

D.C.
del 1669 al 1674

REPÚBLICA DE COLOMBIA

No. _____



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 09558 DE 2002
(21 MAR. 2002)

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Mediante el escrito radicado bajo el número 99006350-40018 de 2002, Alejandro Bustos Ramírez y Rosario Durán Ramírez, en su calidad de representantes legales de Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada, interpusieron recurso de reposición en contra de la resolución 41460 de 2001, mediante la cual este Despacho declaró que los comportamientos adelantados por Alberto Acuña Arico, Jaime Barrios Amaya, José Blanco Ricardo, Orlando Borré Arrieta, Benjamín Blanco Martínez y la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, no constituyen violaciones al régimen de competencia. El objeto del recurso es que se revoque la decisión y que esta Superintendencia imparta una instrucción a los sujetos investigados sobre el cumplimiento y alcance de las normas de competencia, especialmente, para el caso, la prohibición que existe sobre los acuerdos de tarifas, previas las siguientes consideraciones:

"1. Apertura de investigación

"Mediante resolución 2248 de 2000, la Delegatura para la Promoción de la Competencia decidió abrir investigación contra ALBERTO ACUÑA ARICO, JAIME BARRIOS AMAYA, JOSÉ BLANCO RICARDO, ORLANDO BORRÉ ARRIETA, BENJAMIN BLANCO MARTINEZ y la SOCIEDAD DE OBSTETRICIA Y GINECOLOGÍA DE BOLÍVAR, por presuntas conductas violatorias del régimen de libre competencia. La resolución comentada contiene 3 cargos:

"1.1 Primer cargo: Acuerdos contrarios a la libre competencia

"Se investiga un presunto acuerdo celebrado entre todas las personas mencionadas en el punto anterior. El supuesto de hecho investigado tiene como finalidad establecer si entre ellos fueron acordados precios o negativas de servicio respecto del servicio médico prestado a los usuarios del plan de medicina prepagada HUMANA.

"1.2 Segundo cargo: Actos restrictivos a la competencia

"Se investiga un presunto acto adelantado por la SOCIEDAD DE OBSTETRICIA Y GINECOLOGÍA DE BOLIVAR influenciando a HUMANA para que aumente el valor de las tarifas canceladas a los médicos que prestan sus servicios a usuarios del plan de medicina prepagada HUMANA.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"1.3 Tercer cargo

Se elevan cargos contra el representante legal y las demás personas naturales que hayan autorizado, ejecutado o tolerado la conducta restrictiva.

"3 *Existencia de un acuerdo restrictivo: Indebida interpretación del concepto de empresa*

"La Superintendencia considera que los médicos, por ser profesionales independientes, no pueden ser considerados como empresas: Sin perjuicio de los argumentos alegados por HUMANA para no compartir esa interpretación,¹ la Superintendencia debe tener en cuenta en su decisión que bajo el decreto 1663 de 1994, el régimen de libre competencia en el sector salud debe ser observado por todos los profesionales del sector de la salud, así como por todas las personas naturales y jurídicas que en él participen. Los médicos, sean o no empresas, les es aplicable dentro del sector salud el régimen de competencia.

"3.1 *Los acuerdos anticompetitivos celebrados en el sector salud no requieren la presencia de dos o más empresas para que sean considerados ilegales.*

"El régimen general de libre competencia se encuentra contenido en la ley 155 de 1959 y en el decreto 2153 de 1992. Este régimen es aplicable a todos los agentes que desarrollen una actividad económica. Sin perjuicio lo anterior, para ciertos sectores de la economía el legislador expidió normas especiales en materia de libre competencia, como ocurre con el sector salud bajo el decreto 1663 de 1994.

"En el régimen general de competencia, es decir, en el decreto 2153 de 1992, se establece que acuerdo es todo contrato, convenio, concertación, practica concertada o concientemente paralela entre dos o más empresas.² De conformidad con este mandato, un acuerdo requiere la participación de dos o más empresas.

"Sin embargo, para el caso especial del sector salud, el decreto 1663 de 1994, en el inciso 2 del artículo 3 establece que, '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 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.³

¹ El numeral 5 del artículo 23 de nuestro ordenamiento comercial vigente, indica que son actos civiles los relativos a las prestación de servicios propios de las profesiones liberales. Circunstancia que haría concluir que el ejercicio de todas las profesionales(sic) liberales sea siempre y en todos los casos y bajo cualquier circunstancia una actividad civil. No obstante y como lo manifiesta el profesor Enrique Gaviria Gutiérrez '...es necesario interpretar su texto en armonía y concordancia con la parte final del num.14 del art. 20, según el cual son mercantiles todas las empresas destinadas a la prestación de servicios. De modo que, si consideramos conjuntamente estas dos disposiciones y las interpretamos en forma tal que ninguna de ellas excluya a la otra, debemos concluir que lo que ha querido el nuevo código es mantener la naturaleza civil del ejercicio de las profesiones liberales sólo mientras no asuma el carácter de empresa, es decir, mientras la actividad profesional no se realice a través de una organización empresarial; porque si esto último ocurre, entraríamos en el campo de la legislación mercantil y nos encontraríamos ante una empresa de prestación de servicios, que es comercial al tenor de los (sic) dispuesto por el art., 20 numeral 14 del C de C (...)' Enrique Gaviria Gutiérrez, Sociedades en el Nuevo Código de Comercio. Editorial Temis.

