



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

**RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2013**

( )

23471

29 ABR. 2013

Radicación N° 09-021413

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD HOC**

En ejercicio de sus facultades legales y, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, adicionada por el Decreto 19 de 2012, en los numerales 11, 12, 19 y 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y,

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 10958 del 6 de marzo de 2009, esta Entidad abrió investigación en contra de las empresas COLMÉDICA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., hoy ALIANSALUD<sup>1</sup> (en adelante, "COLMEDICA"); COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. (en adelante COOMEVA); ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR LTDA. (en adelante, "FAMISANAR"); ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A. (en adelante, "SALUD TOTAL"); ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A. (en adelante, "EPS SOS"); COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SERVICIOS DE SALUD S.A. SURAMERICANA MEDICINA PREPAGADA hoy EPS SURA<sup>2</sup> (en adelante, "SURA"); ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO (en adelante, "SALUDCOOP"); CRUZ BLANCA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. (en adelante, "CRUZ BLANCA"); CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. (en adelante, "CAFESALUD"); ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A. (en adelante SANITAS); ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD (en adelante, "ECOOPSOS"); CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILAR COMPENSAR EPS (en adelante, "COMPENSAR"); ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILAR COMFENALCO ANTIOQUIA (en adelante, "COMFENALCO ANTIOQUIA"); CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILAR

<sup>1</sup> Por Escritura Pública No. 1478 de Notaría 39 de Bogotá D.C. del 19 de Mayo de 2010, inscrita el 26 de mayo de 2010 bajo el número 01386350 del Libro IX, la sociedad cambió su nombre de: COLMEDICA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y también podrá utilizar la denominación COLMEDICA EPS o COLMEDICA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, por el de: ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. pero también podrá utilizar las denominaciones ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD y/o ALIANSALUDEPS S.A. y/o ALIANSALUDEPS.

<sup>2</sup> Mediante Escritura Pública No. 1524 del 24 de agosto de 2009, de la Notaría 14 de Medellín, registrada el 17 de septiembre de 2009, en el Libro IX, bajo el número 13045, mediante el cual se modifica el nombre de la sociedad, quedando su denominación así: EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., pudiendo usar la sigla EPS SURA.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00023471 DE 2013 Hoja N° 2

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

COMFENALCO DEL VALLE DEL CAUCA (en adelante, "COMFENALCO VALLE"); HUMANA VIVIR S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y ADMINISTRADORA DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO<sup>3</sup> (en adelante, "HUMANA VIVIR"); con el fin de determinar si dichas empresas actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 3 y en el artículo 5, numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994 y si la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (en adelante, "ACEMI") infringió lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Decreto 1663 de 1994.

En el mismo acto administrativo se ordenó investigar a los señores: FERNANDO ROBLEDO QUIJANO, representante legal de COLMEDICA; PIEDAD CECILIA PINEDA ARBOLEDA, representante legal de COOMEVA; JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MANOTAS, representante legal de FAMISANAR; CLAUDIA MARÍA STERLING, representante legal de SALUD TOTAL; OCTAVIO DE JESÚS AYALA MORENO, representante legal de EPS SOS; GABRIEL MESA NICHOLLS, representante legal de SURA; CARLOS GUSTAVO PALACINO ANTIA, representante legal de SALUDCOOP; MARÍA FERNANDA ISAACS CABRAL, representante legal de CRUZ BLANCA; ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO, representante legal de CAFESALUD; MILCIADES CASTILLO ESCOBAR, representante legal de SANITAS; MARÍA MAGDALENA FLORES RAMOS, representante legal de ECOOPSOS; NÉSTOR RODRÍGUEZ ARDILA, representante legal de COMPENSAR; RICARDO SIERRA CARO, representante legal de COMFENALCO ANTIOQUIA; FELICE GRIMOLDI REBOLLEDO, representante legal de COMFENALCO VALLE; NOHRA JEANETH MÉNDEZ RIVERA, representante legal de HUMANA VIVIR; y JUAN MANUEL DÍAZ GRANADOS, representante legal de ACEMI, con el propósito de determinar si habrían autorizado, ejecutado o tolerado las conductas contrarias a la libre competencia imputadas a las personas jurídicas investigadas, de conformidad con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

**SEGUNDO:** Que el 31 de marzo de 2011, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante, Delegado), una vez finalizada la etapa probatoria, presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el informe motivado<sup>4</sup> con el resultado de la correspondiente actuación (en adelante, "Informe Motivado"). En la misma fecha, como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992<sup>5</sup>, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados. Dado que las consideraciones que motivaron la imposición de sanción presentadas por esta Superintendencia se encuentran expuestas en la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011 (en adelante, "Resolución de sanción"), se remite a dicho acto administrativo para tal efecto.

<sup>3</sup> Por Escritura Pública No. 14256 de la Notaría 29 de Bogotá D.C. del 11 de noviembre de 2004, inscrita el 19 de noviembre de 2004 bajo el número 962837 del Libro IX, la sociedad de la referencia cambió su nombre de: HUMANA VIVIR S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD y podrá usar la sigla HUMANA VIVIR S.A. EPS, por el de: HUMANA VIVIR S.A. EPS ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y ADMINISTRADORA DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO y podrá usar la sigla de HUMANA VIVIR S.A. EPS ARS.

<sup>4</sup> Documento obrante a en el Cuaderno Público N° 38, Folios 8717a 8835.

