíe comunicación a la Dra. Oriana Gerente de Calisalud donde se manifieste la voluntad de los asociados de negociar gremialmente (...)" (se subraya)

d) Asamblea General de Asociados. Noviembre 13 de 2008⁴²:

"(...) PROPOSICIONES Y VARIOS

Nuevamente se acuerda entre los participantes que la Minuta para negociar con las EPS-S sea avalada por Asohosval, que la contratación sea colectiva. Y que incluyan las reglas claras consagradas en el Dcto 4747-07, UPC única, Bases de datos y procesos de Inspección, Vigilancia y Control

(...)"

Con las pruebas recaudadas se pudo establecer que ASOHOSVAL participó en las negociaciones de contratación adelantadas por las ESE del departamento de Valle del Cauca y las EPS-S.

Con respecto a lo anterior, la señora LUZ DEIBY JIMENEZ en interrogatorio manifestó lo siguiente:

"Pregunta: *¿Quiero precisar en ese punto en el tema de los estatutos y dentro de los estatutos en uno de los objetivos que se tenía y es el numeral G "Asesorar y realizar acompañamiento en la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud " puede decirme que ha pasado en ese tema?*

Responde: *No eso ya no está en nuestros objetivos.*

Pregunta: *¿cuándo se dio esa reforma a ese numeral?*

Responde: *esa reforma se dio en el año 2010 en la reforma de los estatutos del 2010, porque le explico, el origen del régimen subsidiado llevo a que en la asociación requiriera ese enfoque, por qué? porque no se conocía, porque veníamos de tener directores de hospitales no gerentes, porque habían muchos temas administrativos que no se conocían y hay es cuando la asociación se crea y decide orientarlo así, pero después entendimos que eso ya no es lo que requiere los hospitales por todas las individualidades que hay, y así como no podemos pretender que un hospital tenga x negociación porque nosotros realmente no sabríamos si eso es sostenible y beneficioso para esa institución".⁴³*

Se evidencia que la conducta por la cual está siendo investigada la ASOHOSVAL es progresiva en el tiempo de uso continuado, debido que hasta el año 2010 realizaron modificaciones a los estatutos.

⁴¹ Folios del 113 al 116 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁴² Folios del 119 al 120 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁴³ Folios del 1154 al 1156 y 1212 al 1223 del cuaderno N° 6 del expediente.

En el expediente se encuentra un documento contentivo de "**OBSERVACIONES A LAS MINUTAS DE CALISALUD (PYP, RECUPERACIÓN DE SALUD) ENVIADAS POR EL HOSPITAL DE YOTOCO**"⁴⁴, en el cual se señala por parte de ASOHOSVAL que:

"(L)eído el documento del asunto se encuentra que: El texto suministrado a nosotros por parte del Hospital de Yotoco, no corresponde, las bases mínimas contenidas en contrataciones anteriores".

En dicho documento se relacionan diversas acciones entre las cuales podemos señalar algunas:

6. Recomendaciones revisar los términos y oportunidades establecidas en la cláusula 2 numeral 14.

7. Revisar descuentos por atención en otros niveles

12. Para el pago hacen referencia a la población efectivamente carnetizada.

En la misma comunicación ASOHOSVAL señala a todos los hospitales que contratan con CALISALUD que insisten "*en la inconveniencia de esta minuta así planteada por lo que les solicitamos lean cuidadosamente estas observaciones y absolver toda duda antes de firmar (...)*", manifiestan finalmente "*Resaltamos nuestra disposición de apoyo para los eventos de la firma. Sobre recordar la inconveniencia de prestar servicios sin contratos firmados (...)*".

Se encuentra otro documento en el cual ASOHOSVAL realiza recomendaciones a la contratación en el Régimen Subsidiado⁴⁵ "*(...) en aras de mantener políticas asociativas y ser coherentes en la defensa de los intereses de la red, repasamos los puntos que sugerimos tengan en cuenta en las negociaciones y contrataron (sic) para la futura vigencia:*

- 1. Integralidad de servicios*
- 2. Si el contrato es capitado: pago anticipado (no sujeción al pago previo del Entre Territorial"*
- 3. Si se hace referencia a población, debe tomarse en cuenta población asignada a la EPS – S por parte del municipio, no la población carnetizada. (esta referente solo se aceptaría en una base mínima del 95% de la asignada)*
- 4. UPC plena*
- 5. Valor a contratar mínimo 55% UPC Plena (sin demanda inducida)*
- 6. Intereses moratorios*
- 7. PYP matriz concertada. Metas mínimas alcanzables*
- 8. Si la población es muy poca como el caso de Desplazados es preferible contratar por evento a tarifa Soat vigente (...)"*

⁴⁴ Folios 173 al 174 del cuaderno N° 1 del expediente.