² Artículo 45 del decreto 2153 de 1992.

³ El subrayado no hace parte del texto original

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"Como se puede observar, el régimen de competencia del sector salud se aplica, de manera expresa, a las actividades de los profesionales del sector salud sean o no empresas. La Superintendencia descarta la existencia de un acuerdo restrictivo entre los profesionales del sector de la salud porque éstos no poseen la connotación de empresa. Consideramos que la interpretación de la Superintendencia no es aplicable a las conductas restrictivas descritas en el decreto 1663 de 1994, pues los médicos o personas naturales que participen en el sector salud son también sujetos obligados a observar el régimen de competencia, posean o no la calidad de empresa que en el fallo exige la Superintendencia.

"Los comportamientos arreglados entre profesionales del sector salud o de personas naturales que en él participen son considerados como acuerdos bajo la óptica especial del decreto 1663 de 1994.

"3.2 Acuerdos restrictivos por comportamientos arreglados entre los médicos

"3.2.1 Acuerdos entre profesionales del sector salud para fijar precios o tarifas

"Bajo el numeral 1 del artículo 5 del decreto 1663 se establece que se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos y decisiones concertadas que tengan como objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios o tarifas.

"La Sociedad de Obstetricia y Ginecología del Departamento de Bolívar es un ente que agrupa médicos especialistas en esas ciencias. Dentro de sus funciones cuenta con 3 objetivos: científico, administrativo y gremial. Bajo el objetivo gremial tiene a su cargo defender los derechos de los asociados. Cada profesional es libre en su decisión de pertenecer a esta sociedad.

"El 29 de enero de 1999, Tomás Morales, presidente de la Sociedad de Obstetricia y Ginecológica del Departamento de Bolívar y, Gabriel Florez, secretario de la misma, informaron a HUMANA que a partir del 1 de enero de 1999, las facturas por concepto de servicios médicos especializados tendrían un incremento del 16 %, quedando la consulta a \$31.320 y el valor U.V.R. en la suma de \$6.380 pesos.

"HUMANA considera que esta comunicación contiene elementos contundentes que demuestran un acuerdo o concertación que tiene como objeto fijar las tarifas por servicios médicos. Veamos el fundamento:

"Los acuerdos pueden estar representados en diferentes figuras. Una de ellas la concertación. La Superintendencia en anteriores pronunciamientos ha considerado que una concertación es aquel acto unipersonal complejo donde voluntades autónomas, posterior a una deliberación, encuentran convergencia y unifican sus pareceres. La concertación agrupa voluntades individuales que pactan bajo concurso una decisión representando una voluntad única.

"Cada uno de los profesionales investigados tuvo libertad para decidir entrar a hacer parte de esa sociedad. Al momento de decidir participar en ese ente societario aceptaron que fuera esa sociedad la que representara sus intereses gremiales. Tal situación refleja una clara concertación, donde al ser parte cada socio de ese Ente acepta de inmediato que sea ella quien defienda sus intereses. Las voluntades individuales aceptan que sus derechos estén representados en la Sociedad de Obstetricia y Ginecológica del Departamento de Bolívar.⁴ El objetivo gremial, como aparece en los estatutos, es defender los intereses de sus asociados.⁵

⁴ No es justificación de la conducta que un investigado declare que no conocía la comunicación enviada a HUMANA, pues desde el momento en que él ingresa a la sociedad concerta para que ésta defienda sus intereses. No se requiere

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"La anterior concertación recibe el ingrediente restrictivo al momento en que el presidente de la sociedad, al amparo de su objetivo gremial, decide citar a HUMANA para fijar el valor de la tarifa que será aplicable por servicios médicos de sus asociados. Es decir, no importa la experiencia, good will y estudios de un profesional, pues la sociedad procederá a arreglar el precio que debe cancelar HUMANA por servicios a estos médicos, alterando el derecho que le asiste a nuestra empresa para hacer uso (sic) la variedad de precios y libertad de escogencia que cualquier agente posee en el mercado.⁶

"Se encuentra probada la existencia de un acuerdo bajo la figura de una concertación y, el ingrediente restrictivo, se encuentra en la carta donde la Sociedad de Obstetricia y Ginecología del Departamento de Bolívar pretende fijar a HUMANA el valor del incremento y neto de la consulta.⁷