<sup>5</sup> Adicionado por el Decreto 019 de 2012.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

**TERCERO:** Que luego de haber oído al Consejo Asesor de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Superintendente de Industria y Comercio profirió la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, en la que se decidió que algunos de los investigados, entre ellos la EPS HUMANA VIVIR, infringieron lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994 así como lo dispuesto en los numerales 1, 8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994 y en consecuencia se impusieron sanciones pecuniarias, así:

| PERSONAS JURÍDICAS |                                |                 |
|--------------------|--------------------------------|-----------------|
| No.                | EMPRESA                        | VALOR SANCIÓN   |
| 1.                 | ACEMI                          | \$1.071.200.000 |
| 2.                 | COLMEDICA                      | \$1.071.200.000 |
| 3.                 | COOMEVA                        | \$1.071.200.000 |
| 4.                 | FAMISANAR                      | \$1.071.200.000 |
| 5.                 | SALUD TOTAL                    | \$1.071.200.000 |
| 6.                 | EPS SOS                        | \$1.071.200.000 |
| 7.                 | SURA                           | \$1.071.200.000 |
| 8.                 | SALUDCOOP                      | \$1.071.200.000 |
| 9.                 | CRUZ BLANCA                    | \$1.071.200.000 |
| 10.                | CAFESALUD                      | \$1.071.200.000 |
| 11.                | SANITAS                        | \$1.071.200.000 |
| 12.                | COMPENSAR                      | \$1.071.200.000 |
| 13.                | COMFENALCO ANTIOQUIA           | \$1.071.200.000 |
| 14.                | COMFENALCO VALLE               | \$1.071.200.000 |
| 15.                | HUMANA VIVIR                   | \$1.071.200.000 |
| PERSONAS NATURALES |                                |                 |
| No.                | NOMBRE                         | VALOR SANCIÓN   |
| 1.                 | FERNANDO ROBLEDO QUIJANO       | \$69.628.000    |
| 2.                 | PIEDAD CECILIA PINEDA ARBOLEDA | \$79.804.400    |
| 3.                 | JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MANOTAS  | \$79.804.400    |
| 4.                 | CLAUDIA MARÍA STERLING         | \$69.628.000    |
| 5.                 | OCTAVIO DE JESÚS AYALA MORENO  | \$69.628.000    |
| 6.                 | GABRIEL MESA NICHOLLS          | \$79.804.400    |
| 7.                 | CARLOS GUSTAVO PALACINO ANTIA  | \$69.628.000    |
| 8.                 | MARÍA FERNANDA ISAACS CABRAL   | \$79.804.400    |
| 9.                 | ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO      | \$79.804.400    |
| 10.                | NÉSTOR RODRÍGUEZ ARDILA        | \$69.628.000    |
| 11.                | FELICEGRIMOLDI REBOLLEDO       | \$69.628.000    |
| 12.                | JUAN MANUEL DÍAZ GRANADOS      | \$89.980.800    |

MEM

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

En la Resolución de sanción se expuso que las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo (en adelante, "EPS-C") multadas habrían incurrido en tres tipos de acuerdos contrarios a las normas de protección de la competencia, a saber: (i) las EPS-C agremiadas en ACEMI acordaron la unificación artificial de criterios, en torno a la regación de servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (en adelante, "POS"), así como de los servicios de salud que debían considerarse POS y NO POS, (ii) las investigadas afectaron la debida transparencia de la información en el mercado de aseguramiento en salud y (iii) acordaron un mecanismo para fijar de manera indirecta el valor de la Unidad de Pago por Capitación (en adelante, "UPC"). A continuación se citan algunos apartes de la Resolución recurrida:

**"6.2. RESPECTO A LA CONDUCTA CONSTITUTIVA DE CONSENSO**

(...)

*Para este Despacho, las pruebas recaudadas durante la investigación apuntan a la unificación artificial de criterios entre las EPS-C agremiadas en ACEMI, en torno a la negación de servicios incluidos en el POS, así como de los servicios de salud que debían considerarse POS y NO POS, lo que constituye una infracción a las normas arriba descritas. En el marco de la conducta descrita, ACEMI habría servido como instrumento de difusión y coordinación y habría actuado como partícipe del mismo.*

(...)

*Teniendo como marco las anteriores afirmaciones, para este Despacho está probada en el expediente la realización de un acuerdo anticompetitivo basado en el consenso realizado por las EPS involucradas en la investigación, el cual tuvo como eje a ACEMI. Para llegar a esta conclusión, se considera relevante hacer mención a algunos de los elementos probatorios que la sustentan.*

(...)

*La siguiente tabla presenta las cifras construidas a partir de la información en el correo mencionado enviado a cada una de las EPS por parte de ACEMI.*

**Tabla 2.  
Procedimientos que siendo negados por el Consenso  
no reflejan unanimidad en la posición de las EPS.**

| Código | Procedimiento                           | EPS 001 | EP002 | EP006 | EP008 | EP010 | EP001<br>EP1833 | EP017 | EP018 | Comentarios | No de EPS que discrepan del consenso |
|--------|---|---------|-------|-------|-------|-------|-----------------|-------|-------|-------------|--------------------------------------|
| 25131  | Acto de venta y entrega de medicamentos | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 76.0%                                |
| 3201   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 87.0%                                |
| 3142   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 97.0%                                |
| 1330   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 97.0%                                |
| 10403  | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 97.0%                                |
| 1343   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 95.0%                                |
| 9183   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 94.0%                                |
| 1346   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 93.0%                                |
| 1345   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 92.0%                                |
| 1346   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 92.0%                                |
| 1347   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 92.0%                                |
| 1348   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 92.0%                                |
| 2629   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 92.0%                                |
| 3211   | Integración al sistema de información   | N       | N     | N     | N     | N     | N               | N     | N     |             | 92.0%                                |

**Fuente: Correo electrónico citado. Cálculos SIC.**

*Tal como se observa en la tabla, un par de ejemplos permiten ilustrar lo restrictivo que resulta ser el consenso. En el caso del procedimiento denominado Cierre de defectos septales cardíacos y ductus con catéter, el 75% de las EPS reportadas en la base de datos lo califican como un procedimiento con cobertura del POS. Sin embargo, el*

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

consenso considera que no debe ser cubierto por el plan señalado. En el caso de la Miringocentesis con colocación de válvula o diábolo, el 50% de las EPS de la base consideran el procedimiento como cubierto dentro del POS. Sin embargo, el consenso lo determina como no cubierto. Haciendo un ejercicio similar, es posible concluir que, para el resto de los 12 procedimientos presentados en la tabla, existe la intención y la capacidad de que por lo menos una EPS preste estos procedimientos y los catalogue como cubiertos dentro del POS, pese a que el consenso recomienda excluirlo.

