

Radicación: 11-1883

Resolución No. 20706 de 22 de abril de 2016

"Por el cual se archiva una investigación por infracciones al régimen de protección de la competencia"

FACULTADES LEGALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad: "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

*Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal **en todos los mercados nacionales**, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica."*

*Así mismo, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que: "[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. **En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico**". (Subrayado y negrilla fuera del texto legal).*

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la presente investigación se desarrolla en un mercado regulado por la Ley 100 de 1993 (régimen de seguridad social) y las normas que la desarrollan, las normas especiales de protección de la competencia contenidas en dicho régimen se aplicarán de preferencia al régimen general de protección de la competencia, en los temas específicos que trate.

Por otra parte, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido: "[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".

De acuerdo con lo anterior, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad única de protección de la competencia en Colombia, salvo en los casos expresamente exceptuados por la misma ley, entre los que no se encuentra el régimen de seguridad social en Colombia. No obstante, resulta importante señalar que en relación con la violación de las normas de protección de la competencia en el sector salud, esta Entidad es competente desde la expedición del Decreto 2221 de 2008, que en su artículo 6 establecía:

"Artículo 6. *La Superintendencia de Industria y Comercio podrá avocar de oficio, o por solicitud de un tercero y de conformidad con el procedimiento establecido para el efecto, el conocimiento de las presuntas infracciones a las normas de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia, incluidas las de abuso de la posición de dominio en el mercado, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud'.*

Resolución No. 20706 de 2016

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con los numerales 11 y 12 del artículo 3 ibídem, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas.

CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En el presente caso, estamos frente a una investigación por un presunto acuerdo entre las EPS para influenciar el valor de la UPC que fijó la CRES para el año 2011, cuyo último hecho constitutivo, de haberse configurado el acuerdo, habría sido el momento a partir del cual entró en vigencia el valor de la UPC establecido por la CRES para el año siguiente, es decir, el 1 de enero de 2012. En efecto, en el presente caso haría parte de la conducta no sólo la materialización del efecto del presunto acuerdo en el mercado -la fijación del valor de la UPC-, sino la permanencia de dicho efecto en el mismo.

En estos términos, es claro que el término de caducidad no empieza a contar a partir del límite inicial que tenían las EPS para remitir la información al MINSALUD (julio 2010), o a partir de la complementación y aclaración de dicha información (marzo de 2011), pese a que ambos son hechos constitutivos de la conducta, sino que debe contarse a partir del momento en el cual el efecto de la conducta que se investigó habría cesado en el mercado -en caso de haberse demostrado-; que para este caso sería cuando perdió vigencia el valor de la UPC que definió la CRES para 2011.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el valor definido por la CRES para la UPC del 2011 con base en la información suministrada por las EPS se mantuvo hasta que entró en vigencia el valor de la UPC para el 2012, la caducidad del presente caso empezó a correr a partir del 1 de enero de 2012, fecha en la cual, según el acuerdo 30 del 28 de diciembre de 2011 de la CRES, se estableció el nuevo valor de la UPC para el año 2012. En consecuencia, la caducidad del presente caso operaría el 1 de enero de 2017.

VIGENCIA DE LA NORMATIVIDAD ESPECIAL DE COMPETENCIA EN EL SECTOR SALUD

No son de recibo los argumentos de ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO respecto a la inaplicabilidad del Decreto 1663 de 1994 por inconstitucionalidad o prejudicialidad derivada del hecho de que dicho decreto se encuentra demandado por nulidad simple ante el Consejo de Estado. Si bien es cierto que dicho trámite no ha sido resuelto por el Consejo de Estado, es a todas luces claro que su fuerza ejecutoria no se ve afectada por haber sido demandado. De hecho, la solicitud cautelar que se formuló para suspender los efectos de sus artículos 3 inciso 2 y 11 fue rechazada por el mismo Alto Tribunal.

En este sentido, y mientras no se declare la nulidad del Decreto 1663 de 1994, el mismo tiene plena vigencia y aplicación en los trámites que por conductas anticompetitivas adelanta esta Superintendencia en el sector de la salud. En consecuencia, las conductas prohibidas por el Decreto 1663 de 1994 serán aplicables a las EPS y, por ende, serán sancionables por esta Entidad.

Del mismo modo, tampoco son procedentes los argumentos de SURA y GABRIEL MESA NICHOLLS respecto a que no es aplicable el Decreto 1663 de 1994 en la medida en que dicha norma excede las facultades regulatorias que tiene el Gobierno, pues está definiendo tipos y sanciones administrativas sin que tenga fuerza de ley, lo cual es facultad exclusiva del legislador.