⁴⁵ Folios 175 al 176 del cuaderno N° 1 del expediente.

Ahora bien, en general, del contenido de las actas de las reuniones de ASOHOSVAL que obran dentro del expediente, se concluye que esta Asociación asesoraba a los diferentes hospitales y daba pautas para la negociación.

Lo anterior permite acreditar que la participación de la Asociación en la negociación de la contratación entre las ESE y las EPS-S 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.

Es de recalcar que, de haber sido el papel de la Asociación la de un mero asesor, no habría presidido esta reunión ni habría sido la promotora de la concertación a la que finalmente se llegaría en las contrataciones.

4.2.2.1 Prueba del objeto o efecto de la conducta

La Delegatura procederá ahora a estudiar si las decisiones y las políticas internas adoptadas por ASOHOSVAL 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 del Valle del Cauca, tuvieron por objeto 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 ASOHOSVAL unificó las políticas de contratación entre las ESE del Valle y las EPS-S, 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.

4.2.3 Conclusión en relación con la conducta investigada

La Delegatura logró demostrar en la presente actuación administrativa, que la ASOCIACIÓN DE HOSPITALES Y EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA –ASOHOSVAL, incurrió en la conducta descrita en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, por cuanto, en desarrollo de su actividad, sugirió políticas de negociación a sus afiliados, que tuvieron por objeto restringir y falsear el juego de la libre competencia en el mercado afectado definido en el presente informe.

5. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS

Según el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, conforme fue modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, es función del Superintendente de Industria y Comercio, imponer multas de hasta dos mil (2.000) SMLMV 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 restrictivas⁴⁶.

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 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.

⁴⁶ Conforme lo previsto en el artículo 17 del Código de Comercio: "(...) Para probar la representación de una sociedad bastará la Certificación de la Cámara respectiva, con la indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dicha facultades, en su caso."

Habiendo establecido en el presente documento que la Asociación de Hospitales y empresas sociales del estado del departamento del Valle del Cauca – ASOHOSVAL, realizó conductas contrarias a la libre competencia, debe ahora esta Delegatura determinar si la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, en su calidad de Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL (persona natural investigada) y el señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO (persona natural investigada), quien tenía la calidad de representante legal durante el periodo de los hechos objeto de la investigación, incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, con el fin de determinar si toleraron, ejecutaron o autorizaron la conducta investigada.

5.1. Responsabilidad del señor DIMAS ANTONIO MARTÍNEZ TORO

Como representante legal, y además como presidente de la Junta Directiva de ASOHOSVAL, el señor DIMAS ANTONIO MARTINEZ TORO, participó en las reuniones de Junta Directiva, las cuales para efecto del presente informe se enunciarán a continuación:

f) Reunión Junta Directiva. Acta del 24 de abril de 2007⁴⁷

"(...) se propone como fecha limite el 7 de mayo comprometiéndose la Asociación a enviar la comunicación oficial de las EPS's subsidiada (sic). (...)"

g) Reunión Junta Directiva Acta de noviembre 28 de 2007⁴⁸

"(...) 3. ACOMPAÑAMIENTO Y REPRESENTACIÓN DE LOS ASOCIADOS

- Reunión con Calisalud el 7 de noviembre con la presencia del Dr. Dimas Martinez, se solicitó en esta reunión la revisión del porcentaje de contratación, se estudiará la posibilidad de contratar al 55% de la UPC vigente.*
- Se realizó el 1 de Noviembre reunión con Coosalud donde propusieron que los hospitales generaran valor agregado en sus contratos y que la contratación del primer nivel sería al 53%. Los Asociados aún no han respondido si aceptan o no dicha propuesta"*

h) Reunión Junta Directiva Acta de enero 20 de 2009⁴⁹

Se trataron algunos temas como:

"(...)

6. Reunión con la EPS-S Cafesalud con los hospitales de Ulloa y El Águila Diciembre 29 para el tema de nueva contratación, pagos y liquidación de contrato. La reunión quedó postergada con el grupo directivo para enero 7 de 2009 (...)