De esta forma queda clara la implicación del consenso propuesto por ACEMI y sus agremiadas: restringir la oferta de servicios dentro del POS y a través de este mecanismo generar un cambio estructural en la forma como quedan identificados los factores que permiten calcular los valores asociados a la UPC dentro del sistema. Pero la conducta señalada como anticompetitiva no se limita a lo anteriormente expuesto. De hecho, no solamente esta Superintendencia reprocha la iniciativa de acordar en aras de restringir procedimientos que puedan ser ofrecidos por las EPS, reprocha y considera como anticompetitivo a su vez, a la luz de la normatividad de protección de la competencia, el hecho de que a través de la agremiación se tomen decisiones colectivas para todas las EPS en cuanto a lo que debe ser tenido en cuenta como procedimientos a ser cubiertos dentro del POS.

Considera esta Entidad que no es la agremiación ni ninguno de sus asociados quienes deben llevar la iniciativa para reunirse y acordar cuál va a ser la oferta de servicios a ofrecer dentro del sector. En particular, no se justifica la realización de consenso alguno tendiente a afectar el listado contenido en el POS. Debe ser la autoridad competente reguladora en este sector quien, haciendo uso de la información suministrada de forma independiente por cada uno de los agentes que componen el mercado, determine aquellos procedimientos calificados como obligatorios a ser prestados por parte de cada EPS.

Por último, en lo que respecta a la actividad gremial ejercida por las asociaciones como ACEMI, no desconoce este Despacho el derecho que les asiste de representar a sus agremiadas y de gestionar proyectos ante el Gobierno; sin embargo, cuando las actividades ejercidas exceden los límites del derecho de asociación y tienen la potencialidad de alterar la libre competencia, como ocurre en este caso, el interés público debe prevalecer.

(...)

De lo anteriormente expuesto, en lo que se refiere a la conducta de acuerdo basada en un consenso para la determinación de los contenidos del POS, es posible concluir lo siguiente:

- Se reconoce la existencia de dificultades en la definición y entendimiento del POS, las cuales han sido enunciadas por los diferentes agentes que participan en el mercado y por la propia Corte Constitucional. No obstante, dicha incertidumbre no justifica la conducta investigada en donde lo reprochable es la actuación consensuada de las investigadas para determinar el contenido del plan, lo cual influye en la competencia que debe primar entre las EPS-C.
- El principal incentivo para la realización del acuerdo sobre las coberturas del POS lo constituye el hecho de que las EPS-C compiten en la captura de afiliados con las coberturas que ofrecen. Por lo tanto, acordar artificialmente cuáles procedimientos no

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

hacen parte del plan, permite a quienes realizan el acuerdo de manera conjunta y en detrimento de los mismos afiliados dejar de competir.

- Si bien este Despacho se aparta del reconocimiento del valor de los recobros como elemento del precio de aseguramiento en salud realizado por la Delegatura, es claro que dicho valor debe ser reconocido como un ingreso para las EPS-C.
- Se comparte la posición de la Delegatura en lo que se refiere a la cobertura de prestaciones ofrecida como factor de competencia percibido por los afiliados, quienes de acuerdo con dichas coberturas pueden tomar una decisión de escojencia entre EPS. A pesar de lo anterior, para la estructuración de la infracción, basta con demostrar que existe una relación de competencia entre las EPS, tal como lo prevé el numeral 8 del artículo 5 del Decreto 1663. Esto independientemente de los factores en que se base dicha competencia.
- La infracción basada en el consenso sobre los contenidos del POS, es analizada por esta Entidad bajo la modalidad de objeto, razón por la cual, no es necesario evaluar elementos probatorios de su efecto en el mercado.
- Las pruebas que sustentan la conducta endilgada, deben ser interpretadas en su conjunto y entenderse como piezas que componen el acuerdo anticompetitivo. Por lo tanto, no es aceptable un análisis individualizado de las mismas, cuando la infracción es sistemática y sostenida en el tiempo.
- Si bien las asociaciones ejercen actividades cuyo fin es la protección de un determinado sector, es reconocido a nivel internacional y nacional que dichas actividades, en casos como el analizado exceden los límites del derecho de asociación y pueden afectar el libre y transparente desarrollo de los mercados. En especial, cuando el intercambio de información entre competidores genera acuerdos tácitos que potencialmente afectan el correcto funcionamiento de los mercados.
- Los estudios de la Defensoría y la Contraloría incluidos en el Informe Motivado, no se constituyen en sí mismos como elementos probatorios que sustentan la conducta. Sin embargo, se trata de documentos serios y sustentados que permiten a esta Entidad tener un conocimiento más extenso y claro sobre el sector de la salud en Colombia.
- La existencia de regulación en alguno de los sectores económicos del país, no implica que en virtud de la misma, no sea posible aplicar el régimen general de protección de la competencia.