Si bien es cierto la Constitución Política de 1991 establece en cabeza del poder legislativo la facultad de definir en leyes los tipos proscritos y sanciones, la facultad reglamentaria del ejecutivo cumple una función legal y vital al desarrollar esas leyes. En este sentido, no se trata entonces de una facultad abierta o indeterminada, como lo afirman los recurrentes, sino cerrada y delimitada hasta el punto que las normas que reglamenta se lo permiten.

Así las cosas, el Decreto 1663 de 1994 no constituye una norma autónoma en la que se determinan y definen nuevos tipos administrativos y nuevas sanciones para los administrados, sino que simplemente reglamenta las prohibiciones contenidas en el Régimen General de Protección de la Competencia y el Decreto Ley 1298 de 1994. En consecuencia, el Decreto 1663 de 1994 está cumpliendo con la función del Ejecutivo de reglamentar los principios establecidos por las leyes de forma más generalizada o abstracta.

En conclusión, y atendiendo a los mismos criterios definidos anteriormente, las prohibiciones contenidas en el Decreto 1663 de 1994 están plenamente vigentes y, en consecuencia, son aplicables a los casos que por conductas anticompetitivas en el sector de la salud adelanta esta Superintendencia.

APLICABILIDAD DE LA PROHIBICIÓN GENERAL AL SECTOR SALUD

No comparte este Despacho los argumentos de ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO respecto a que en ausencia del Decreto 1663 de 1994, esta Superintendencia no tendría sustento normativo para sancionar conductas anticompetitivas en el sector de la salud. Dar por cierta esta tesis implicaría que las normas contenidas en el régimen general de protección de la competencia sólo podrían aplicarse a través de una reglamentación independiente en cada uno de los sectores, lo cual resulta del todo inadmisibles si se tiene en cuenta que la protección de la libre competencia tiene su sustento principal en la Constitución Nacional.

*La aplicación preferente de las normas particulares para algunos sectores o actividades opera, como su nombre lo indica, cuando existe dicha normatividad, pues en caso contrario, y como lo establece el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009: "[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicione, constituyen **el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas**". (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

Así las cosas, la existencia de normatividad particular en materia de competencia relacionada con el sector Salud implica únicamente que debe ser aplicada de preferencia a las normas generales, pero en ausencia de ella, bien sea porque no se ha expedido o porque su vigencia legal ha cesado, las normas generales de protección de la competencia tienen plena aplicación en ese sector particular de la salud.

Ahora bien, las afirmaciones de la Corte Constitucional citadas por ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO respecto a que "(...) resulta claro que el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en materia de salud, sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social (...)"; deben ser recibidas en el contexto en el que se manifestaron.

En efecto, en dicha sentencia la Corte Constitucional estaba reconociendo que, por tratarse la salud de un sector tan importante, el Estado tenía la potestad de limitar la libre actividad económica cuando pretendiera salvaguardar valores superiores a la libre competencia económica, lo cual podía hacerse a través de la introducción de excepciones y restricciones a la libre competencia. Dicho fin es absolutamente contrario a lo que ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO pretendió sustentar en su recurso de reposición, pues las palabras de la Corte no representan una "patente de corso" para que los particulares que concurren al mercado de la salud puedan vulnerar las normas sobre protección de la competencia, sino que se reconoce en cabeza del Estado, y no de los particulares, la facultad de establecer excepciones a la libre competencia en el sector. Así lo sostuvo la Corte en la misma Sentencia:

"El Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado, dichas

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-616 del 13 de junio de 2001.

Resolución No. 20706 de 2016

regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta. En ese contexto y supuesto el espacio de concurrencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia.”

Como puede observarse, la Corte reconoce que en los escenarios en los que el Estado no ha restringido la libre actividad económica, debe “evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia”. Lo anterior implica, contrario a lo pretendido por el investigado, que en los mercados en los que opera la libre competencia, el Estado debe velar para que no se cometan restricciones a la competencia. De esta forma lo afirmó la Corte en la sentencia en mención cuando sostuvo:

“Cuando nuestra Constitución Política permite que particulares concurren con el Estado a prestar el servicio público de salud, no se está reservando el ejercicio de esta actividad, sino que está delegando en los particulares su prestación. Por ello, en este escenario debe existir la libre competencia y el Estado debe velar porque no se presente obstáculos o limitaciones a la concurrencia de los sujetos económicos por la conquista del mercado; y sí estas existen deben ser iguales para todas las personas naturales o jurídicas que tengan la capacidad de prestar el servicio.”

En estos términos, no es cierto que, dado el caso de que no haya normatividad especial de competencia en el sector salud, esto implique que no exista prohibición alguna a aquellas conductas restrictivas de la competencia que pueden cometer los agentes participantes, pues como quedó demostrado, las normas generales de protección de la competencia, por su carácter residual, aplicarían plenamente al sector.