"En conclusión, el régimen de competencia es aplicable a los profesionales del sector salud, por tanto la aplicación del mismo no requiere que existan necesariamente empresas. Los médicos al consentir que sus derechos sean defendidos por una sociedad generan una concertación, pues convierten en una voluntad unilateral compleja. Lo anterior no representa ninguna inobservancia, pues existe derecho asociativo. No obstante, bajo un supuesto donde el representante de la sociedad, en uso de la voluntad unilateral compleja y representando los intereses de los profesionales, decida fijar una tarifa a una sociedad de medicina prepagada, dicha conducta debe reprocharse como un acuerdo restrictivo entre cada uno de los socios y la Sociedad de Obstetricia y Ginecológica del Departamento de Bolívar.⁸

"2. Actos restrictivos: La influencia investigada es la ejercida por Sociedad de Obstetricia y Ginecología del Departamento de Bolívar. No la individual de cada médico.

"De conformidad con el artículo segundo de la parte resolutive de la resolución 2248 de 2000. Se investiga un presunto acto adelantado por la SOCIEDAD DE OBSTETRICIA y GINECOLOGIA DE BOLIVAR influenciando a HUMANA para que suba los precios de las tarifas canceladas a los médicos que prestan sus servicios a usuarios del plan de medicina prepagada. Bajo este cargo no se investiga a los profesionales, sino a la sociedad en si misma.

"Dentro de la resolución que se impugna, la Superintendencia toma a los médicos como si fueran los sujetos que desarrollan la influencia. Consideramos que tal análisis es erróneo, pues no sigue lo ordenado en la parte resolutive atrás comentada. Es decir, el acto de influencia es de la sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar contra HUMANA, no de los médicos. Esa sociedad a la cual la Superintendencia debe hacerle el análisis pertinente.

legitimar lo actuado por el presidente, pues su acto unilateral complejo agrupa la representación de sus asociados. O sino, para qué representante legal.

⁵ Un antecedente a tener en cuenta se encuentra en la resolución de sanción impuesta a la Lonja de Bogota y otras empresas.

⁶ Numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992.

⁷ HUMANA, de acuerdo a la experiencia y estudios de un profesional, determina tarifa por sus servicios. Esta negociación es un acto unilateral. No resulta válido que a la luz del derecho de la competencia se legitime que los profesionales actúen en bloque o en cartel para fijar el valor de sus servicios a otra empresa.

⁸ Ver el inciso tercero del artículo 1 del decreto 1663 de 1994.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"Es necesario para desarrollar el punto transcribir nuevamente el inciso 2 del artículo 3 del decreto 1663 de 1994 que establece que, '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 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.⁹

"Por tanto, a fin de no entrar en la discusión sobre si la sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar es empresa, consideramos claro el inciso transcrito, donde permite que el régimen de competencia sea aplicable a este tipo de sociedades.

"Veamos como se presenta la influencia de la sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar contra HUMANA:

"Tomando como antecedentes hechos ocurridos en 1995, tenemos que, en reunión de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, Alberto Acuña Aricó, Jaime Barrios Amaya, José Blanco Ricardo, Orlando Borré Arrieta y Benjamín Blanco, suscribieron un acta de compromiso acordando la suspensión del servicio médico a las compañías de seguro y/o medicina prepagada que no hayan sido aceptadas por la Sociedad referida, hasta tanto no incluyan a todos y cada uno de los miembros de la sociedad en los cuadros de atención médica que ofrecen a los usuarios y aceptar y por ende pagar el valor de las tarifas que la sociedad acuerde para la atención de su servicio médico. Igualmente acordaron iniciar acciones sancionatorias para aquellos miembros que llegaren a prestar sus servicios profesionales de manera directa o indirecta, con o sin ánimo de lucro a una entidad no aceptada por la sociedad de profesionales.

"Para 1999, hecho base de esta denuncia, Tomás Morales, presidente de la Sociedad de Obstetricia y Ginecológica del Departamento de Bolívar y, Gabriel Flórez, secretario de la misma, informaron a HUMANA que a partir del 1 de enero de 1999, las facturas por concepto de servicios médicos especializados tendrían un incremento del 16%, quedando la consulta a \$31.320 y el valor U.V.R. en la suma de \$6.380 pesos.

"Como se observa ha sido constante en el tiempo la presión ejercida por esa sociedad en contra de HUMANA. Se evidencia que la sociedad cuenta con un poder de influencia pues agrupa gran parte de los cuadros médicos de esa especialidad en Bolívar.