7. Estudio del Contrato de Calisalud con el Asesor Jurídico, se enviaron recomendaciones a los Asociados.

11. Enero 13 de 2009 Acompañamiento a hospitales de Nivel 2 y 3 en el inicio de negociación de recursos de Oferta con la Secretaria Departamental de Salud. Se envió informe a los Asociados.

⁴⁷ Folios 80 y 81 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁴⁸ Folios 88 al 90 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁴⁹ Folios 95 al 99 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

12. Enero 14 de 2009 Reunión con Gerentes que contratan con Emssanar EPS-S para analizar la propuesta. Se envió información a los Asociados (...)"

El señor DIMAS ANTONIO MARTINEZ TORO, también participaba en las reuniones de la ASAMBLEA DE ASOCIADOS, las cuales para efecto del presente informe se enunciarán a continuación:

e) Reunión Extraordinaria de Asociados⁵⁰

"(...) El Dr. Dimas Antonio presenta a los asistentes los puntos a tratar sobre la contratación y estos son discutidos así:

1- Se envía o no la minuta a las EPS subsidiada?

Los asistentes manifiestan que la minuta es el primer paso de la negociación por lo tanto, estas se deben enviar a cada EPS subsidiada, desde la Asociación se enviará una general a las diferentes EPS subsidiadas y los gerentes a su vez enviaran la minuta diligenciada a la EPS subsidiada correspondiente, enviando una copia a la Asociación.

f) Asamblea General de Asociados. Enero 22 de 2008⁵¹,

"(...) CONTRATACIÓN OTRAS ENTIDADES: Reunión con fudaprogreso para establecer oferta a hospitales para el cumplimiento de la Ley 909 y Decreto 1227. Se obtuvo precio favorable si los hospitales contratan a través de Asohosval (...)"

g) Asamblea General de Asociados. Noviembre 13 de 2008⁵²

"(...) PROPOSICIONES Y VARIOS.

Nuevamente se acuerda entre los participantes que la Minuta para negociar con las EPS-S sea avalada por Asohosval, que la contratación sea colectiva. Y que incluyan las reglas claras consagradas en el Dcto 4747-07, UPC única, Bases de datos y procesos de Inspección, Vigilancia y Control (...)"

Así mismo, el señor DIMAS MARTINEZ en el interrogatorio manifestó lo siguiente:

Pregunta: Doctor Dimas ¿precise al despacho de que época a que época fue usted representante legal de la asociación de hospitales y empresas sociales del Estado del departamento del valle ASOHOSVAL?

Responde: "Bueno, eso es una dignidad que hemos tenido en dos periodos, dos periodos, pero el que corresponde a diligencia creo que corresponde al año 2007 a 2009, específicamente"⁵³.

Pregunta: Para precisar y también necesito su respuesta muy concreta, en la época que usted fue representante legal, ¿usted no recibía un honorario por ser representante legal? ¿Era honorífico?

Responde: "Es honorífico, nunca se recibió ningún tipo de honorarios por ese trabajo"⁵⁴.

⁵⁰ Folios del 103 al 105 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁵¹ Folios del 112 al 113 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁵² Folios del 119 al 120 del cuaderno reservado N° 3 del expediente.

⁵³ Folio del 1157 al 1158 del cuaderno N° 6 del expediente.

Los documentos citados en los párrafos anteriores constituyen prueba de la participación del señor DIMAS ANTONIO MARTINEZ TORO, en calidad de Representante Legal de ASOHOSVAL y como Presidente de la Junta Directiva de la misma Asociación para la época de los hechos.

Dentro de la investigación se recaudaron pruebas que permitieron verificar que el señor MARTINEZ TORO habría autorizado, ejecutado y tolerado las conductas que aquí se investigan. En consecuencia, el señor DIMAS ANTONIO MARTINEZ TORO, como Representante Legal de ASOHOSVAL en el momento de los hechos, ejecutó la conducta investigada.