**6.3. CONDUCTA CONSTITUTIVA DE AFECTACIÓN A LA DEBIDA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE ASEGURAMIENTO EN SALUD**

(...)

Este Despacho encontró que las imputaciones efectuadas por la Delegatura en su Informe Motivado fueron acertadas. De la valoración del material probatorio, se pudo establecer la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las EPS agremiadas en ACEMI, con la colaboración y dirección de ésta última, que tuvo como objeto impedir la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud.

Se logró establecer que existía diferencia entre la información suministrada por las EPS a las autoridades y aquella compartida en el seno de la asociación y que las

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*EPS-C conocían la no correspondencia existente, situación que sin lugar a dudas tiene la potencialidad de afectar el correcto y suficiente flujo de información para con los reguladores del sector. Adicionalmente, ACEMI en el desempeño de su actividad gremial, excedió los fines y medios legales que puede perseguir y de los que se puede valer para ejercer su función como gremio y representar a las personas jurídicas que agrupa, sirviendo por tanto como escenario de intercambio de información que dadas las circunstancias concretas del mercado analizado y como ya se manifestó en el presente acto administrativo, propició la realización de un acuerdo anticompetitivo.*

*Es así como en la investigación se demostró que la información solicitada por ACEMI a sus agremiadas era información que permitía a cada una de las EPS-C conocer la forma de funcionamiento de sus competidoras, las estrategias comerciales y las características y cantidades de prestaciones de servicios propiciando condiciones de mercado de no competencia.*

*Para este Despacho, el concepto de transparencia en el mercado de aseguramiento en salud tiene dos enfoques, a saber: (i) interacción entre los competidores del sistema y (ii) la relación entre dichos competidores y las autoridades regulatorias. En este orden de ideas, la información que las EPS reportan se constituye como un insumo esencial para el funcionamiento del sistema ya que es base para la determinación de la UPC, así como para determinar los valores pagados por servicios NO POS por parte del FOSYGA.*

(...)

*Sobre este respecto, es importante resaltar que la información que las EPS reportan en sí misma es un insumo esencial para el funcionamiento del mercado de aseguramiento en salud y del sistema, por cuanto es necesaria para la determinación, por un lado de la prima (UPC) y por el otro, de las inclusiones que se deben hacer de los riesgos cubiertos, así como para conocer sobre la suma de dinero que el sistema, a través del FOSYGA, tendrá que reconocer a las EPS por la prestación de servicios adicionales al plan de beneficios, que como se mencionó anteriormente, se ven obligadas a prestar para garantizar el derecho a la salud.*

*De igual forma, esta información se requiere para que los entes de control del SGSSS verifiquen el adecuado desempeño del sistema, el nivel de consecución de los fines a cumplir, la correcta utilización de los recursos de carácter público, el aumento en la cobertura de los afiliados y la sostenibilidad financiera del mismo.*

(...)

*Al respecto, no se desconoce que la solicitud realizada por ACEMI a sus agremiadas se encontrara referida a la Nota Técnica que habría de presentar al MPS, lo que llama la atención, es el hecho de que ACEMI necesitara verificar la veracidad de la información que sus EPS agremiadas habían enviado previamente al Ministerio para la elaboración del estudio de suficiencia, cuando según lo manifestado por las EPS investigadas, ACEMI y sus apoderados, la información utilizada para la elaboración de la mencionada Nota Técnica tiene como fuente de información que ha sido remitida a los entes de regulación<sup>6</sup>.*

<sup>6</sup>En diligencia de testimonio practicada el 9 de marzo de 2010 al señor CARLOS ALFONSO MONTOYA MEJIA, en su calidad de Gerente de Salud de SANITAS manifestó: "Pregunta Apoderado Sanitas:

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*De otra parte, no se considera que la solicitud estuviera encaminada a buscar la modificación de la información para remitirla nuevamente al MPS, por cuanto la misma ya había sido enviada, punto sobre el cual se encuentra en la misma línea que los apoderados de las investigadas.*

*Sin embargo, si se tomara como cierta la afirmación presentada por los apoderados, respecto de que la información enviada al MPS era revisada por ACEMI como el tercero que aplicaba las mallas de validación, para garantizar su calidad y veracidad, así como para cumplir con los estándares y formatos de envío de la misma al MPS, lo lógicamente esperado es que dicha información no tuviera que ser nuevamente objeto de verificación y revisión por parte de ACEMI quien se supone ya había llevado a cabo esta labor de forma preliminar al envío de la información, pues no resulta lógico que para la presentación de su Nota Técnica impartiera instrucciones sobre la forma y el contenido en que la información debe ser remitida a ACEMI con el único propósito de ser verificada para que concuerde con la que previamente habrían enviado las EPS al MPS.*

*Si dicha información se encontrara libre de vicio, error o en este caso se encontrara completa y no se hubieran ocultado algunos de los datos reportados, no tendría ACEMI porqué estar revisando nuevamente la información y mucho menos impartiendo instrucciones en su envío para su posterior correspondencia con aquella previamente remitida al Ministerio, con el fin de que fuera acorde a la que presentaría posteriormente ACEMI como base para la realización de su Nota Técnica.*

(...)