"El sujeto pasivo, entendido como el sujeto que recibe la influencia, está representado por HUMANA. El sujeto activo, entendido como el sujeto que ejerce la influencia, esta representado por la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, la influencia se presenta en la carta remitida donde informa el valor de las tarifas por servicios médicos, impidiendo que HUMANA aplique los parámetros que posee de acuerdo a la especialidad, estudios y experiencia del profesional. De igual sentido la influencia denota en la redacción de la comunicación en donde citan a una reunión para acordar las tarifas de todos los médicos de esa sociedad que, según ellos, permita mantener una buena relación. Por último, la demanda presentada por HUMANA refleja la clara intención de cancelar una suma diferente a la que pretende a través de la influencia, la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar.

"Existe una clara influencia, la cual es castigada como un acto restrictivo del comercio.

⁹ El subrayado no hace parte del texto original.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"6. Solicitud de instrucción

"Según el número 27 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia podrá instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en las materias de promoción de la competencia, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

"En aplicación de esta facultad, solicitamos que la Superintendencia, tal como lo ha implementado en otros casos al decidir terminar una investigación,¹⁰ instruya a los sujetos investigados bajo la resolución 2248 de 2000 sobre el cumplimiento y alcance de las normas de competencia, especialmente, para este caso, la prohibición que existe sobre los acuerdos de tarifas y políticas acordadas en la comercialización, como son los vetos en bloque.

"7. Procedencia del recurso

"La investigación que nos ocupa fue iniciada al amparo del derecho de petición en interés general.

"Bajo el amparo del artículo 35 del código contencioso administrativo la Superintendente Delegada para Promoción de la Competencia brindó oportunidad a HUMANA para que, como interesado en el proceso, presentara sus opiniones respecto del informe motivado."

"De acuerdo con el artículo 50 del código contencioso administrativo, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederá el recurso de reposición ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque. En el artículo 44 se señala que, las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

"Ahora bien, según el artículo 51 del código contencioso administrativo, del recurso de reposición, deberá hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los (5) días siguientes a ella, a la desfijación del edicto, o la publicación, según el caso. De acuerdo con el texto transcrito el acto debe ser notificado a fin que los particulares tengan el derecho por cinco días para presentar las salvedades e intentar la revocación o modificación de lo decidido. El incumplimiento de lo dicho podría configurar violación al derecho de defensa y al debido proceso.

"En el caso que nos ocupa HUMANA no ha sido notificada de la resolución 41460 de 2001, la cual en su ser representa un acto de fondo. Como se puede observar, no existe una notificación en los términos del código contencioso administrativo. Sin embargo, HUMANA, con este escrito, procede a notificarse en debida forma y presenta recurso de reposición en los términos establecidos en el artículo 51 del código contencioso administrativo, para que se revoque esta decisión y en su lugar se prohíban las conductas adelantadas por los sujetos investigados en este caso.

"Al amparo de lo mencionado, consideramos que el recurso es procedente y presentado en tiempo.(...)"

SEGUNDO: En cumplimiento del artículo 59 del código contencioso administrativo se resolverán todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, en los siguientes términos:

¹⁰ Lo anterior se puede observar en las resoluciones de terminación de Fenavi, Corabastos e Induga.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

1 Alcance de la resolución 41460 de 2001

En primer término, es importante resaltar que la resolución 41460 de 2001 fue clara al establecer su alcance, al señalar que en "el caso sub-examine, los médicos miembros de la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de Bolívar, individualmente considerados no pueden ser tratados como empresa, debido a que la actividad económica organizada no se cumple."¹¹

"(...).

"En efecto, no se estableció que ninguno de ellos desarrollara una actividad económica en forma organizada, ni que para tal propósito dispusieran de un conjunto de bienes que comportaran un verdadero patrimonio de empresa."¹² Por lo tanto, no fue posible demostrar que los médicos de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, individualmente, cumplieran a cabalidad los presupuestos de empresa". (subrayado fuera de texto)

Lo anterior para significar que no es como lo afirma la impugnante, que esta Superintendencia haya considerado en la referida resolución "...que los médicos, por ser profesionales independientes, no pueden ser considerados como empresa". Eso no dice la resolución ni tampoco puede inferirse de su texto, máxime cuando se hizo énfasis en que el pronunciamiento era para el caso puesto en consideración, en el que no pudo demostrarse que los médicos investigados individualmente considerados tuvieran el carácter de empresa.

Siendo así, podría suceder que en otros casos y bajo otras condiciones, sí tenga lugar la anotada condición de empresa en los profesionales de la salud o en cualquier otra profesión liberal, en tanto ésta se realice en forma organizada y con los demás elementos integrantes de este concepto. En este contexto, debe dejarse claro que el ejercicio de una profesión liberal no excluye necesariamente el carácter de empresa.