5.2. Responsabilidad de LUZ DEIBY JIMENEZ RENDON

Se encuentra una comunicación firmada por LUZ DEIBY JIMENEZ RENDON en la cual realiza Recomendaciones a la contratación en el Régimen Subsidiado en los siguientes términos:⁵⁵

"(...) en aras de mantener políticas asociativas y ser coherentes en la defensa de los intereses de la red, repasamos los puntos que sugerimos tengan en cuenta en las negociaciones y contrataron (sic) para la futura vigencia:

1. *Integralidad de servicios*
2. *Si el contrato es capitado: pago anticipado (no sujeción al pago previo del Entre Territorial"*
3. *Si se hace referencia a población, debe tomarse en cuenta población asignada a la EPS – S por parte del municipio, no la población carnetizada. (esta referente solo se aceptaría en una base mínima del 95% de la asignada)*
4. *UPC plena*
5. *Valor a contratar mínimo 55% UPC Plena (sin demanda inducida)*
6. *Intereses moratorios*
7. *PYP matriz concertada. Metas mínimas alcanzables*
8. *Si la población es muy poca como el caso de Desplazados es preferible contratar por evento a tarifa Soat vigente (...)"*

La señora LUZ JIMENEZ en la declaración de interrogatorio manifestó lo siguiente:

Pregunta: *¿Doctora usted participa en todas las reuniones de juntas directiva de la asociación?*

Responde: *"Sí, lo tengo por estatutos, a excepción de los casos que van ha elegir director ejecutivo porque yo me retiro o que la junta directiva quiera decir un tema que no este presente la Directora ejecutiva pero por estatutos tengo que estar presente en todas las juntas directivas".*

Pregunta: *¿Usted es autónoma tomando cualquier decisión al interior de la asociación o tiene que pedir un permiso especial de la Junta directiva para estos casos especiales?*

Responde: *"Hay autonomías tienen unos topes que están decididos por mis funciones, por ejemplo ciertos tipos de compras para el funcionamiento, mis obligaciones, pero mi proceder generalmente es pedir autorización a la Junta*

⁵⁴ Folio del 1157 al 1158 del cuaderno N° 6 del expediente.

⁵⁵ Folios del 175 al 176 del cuaderno N° 1 del expediente.

Directiva de algunas actuaciones que considero es mejor que vayan por una decisión colectiva y no por una decisión de una Directora Ejecutiva solamente⁵⁶.

De igual forma obran en el expediente sendas cartas enviadas por la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN a las diferentes EPS-S y Hospitales tendientes a establecer parámetros sobre las formas de negociación.

Los documentos citados en los párrafos anteriores constituyen prueba de la representación ejercida por la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, en calidad de Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL, en los procesos de negociación contractual con las EPS, discutiendo las condiciones de los contratos, en especial, las modalidades de contratación y las tarifas.

En consecuencia, la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, como Directora Ejecutiva de ASOHOSVAL, ejecutó la conducta investigada.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Con base en el acervo probatorio que obra en el expediente, esta Delegatura encontró que la Asociación de Hospitales y Empresas Sociales del Estado del Departamento del Valle del Cauca –ASOHOSVAL- infringió lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 1663 de 1994, por las razones señaladas en los numerales 4.2 a 4.2.3 del presente informe motivado.

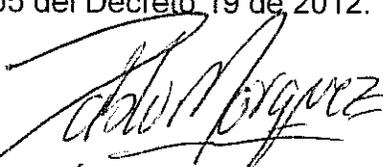
Así mismo, el señor DIMAS ANTONIO MARTINEZ TORO, como persona natural investigada, autorizó y ejecutó la conducta anticompetitiva descrita. Ahora bien, se observa que para la fecha en que ejerció como Representante Legal no recibía remuneración alguna por esta actividad, por lo que se recomienda que se atenué la sanción establecida en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Así mismo, la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN, 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, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, se recomienda al señor Superintendente sancionar a la Asociación de Hospitales y Empresas Sociales del Estado del Departamento del Valle del Cauca –ASOHOSVAL, al señor DIMAS ANTONIO MARTINEZ TORO, en su calidad de Representante Legal en el momento de los hechos presentados en la investigación y a la señora LUZ DEIBY JIMÉNEZ RENDÓN en su calidad de Directora Ejecutiva.

Terminada la etapa probatoria se procede a poner en conocimiento del señor Superintendente de Industria y Comercio y de los investigados el presente Informe Motivado, en los términos del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

Atentamente,



CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

Elaboró: Fredy Fernández / José García Guzmán

Revisó: Julio Castañeda

Aprobó: Pablo Márquez

⁵⁶ Folios del 1154 al 1156 del cuaderno N° 6 del expediente.