*Partiendo de lo anterior, se debe entender que empíricamente se ha evidenciado que en condiciones normales de mercado los participantes no están dispuestos a develar la información que les es propia, como aquella que se refiera a sus costos, estrategias comerciales, desarrollos tecnológicos, infraestructura, entre otros, principalmente porque esto permitiría que sus competidores, valiéndose de ese conocimiento, adquirieran ciertas ventajas dentro del escenario competitivo. No obstante lo anterior, existe diversa información que se intercambia dentro de los mercados competitivos que pretende generar eficiencias sectoriales, siendo en ocasiones suministrada por todos los agentes, y encontrándose por tanto al acceso de todos los participantes del mercado.*

*De otra parte, existen intercambios de información directos, que son aquellos que se realizan explícitamente entre los agentes del mercado o indirectos que son aquellos*

---

*Anteriormente usted indicó que Sanitas remite información a ACEMI, por favor indíqueme al Despacho si esa información es conocida por el ministerio de protección social?*

*Respuesta: Si hay alguna de esas informaciones que se remiten a ACEMI que son conocidas previamente por el ministerio de la protección social, por ejemplo suficiencia de UPC, eh periódicamente el Ministerio o anualmente el ministerio pide la relación de las frecuencias de servicios y los costos promedios de los servicios para calcular la suficiencia de UPC, del siguiente año basada en el año anterior, me explico, para poder calcular la de 2010 piden la de 2008, para analizarla en el 2009 y determinar la suficiencia de 2010, esa información uno se la entrega al ministerio y copia de esa información se le manda a ACEMI para que ACEMI haga sus análisis para mirar a ver el análisis global de esa información dentro del sistema de las empresas afiliadas a ACEMI. Testimonio obrante en CD en el Cuaderno No. 17.*

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

que se realizan a través de un tercero, como es el caso de una asociación de competidores o una agremiación que sirve de escenario para dicha labor, sin que en uno u otro caso se deban entender como anticompetitivos en sí mismos. Lo anterior, implica la necesidad de observar las circunstancias propias de cada caso, teniendo en cuenta las características específicas de la información que se intercambia y el mercado en el que se efectúa.

(...)

De conformidad con las consideraciones expuestas en el presente acápite, específicamente frente a la existencia de un acuerdo anticompetitivo llevado a cabo por las EPS-C investigadas y agremiadas en ACEMI, cuyo objeto fue impedir la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud, este Despacho concluye lo siguiente:

- Que el concepto de transparencia en el mercado de aseguramiento en salud se enfoca especialmente desde el punto de vista de las relaciones que existen entre (i) los agentes que participan del sistema como es el caso de las EPS quienes son competidores entre sí y (ii) desde el punto de vista de la relación de éstas con las autoridades del SGSSS.
- Se verificó que la información que las EPS reportan en sí misma es un insumo importante para el funcionamiento del mercado de aseguramiento en salud y del sistema, por cuanto es necesaria para la determinación, por un lado de la prima (UPC) y por el otro, de las inclusiones que se deben hacer de los riesgos cubiertos. Así mismo, permite conocer la suma de dinero que el sistema, a través del FOSYGA, tendrá que reconocer a las EPS por la prestación de servicios adicionales al plan de beneficios.
- Se reconoce la existencia de asimetrías de la información, en los posibles escenarios negociables que en éste se presenten especialmente a la información que debe ser reportada por parte de las EPS a los entes del SGSSS. Que en especial dentro de este mercado se concibió que las EPS al reportar la información debían brindarla de manera real, veraz y con estándares de calidad apropiados con el fin de que la regulación respondiera a las circunstancias y necesidades propias del mercado.
- Que la información que es remitida por las EPS al MPS es de carácter desagregado por cuanto, como se adujo, es necesario que éste conozca la información de costos, frecuencias, servicios, usuarios etc., de forma detallada para elaborar el estudio de suficiencia de la UPC. No obstante, la información requerida por el MPS y presentada por cada EPS no se divulga al público por parte de esta autoridad con las características anotadas. En efecto, los estudios de suficiencia para los años 2004 a 2008 no han presentado información que permita conocer al detalle la actividad desarrollada por cada EPS ni al público en general ni a las EPS que participan del SGSSS.
- Que ACEMI fungía como tercero verificador de la información a reportar por las EPS a través de la aplicación de las mallas de validación previo al envío de la información al Ministerio. En este sentido, encontró como también ACEMI requería de sus agremiadas una comparación y verificación de la información que ya se encontraba en poder del MPS, con la que era reportada a ACEMI para la presentación de su Nota Técnica, lo que muestra un conocimiento de la agremiación y de las EPS de la

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*existencia de información discordante, lo que no sucedería si fuera completa y reflejara la realidad.*

**6.4. RESPECTO A LA CONDUCTA CONSTITUTIVA DEL INTENTO DE FIJAR DE MANERA INDIRECTA EL PRECIO DE ASEGURAMIENTO EN SALUD**

(...)

*Al respecto, los actores que participan en el mercado de salud en Colombia no pueden realizar acuerdos que tengan por objeto o como efecto definir los precios o tarifas ya sea de forma directa o indirecta. Como se mencionó, en el mercado de aseguramiento en salud del régimen contributivo, el precio del aseguramiento está compuesto por una prima, que en este caso es la Unidad de Pago por Capitación que se encarga de cubrir los costos de los servicios de salud que se encuentran incluidos en el POS.*

*Adicionalmente, el precio del aseguramiento en salud, a diferencia de otros mercados de seguros, tiene características especiales, en particular al reconocer que la prima del seguro es definida por el Estado, en cabeza de la CRES, quien es la encargada de definir anualmente el valor de la UPC, teniendo como insumo la información que las EPS reportan anualmente al MPS para el estudio de suficiencia.*

*Es así como cualquier alteración al conjunto de información reportada por cada una de las EPS genera sensibles consecuencias para el regulador en el proceso de formación de la UPC. En el presente caso, como se ha mostrado en las secciones anteriores y como correctamente lo plantea el Informe Motivado, el hecho de haberse generado un consenso para afectar la lista de procedimientos cubiertos por el POS, unido a que la información reportada al MPS no reflejaba la realidad de los datos contables de las EPS involucradas en la investigación, evidencia un mecanismo indirecto cuyo objeto era el de impactar el valor de la UPC, lo que induce a una fijación artificial de ésta última en un nivel distinto al que se hubiera obtenido de no llevarse a cabo el acuerdo que aquí se reprocha.*

(...)