2 Ámbito comprensivo del decreto 1663 de 1994

Le asiste razón a la impugnante cuando señala que, el citado decreto 1663 establece que las normas sobre competencia que el mismo recoge, "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 las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las

¹¹ "Sobre el punto se ha dicho que, 'La actividad económica organizada para la prestación de servicios es ciertamente una empresa. Pero los servicios a que alude el legislador no son otros que los clasificados por los tratados de economía en el sector terciario, como los de energía eléctrica, suministro de agua o calefacción, transportes, almacenaje, comunicaciones, bancarios, de vigilancia, de seguros, de inversión por cuenta ajena, de intermediación, de administración de bienes, de construcción, reparación o montaje por cuenta ajena, de publicidad, de informática, de custodia de valores, etc. Los demás servicios entre los cuales se mencionan los profesionales, artesanales, domésticos, etc., no son mercantiles.

"Cuestión diferente es que varios profesionales constituyen una sociedad comercial cuyo objeto, además de la prestación de los servicios inherentes a la abogacía, la medicina, la arquitectura, la ingeniería, etc., comprenda alguno o algunos de los actos reputados por la ley como mercantiles o que en desarrollo del objeto mercantil se realicen habitualmente actos mercantiles; o cuando para la prestación de servicios puramente profesionales se suministran otros servicios de equipos electrónicos, por máquinas o manuales, o de alojamiento y manutención, y otros análogos que en ningún caso, puedan equipararse a servicios de una profesión liberal". (José Ignacio Narváez García, Introducción al Derecho Mercantil, Editorial Legis 5ª Edición, 1986, páginas 128 y 129).

¹² "Código de Comercio, artículo 515: Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa". (El subrayado es nuestro)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

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".¹³ (subrayado nuestro)

En este contexto, se hace necesario revisar el comportamiento de los investigados en procura de establecer si se adecuan a las prescripciones legales que menciona el impugnante. Veamos:

3 Adecuación Normativa

3.1 Acuerdos de precios

Según el número 1 del artículo 5 del decreto 1663 de 1994,¹⁴ se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos y decisiones concertadas que tengan como objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios o tarifas.

Respecto al punto se hace necesario, en primer lugar, entrar a establecer si entre las personas investigadas habría tenido lugar un acuerdo o decisión concertada con el objeto de, u obteniendo el efecto de, fijar de manera directa o indirecta los precios o las tarifas que cobraban por la prestación de los servicios médicos.

En este sentido, debe recordarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, se entiende por acuerdo todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela.¹⁵ Debiendo agregar que cualquiera que sea la forma de acuerdo que se esté analizando, debe contener siempre una voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre si, es decir una actuación conjunta y mancomunada.

Con todo, en el comportamiento analizado no se evidencia la existencia de un acuerdo ni de una decisión concertada.

Efectivamente, no logró demostrarse una voluntad expresa de los investigados orientada a acordar el valor que debían cancelarles por la prestación de sus servicios. No existe dentro del expediente prueba documental o de cualquier otra índole de la que pueda concluirse que las personas investigadas hayan contratado o convenido un obrar conjunto, respecto al cobro de sus tarifas.

En cuanto hace a la existencia de la concertación que a criterio de la impugnante tuvo lugar en el presente caso, debe partirse de la expresión misma de esta forma de acuerdo, que se define como aquel acto unipersonal complejo donde voluntades autónomas, posterior a una deliberación, encuentran convergencia y unifican sus pareceres, la concertación agrupa voluntades individuales que pactan bajo concurso una decisión representando una voluntad única, para concluir en el mismo sentido la ausencia de este elemento.

A este respecto, debemos mencionar que en el expediente obra copia de una comunicación de enero 29 de 1999, a través de la cual los doctores Tomás Morales, presidente de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar y Gabriel Flórez, secretario de la misma, comunicaron a

¹³ Decreto 1663 de 1994; artículo 4, inciso 2°.

¹⁴ En concordancia con la ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992.

¹⁵ Artículo 28 del código civil: "*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.*" (El subrayado es nuestro)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Humana S.A. "que a partir del 1 de enero de 1999, las facturas por servicios médicos especializados tendrán un incremento de acuerdo a la ley del 16%, quedando la consulta a \$31.320 y el valor U.V.R. a \$6.380."

Sin embargo, de la citada comunicación no es posible inferir la existencia de una concertación entre los médicos investigados, en cuanto la misma no entraña y mucho menos constituye un acto unipersonal complejo donde hayan participado voluntades autónomas y mucho menos que se haya dado con posterioridad a una deliberación, tal como se pretende hacer ver.

En el caso en estudio, la comunicación del 29 de enero de 1999 no fue producto de una deliberación, pues quedó demostrado que fue suscrita por el representante legal y el secretario de la Sociedad sin la anuencia o aprobación de los asociados.

De manera que, no estamos en presencia de una voluntad única, por más que la comunicación esté suscrita por el presidente la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de Bolívar. Este Despacho pudo verificar que los miembros de la Sociedad, es decir, los médicos, no tenían conocimiento ni de la carta, ni mucho menos de su contenido, por lo que la misma no implicaba una exteriorización de su voluntad.