*De esta manera, cualquier afectación de la información solicitada por el regulador se traduce en elementos capaces de inducir a una distorsión de la forma mediante la cual se fija la UPC, lo que conlleva a la creación de un mecanismo artificial y reprochable de fijación indirecta de un precio en el sector de la salud en Colombia.*

(...)

*Por el contrario, los recobros al FOSYGA por concepto de servicios NO POS prestados por las EPS, constituyen ingresos que éstas reciben como resultado de un ejercicio ex post realizado por el regulador, con el fin de reconocer gastos causados por la prestación de servicios que de acuerdo con el SGSSS no hacen parte del riesgo asegurable definido en este caso como POS. Además, es fundamental reconocer que a diferencia de lo que ocurre con la UPC, no existe frente a los recobros argumento alguno relacionado con el riesgo o incertidumbre para su cálculo y por tal razón, mal haría este Despacho en reconocerlo como parte del precio del seguro del Régimen Contributivo de salud en Colombia.*

*A pesar de lo anterior, este Despacho comparte plenamente la afirmación de la Delegatura, según la cual, la implementación de un acuerdo para definir los servicios*

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*de salud a ser cobijados por el POS, junto con la afectación de la transparencia en la información solicitada por el Regulador, conlleva a que de manera indirecta haya una alteración en la forma como se calcula la UPC y por tanto, exista un mecanismo de fijación artificial y reprochable de la misma.*

(...)

*Al respecto, este Despacho reitera que bajo circunstancia alguna califica la información aportada por las EPS-C agremiadas en ACEMI como la única fuente de información a partir de la cual es calculada la UPC. Sin embargo, para efectos de conocer los procedimientos de salud ofrecidos durante una vigencia específica, la evolución de usuarios afiliados, los costos incurridos en la prestación del servicio, entre otros, son las EPS-C la fuente directa de consulta, por cuanto, este tipo de información, a nivel desagregado resulta sensible y privada.*

*Así, mal haría este Despacho en calificar como acertada la línea argumental propuesta por el Apoderado de la EPS SANITAS cuando sugiere que, por no representar la información cuestionada la única fuente para el cálculo de la UPC, no existe mecanismo de afectación indirecta del precio al que la presente resolución hace referencia.*

(...)

*Frente a este punto, resulta fundamental para este Despacho señalar que lo que acá se califica como comportamiento anticompetitivo es que, a través de las dos conductas arriba señaladas, se hayan configurado las condiciones para fijar indirecta y artificialmente la UPC, que, como ya se dijo, resulta un componente fundamental del precio de aseguramiento de la salud en Colombia. Independientemente de que este precio fuese forzado al alza o a la baja, lo que acá se reprocha es que el alcance de las conductas tuvieran la potencialidad de auspiciar un cambio en la UPC, cambio que no ocurriría de no haberse llevado a cabo ninguna de las dos conductas ya expuestas.*

**6.4.3. Conclusiones frente a la conducta de fijar indirectamente el precio de aseguramiento en salud**

- *Se reconoce que las EPS-C agremiadas en ACEMI y la agremiación misma a través del acuerdo tendiente a definir el listado de procedimientos POS junto con las conductas tendientes a limitar la transparencia de la información requerida por el regulador para determinar la Unidad de Pago por Capitación, crearon un mecanismo tendiente a fijar la UPC, y por tanto definieron indirectamente el precio de aseguramiento en salud.*

- *Contrario a lo afirmado por la Delegatura, este Despacho reconoce que el precio del aseguramiento en salud no está constituido por los recobros generados al FOSYGA. Por el contrario, comparte la posición de algunos de los apoderados quienes señalan que la UPC junto con los copagos y las cuotas moderadoras son los tres elementos fundamentales del precio de aseguramiento en salud.*

- *En línea con la conclusión anterior, todos aquellos argumentos que han sido expuestos por los apoderados tendientes a exonerar responsabilidad de sus poderdantes centrados en argumentos relacionados con los recobros al FOSYGA, este Despacho no los considera de recibo. Por el contrario, comparte la posición de la*

**RESOLUCIÓN NÚMERO ~~0023471~~ DE 2013 Hoja N° 12**

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*Delegatura cuando afirma que las conductas que acá se reprochan terminan por afectar y fijar indirectamente el precio de aseguramiento de la salud en Colombia"*

(...)

*Por todo lo anterior, este Despacho determina que ACEMI, COLMEDICA, COOMEVA, FAMISANAR, SALUD TOTAL, SOS, SUSALUD, SALUDCOOP, CRUZBLANCA, CAFESALUD, SANITAS, COMPENSAR, COMFENALCO ANTIOQUIA, COMFENALCO VALLE, HUMANA VIVIR, serán multadas cada una con DOS MIL salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 s.m.m.l.v.), lo que equivale a MIL SETENTA Y UNO MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT (\$1.071.200.000).*

(...)