De esta forma, Benjamín Blanco en relación con la pregunta "Sabía usted del contenido de la carta enviada por Tomás Morales a Humana S.A. (...)", afirmó: "No tenía conocimiento. Pienso yo que no la llevaron a la Asamblea y por tanto abusaron de las firmas del acta, porque esta carta debió ser presentada a la Asamblea."¹⁶

Del mismo modo, Alberto Acuña a la pregunta "Sabía usted del contenido de la carta enviada por Tomás Morales a Humana S.A. (...)", contestó: "No tenía conocimiento."

Orlando Borré a la pregunta "Sabía usted del contenido de la carta enviada por Tomás Morales a Humana S.A. (...)", afirmó haber conocido la carta de 29 de enero de 1999, a raíz de la citación cuando pidió copia al secretario de la sociedad.¹⁷ "Cuando se suscitó ese documento yo ya no trabajaba para Humana y por lo tanto no me interesaba cuanto habían pactado con Humana."¹⁸

En consonancia con lo anterior se advierte que, la referida comunicación sólo fue sometida a consideración de la junta directiva de la sociedad, sólo hasta la sesión del 2 de febrero de 1999,¹⁹ es decir transcurridos 6 días después de haberse enviado. En el acta quedó plasmado lo siguiente: "Se lee la carta dirigida a Humana EPS, en la cual se le conmina a cancelar las deudas pendientes con los ginecólogos afiliados y se les cita para una reunión el día febrero 8 de 1999, en el Hospital Bocagrande, para llegar a acuerdos de pago."²⁰ En ninguna parte en el acta quedó constancia del ofrecimiento del incremento del 16%,²¹ ni del valor asignado a la consulta ni a la U.V.R.

¹⁶ Cuaderno 2, declaración respuesta pregunta 11.

¹⁷ Respuesta a la pregunta 11. Sabía usted del contenido de la carta enviada por Tomás Alberto Morales a Humana S.A., la cual se le presenta a continuación?

¹⁸ Cuaderno 1, declaración respuesta pregunta 11.

¹⁹ Acta No. 10, cuaderno 1, pestaña de acto de pruebas, folios 24 a 25.

²⁰ Pestaña investigación, folio 24.

²¹ Tomás Morales: "Recalco que fue un ofrecimiento y confirmo que no fue la tarifa que se aprobó ni que fue impuesta porque ellos ofrecieron otra tarifa que nosotros los médicos aceptamos le trabajamos actualmente con esa tarifa la cual está vigente desde el año 1999." Respuesta pregunta 10.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

De manera pues que, con los elementos de juicio existentes no es posible establecer que los investigados hayan tenido la intención de acordar las tarifas que cobrarían a Humana por la prestación de los servicios médicos. No existe prueba de su consentimiento que permita concluir su voluntad de acordar las mencionadas tarifas, máxime cuando según las declaraciones del Gerente General y del Gerente Operativo de Humana, los servicios médicos son contratados con cada médico de manera individual.

En efecto, Alejandro Bustos, representante legal de Humana S.A. manifestó que, "*Humana nunca ha tenido ningún tipo de relación comercial con esa sociedad ni con ninguna otra. Los directorios médicos que atienden a los usuarios de Humana están conformados por médicos e instituciones que libremente negocian con nuestra compañía.*" Agregando al respecto que, "*Las condiciones que propone Humana son variadas dependiendo fundamentalmente del plan que los médicos quieran atender, hay algunos planes en los cuales Humana propone una tarifa y el médico puede o no aceptarla hay otros planes en los cuales no hay esa proporción sino que individualmente se negocia con cada uno hasta llegar a un precio de convivencia para ambas partes.*"²²

En el mismo sentido, María del Rosario Durán, representante legal de Humana, a la pregunta: "*Hubo alguna reunión entre Humana y la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de Bolívar con el fin de establecer tarifas y formas de pago*", contestó "*No, porque Humana nunca contrataba con la sociedad sino con ellos individualmente...*"

Este Despacho no encontró elementos probatorios que le permitieran concluir la existencia de una concertación entre los miembros de la Sociedad para fijar una tarifa por consulta. No hay actas de Asamblea donde conste que los miembros de la Sociedad se acogían a una tarifa específica. No se encuentra tampoco, teniendo en cuenta el número considerable de socios,²³ que éstos hubieran designado a los miembros de la Junta Directiva o a un cuerpo especial congregado para tal efecto, la función de fijar la tarifa y la negociación con Humana, con el consecuente respaldo de cada socio. Ni siquiera un mecanismo de coerción que los atara a permanecer y acatar lo que se acordara, pues no aparece que los socios estuvieran constreñidos a las decisiones que adoptara la junta directiva en este sentido.

Ahora bien, la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de Bolívar es una entidad sin ánimo de lucro. En este entendido, tal y como lo afirma el recurrente, "*cada uno de los profesionales investigados tuvo libertad para decidir entrar a hacer parte de esa sociedad*" y "*al momento de decidir participar en ese ente societario aceptaron que fuera esa sociedad la que representara sus intereses gremiales*", lo anterior, con sujeción a los estatutos que la rigen los cuales deben ser acatados por todos los socios.

Del acto de vinculación de cada médico a la Sociedad no puede inferirse la existencia de una concertación en los términos expuestos por el recurrente. La Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, como entidad sin ánimo de lucro, procura la consecución de fines científicos,²⁴ administrativos²⁵ y gremiales²⁶ a favor de los médicos especialistas en ginecología y obstetricia de

²² Testimonio, pregunta 6 y 8.

²³ Pestaña de investigación, folio 9 a 11.

²⁴ Objetivos : 1) Velar por el progreso de la especialidad y afines; 2) estimular la realización y publicación de trabajos científicos; 3) participar u organizar congresos científicos; y, 4) Participar u organizar seminarios, cursillos, etc.

²⁵ Objetivos: 1) Intervenir en la discusión y solución de problemas administrativos y sociales que tengan relación con la ética profesional; 2) Defender los intereses morales de los asociados; 3) Velar por el cumplimiento estricto de las obligaciones contraídas por sus socios; 4) Velar por la idoneidad, ética y capacidad científica sean la base de selección

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Bolívar que la conforman y con sujeción a los estatutos que la rigen, dentro de los cuales no se consagra la posibilidad de establecer tarifas, en tal suerte, debe señalarse que las actividades que consintieron los socios en el acto de vinculación fueron las inherentes al desarrollo del objeto de la agremiación únicamente, pero no puede decirse a partir de ello que hayan consentido o autorizado previamente la infracción a las normas sobre libre competencia. Del ánimo societatis no puede colegirse un deseo anticompetitivo ni una responsabilidad que no ha sido acreditada probatoriamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos concluir que la comunicación enviada a Humana S.A., no fue producto del consenso y la participación de los miembros de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar. De esta forma, no se pudo comprobar la existencia de un acuerdo o decisión concertada, debido a que las partes no se ajustaron a ella.

Dado que no es posible hablar de la existencia de una infracción a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia por parte de los investigados en el sentido indicado, no se aceptan los argumentos de los recurrentes relacionados con este punto.

3.2 Actos de influenciación

De acuerdo con el número 2 del artículo 6 del decreto 1663 de 1994, se consideran como contrarios a la libre competencia en el mercado de los servicio de salud, los siguientes actos: "2.. Influenciar a un competidor para que incremente los precios de sus servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios." (El subrayado es nuestro)

De acuerdo con los argumentos de los recurrentes la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, entendida como sujeto activo de la conducta, ejerció influencia sobre Humana, sujeto pasivo, a través de la carta de enero 29 de 1999 suscrita por el presidente y secretario de dicha Sociedad, al imponerle unas tarifas específicas para los servicios de consulta médica y U.V.R.

Sin embargo, acogiéndonos al texto de la norma en comento, se debe aclarar que los actos de influenciación descritos deben ejercerse sobre un competidor. Ha previsto la norma una calificación en el sujeto pasivo de la conducta, al referirse a un competidor.

En este punto, es necesario entrar a definir la palabra competidor, la cual de acuerdo con el Diccionario Esparsa de Economía y Negocios, se entiende como la persona física o jurídica, o el producto con similares características que lucha por conseguir un mismo mercado.

Ahora bien, de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de Humana S.A. Compañía de Medicina Prepagada en la operación del Programa Entidad Promotora de Salud - Humana S.A. - EPS -, dicha sociedad tiene por objeto "*el desarrollo de actividades relacionadas con la medicina prepagada, bien como gestora para la prestación de servicios de salud, o como prestadora directa de estos servicios y por medio de los profesionales e instituciones de salud adscritos y/o de libre elección de los usuarios.*" La sociedad además y bajo el ramo especial denominado Humana S.A. E.P.S., tendrá por objeto: "*a) Promover la afiliación y registro de los habitantes de Colombia al Sistema General de Seguridad Social en Salud en su ámbito geográfico de influencia, en especial de grupos de población de grupos de población - SIC - no cubiertos por la*

de sus asociados; 5) Hacer cumplir las obligaciones contraídas con FECOLSOG; y, 5) Administrar y cuidar los bienes de la sociedad.