*Para el caso de los señores CARLOS GUSTAVO PALACINO ANTIA, representante legal de SALUDCOOP, NÉSTOR RICARDO RODRÍGUEZ ARDILA, representante legal COMPENSAR, CLAUDIA MARÍA STERLING, representante legal de SALUD TOTAL, FELICEGRIMOLDI REBOLLEDO, representante legal de COMFENALCO VALLE, OCTAVIO DE JESÚS AYALA MORENO, representante legal de SOS, y FERNANDO ROBLEDO QUIJANO, representante legal de COLMEDICA; la suma equivalente a CIENTO TREINTA salarios mínimos mensuales legales vigentes (130s.m.m.l.v.) lo que equivale a SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS MCT (\$69.628.000) a cada uno.*

*Para el caso de los señores MARÍA FERNANDA ISAACS CABRAL, representante legal de CRUZ BLANCA, GABRIEL MESA NICHOLLS, representante legal de SUSALUD, PIEDAD CECILIA PINEDA ARBOLEDA, representante legal de COOMEVA, ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO, representante legal de CAFESALUD, y JUAN CARLOS FERNÁNDEZ MANOTAS, representante legal de FAMISANAR, quienes asistieron a las reuniones de ACEMI, la suma equivalente a CIENTO CUARENTA Y NUEVE salarios mínimos mensuales legales vigentes (149 s.m.m.l.v.) lo que equivale a SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS MCT (\$79.804.400) a cada uno.*

*Para el caso de JUAN MANUEL DIAZ-GRANADOS, como representante legal de ACEMI, asociación que promovió y coordinó la conducta, se impondrá la suma equivalente a CIENTO SESENTA Y OCHO salarios mínimos mensuales legales vigentes (168 s.m.m.l.v.) lo que equivale a OCHENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS PESOS MCT (\$89.980.800).*

*Para el caso de MILCIADES CASTILLO ESCOBAR, representante legal de la empresa SANITAS E.P.S., RICARDO SIERRA CARO, representante legal de COMFENALCO ANTIOQUIA y NOHRA JEANETH MÉNDEZ RIVERA, representante legal de HUMANA VIVIR S.A., este Despacho no encontró evidencia que permitiese constatar que efectivamente hubiesen tolerado, ejecutado o autorizado las conductas que se reprochan en la presente Resolución<sup>7</sup>.*

<sup>7</sup> Páginas 70 a 184 de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

**CUARTO:** Que mediante comunicación radicada con el No. 09-21413-01361 del 1 de noviembre de 2012<sup>8</sup> HUMANA VIVIR, presentó solicitud de revocatoria directa de la Resolución de Sanción No. 46111 del 30 de agosto de 2011, exponiendo los argumentos que se resumen a continuación, los cuales serán analizados en detalle más adelante.

**4.1 Cumplimiento de los requisitos del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011.**

En primera medida, HUMANA VIVIR manifiesta que la solicitud de revocatoria directa parcial de la Resolución No. 46111 de 2011 es legalmente procedente por cuanto se configuran los presupuestos jurídicos señalados en el artículo 93 y 94 de la Ley 1437 de 2011 de la siguiente manera:

- No haber hecho uso de los recursos en la vía gubernativa. En el caso de HUMANA VIVIR, si bien interpuso el recurso de reposición correspondiente en contra de la Resolución de sanción, dicho recurso fue rechazado por haber sido interpuesto fuera del término establecido en el Decreto 01 de 1984 – Código Contencioso Administrativo, razón por la cual al haber sido rechazado, significa que el mismo no fue presentado, operando así la solicitud de revocatoria directa.
- La Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011 contraría gravemente la Constitución y la Ley y causa un agravio injustificado a HUMANA VIVIR.
- La Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011 se encuentra ejecutoriada, pero la revocatoria directa contra ella procede en cualquier tiempo, mientras no se haya instaurado demanda ante el juez competente y no se haya admitido la misma, explicando que para el caso de HUMANA VIVIR, dicha empresa no ha instaurado ninguna acción contencioso administrativa contra dicho acto administrativo.

**4.2 Manifiesta oposición de la Resolución de sanción a la Constitución Política**

El solicitante presenta diversos argumentos para sustentar que la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011 quebranta la carta fundamental, tal y como se resume a continuación:

**4.2.1 Quebrantamiento del derecho al debido proceso por desconocimiento de principios constitucionales.**

HUMANA VIVIR manifiesta que la Resolución de Sanción quebranta y desconoce su derecho al debido proceso pues la Superintendencia desconoció varios principios constitucionales así:

- **El principio de legalidad**

La empresa solicitante manifiesta que la infracción administrativa así como la correspondiente sanción deben estar señaladas taxativamente en la Ley, y que en el

<sup>8</sup> Documento obrante en el Cuaderno Público No. 49, folios 11461 a 11503.

mesa

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

presente caso respecto de los dos cargos que se imputaron, la Superintendencia cita el Decreto 1663 de 1994 sin hacer mención alguna a la norma con rango de Ley que consagra la infracción administrativa que se le imputa así como la correspondiente sanción, quebrantando así su derecho de defensa. Igualmente, indica que el citado Decreto no tiene rango de Ley por tratarse de un decreto reglamentario y que en ese caso ni la definición de la conducta, ni de la sanción pueden ser delegadas en la autoridad administrativa pues ello es de reserva legal.

También señala que el acto objeto de revocatoria se aparta de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, conforme al cual los recursos de las instituciones de seguridad social no pueden destinarse a fines diferentes a ella, y que en este sentido las EPS son administradoras de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud y no pueden obtener ganancias sobre el manejo de estos recursos, así como tampoco ningún beneficio económico, pues los recursos que son transferidos a las EPS son considerados parafiscales, es decir, dineros públicos y no de las EPS, razón por la cual es erróneo afirmar que los recursos que recibe una EPS para gastos de administración son de su propiedad o constituyan una ganancia para ella.

• **El principio de la reserva de la ley**

HUMANA VIVIR manifiesta que este principio es corolario del principio de legalidad y conforme al mismo la infracción y la correspondiente sanción tienen que estar descritas con toda claridad y precisión en una norma de rango de Ley, y con la expedición de la Resolución de sanción se quebranta este principio porque se cita como norma infringida el Decreto 1663 de 1994 el cual no tiene jerarquía de Ley de la República.