²⁶ Objetivos: 1) Defender los derechos de sus asociados; y, 2) Pronunciarse ante cualquier injuria, daño físico o moral causado a uno, varios o a todos sus socios.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

seguridad social, garantizando siempre la libre escogencia del usuario y remitir al fondo de solidaridad y garantía la información relativa a la afiliación ...; b) Administrar el riesgo en salud de sus afiliados, procurando disminuir la influencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención ...; c) Movilizar los recursos para el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud...; d) Organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el plan obligatorio de salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados...; e) Organizar la prestación del servicio de salud derivado del sistema de riesgos profesionales...; f) Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en el territorio nacional...; g) Remitir al fondo de solidaridad y compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales,...; h) Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados...." 27

En este sentido, no puede perderse de vista que, de acuerdo con lo afirmado por los propios recurrentes, la sociedad de "Obstetricia y Ginecología de Bolívar es un ente que agrupa médicos especialistas en esas ciencias. Dentro de sus funciones cuenta con tres objetivos: científico, administrativo y gremial."

De igual manera, según los estatutos de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, la misma dentro de los objetivos científicos, debe: *Velar por el progreso de la especialidad y afines, estimular la realización y publicación de trabajos científicos, participar y organizar congresos científicos y participar u organizar seminarios, cursillos, etc. Objetivos administrativos: Intervenir en la discusión y solución de problemas administrativos y sociales que tengan relación con la ética profesional, defender los intereses morales de sus asociados, velar por el cumplimiento estricto de las obligaciones contraídas por sus socios, velar porque la idoneidad, ética y capacidad científica sean la base de selección de sus asociados, hacer cumplir las obligaciones contraídas y administrar y cuidar los bienes de la sociedad. Objetivos gremiales: Defender los derechos de los asociados y pronunciarse ante cualquier injuria, daño físico o moral causado a uno, varios o todos sus socios."* 28

Como se puede observar, el objeto social y la naturaleza jurídica de Humana, como empresa comercial, y de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar, como entidad sin ánimo de lucro, no son compatibles, pues cada una de ellas atiende un mercado diferente y los servicios que prestan no son sustituibles entre sí, por lo que no forman parte de un mismo mercado, luego, no son competidores.

Por tal razón, el presupuesto de la norma contenida en el número 2 del artículo 6 del decreto 1663 de 1994, no se da en el caso que aquí se analiza.

En tal razón, los argumentos de los recurrentes frente a este punto, no se aceptan.

4 Solicitud de Instrucción

De conformidad con el número 21 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio se encuentra facultado para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en materia de libre competencia y prácticas comerciales restrictivas fijando criterios que faciliten su cumplimiento.

²⁷ Certificado obrante a folio 25 de pestaña acto de pruebas del cuaderno 1 del expediente.

²⁸ Ver cuaderno 2, pestaña Tomás Morales, folios 18 a 24.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

No comprobada la infracción a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, este Despacho no considera pertinente impartir instrucciones de manera general para que se adopten procedimientos orientados a respetar los intereses generales y los derechos de libertad de empresa y libertad de competencia. Está claro que las normas sobre libre competencia son de orden público y por ende de obligatorio cumplimiento.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:


ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la resolución 41460 de diciembre 11 de 2001.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente a Alberto Acuña Aricó, Jaime Barrios Amaya, José Blanco Ricardo, Orlando Borré Arrieta, Benjamín Blanco Martínez y a Guillermo Vergara, presidente de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Bolívar y a Alejandro Bustos Ramírez y Rosario Durán Martínez, en su calidad de representantes legales de Humana S.A., del contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra ésta no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los 21 MAR. 2002

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


MÓNICA MURCIA PAEZ

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL**

**Certifica que la resolución 9558 de fecha 21/03/2002
fue notificada mediante edicto número 9193
fijado el 25/04/2002 y desfijado el 09/05/2002**

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

NOTIFICACIÓN:

Doctores

GUILLERMO VERGARA SAGBINI 1669

C.C. 9.092.043

ALBERTO ACUÑA ARICÓ 1670

C.C. 73.082.861 1671

JAIME BARRIOS AMAYA 1672

C.C. 811.817 1673

JOSÉ BLANCO RICARDO 1674

9.080.787

ORLANDO BORRÉ ARRIETA

C.C. 9.074.037

BENJAMÍN BLANCO MARTÍNEZ 1674

C.C. 887.879

SOCIEDAD DE OBSTETRICIA Y GINECOLOGÍA DE BOLÍVAR

Centro Médico Santa Isabel

Urbanización La Heroica – Casa No.1 – Avenida Pedro de Heredia

Cartagena D.T. y C – Bolívar

Doctores

ALEJANDRO BUSTOS RAMIREZ

C.C. 285.385

ROSARIO DURÁN MARTÍNEZ

C.C. 51.712.842

Representantes Legales

HUMANA S.A. COMPAÑIA DE MEDICINA PREPAGADA

Calle 93 No. 20-17

Ciudad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL AD-HOC
CERTIFICA

Que fue remitido despacho comisorio No. 1669-1674 ala
Dirigido a la alcaldia municipal de Cartagena

El dia

Con el fin de notificar el contenido de la presente
Resolución conforme a lo dispuesto en el código
contencioso administrativo,