Para reforzar su argumento, cita apartes de providencias de la Corte Constitucional (Sentencias C-099 de 2003 y SU-1010 de 2008) indicando que su contenido es de cumplimiento obligatorio pues las autoridades que tienen la potestad sancionatoria tienen la obligación de señalar la infracción administrativa y la correspondiente sanción y en el acto administrativo objeto de la presente revocatoria no se indica la Ley que contempla la infracción administrativa.

• **El principio de tipicidad o taxatividad**

Frente al particular, HUMANA VIVIR indica que el principio de tipicidad no sólo se quebranta cuando el legislador no determina y describe en la Ley qué comportamientos se hacen acreedores de un reproche sancionatorio de manera clara, completa e inequívoca; sino que también puede quebrantarse al momento de aplicar las normas que definen las acciones e infracciones, como ocurre en los siguientes casos: (i) cuando no existe coincidencia entre la conducta descrita por la norma y el hecho imputable al infractor, (ii) cuando el acto administrativo no responde a una argumentación lógica que permita subsumir la conducta enjuiciada en el tipo aplicado de una norma sancionatoria y (iii) cuando el acto administrativo omite señalar la norma con rango de ley que contiene la infracción y la sanción administrativa.

En este orden de ideas, HUMANA VIVIR manifiesta que nunca celebró convenios o acuerdos con otras EPS, ni participó como miembro de ACEMI en la celebración de

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

tales acuerdos pues no existe ningún acta escrita o correo electrónico que permita demostrar dicha situación; que tampoco está demostrado que los informes que presentó al Ministerio de la Protección Social hoy de Salud (en adelante, "MPS"), se aparten de la realidad de los costos de los servicios de salud prestados por ella, así como tampoco existe prueba con la cual se demuestre que dichos informe son incorrectos; adicionalmente señala que la Superintendencia se equivoca al afirmar que los informes presentados ante el MPS tenían por finalidad un incremento de la UPC por encima de lo razonable, porque la realidad nacional es que el valor de la UPC fijada no es suficiente para que las EPS presten el servicio de aseguramiento en salud, y por este motivo todas las EPS se encuentran en estado de quiebra.

Manifiesta que la Superintendencia para hacer su presunta tipificación de hechos confunde la persona jurídica de ACEMI con la persona jurídica de HUMANA VIVIR, ya que los hechos que le pueden ser imputables a ACEMI como persona jurídica asociativa le están siendo endilgados a HUMANA VIVIR, imponiéndole una sanción por el hecho de ser miembro asociado de ACEMI.

• **El principio de presunción de inocencia**

Indica la investigada que la Superintendencia tiene la carga de la prueba, en su calidad de autoridad con potestad sancionatoria, razón por la cual, si no existe una prueba de cargo idónea, concreta, irrefutable, legalmente decretada y valorada que demuestre su responsabilidad en los hechos que esta Entidad le endilga, es su deber aplicar el principio de *indubio pro administrado*.

HUMANA VIVIR rechaza la afirmación de la Superintendencia según la cual los recursos que recibe la EPS, por recobros efectuados al FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA (en adelante "FOSYGA") con ocasión de la prestación de servicios excluidos del POS, constituyen ingresos propios, sino que por el contrario todos los recursos que recibe una EPS son de propiedad del Sistema de Seguridad Social en Salud y deben ser reinvertidos en cubrir los gastos de administración y de atención en salud de los usuarios. Refuerza su argumento indicando que los recursos que reciben las EPS, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, son recursos parafiscales de destinación específica que no pueden ingresar al patrimonio de la EPS pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Continúa su argumentación manifestando que la Resolución de sanción no establece las pruebas de cargo que se encontraron en contra de HUMANA VIVIR que demostraran sin duda alguna la culpabilidad en la ocurrencia de hechos que atenten contra la libre competencia. Que la responsabilidad administrativa no es colectiva sino individual y en ese sentido la Superintendencia tenía que haber señalado para cada EPS cuáles eran las pruebas recaudadas que permitían demostrar su respectiva responsabilidad en la comisión de la conducta investigada.

Concluye diciendo que no conoce en qué conductas en concreto incurrió de forma individual, ni qué pruebas concretan la realización de dichas conductas, razón por la cual conforme al principio de inocencia, HUMANA VIVIR considera que tiene derecho a no ser sancionada sino en virtud de pruebas constitucionalmente legítimas. Ya que los

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

correos electrónicos firmados por personas de ACEMI, enviados a las EPS, en ningún caso constituyen pruebas idóneas para imponer una sanción de la magnitud de la sanción impuesta, la cual es imposible de pagar, adiciona su argumento manifestando que la multa impuesta no es constitucional ni legalmente viable de pagar con cargo a los recursos de la UPC para gastos de administración ni para gastos de salud.

• **El principio de proporcionalidad**

La empresa sancionada indica que la sanción impuesta por esta Superintendencia es desproporcionada, al punto que es imposible financieramente para una EPS cubrir el monto de la misma, más cuando nunca incurrió en ninguno de los hechos que se imputan y la sanción obedece sólo al hecho de que HUMANA VIVIR forma parte de ACEMI.

Manifiesta que la Superintendencia de Industria y Comercio, con extralimitación de su poder sancionador, busca obtener un lucro económico a su favor, en detrimento patrimonial del Sistema General de Seguridad Social en Salud, porque ninguna EPS tiene recursos propios para cubrir la multa impuesta. De igual forma, reitera el argumento según el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, los recursos de las EPS no pueden ser destinados para fines diferentes a la prestación de los servicios de salud.

Concluye señalando que en su caso, el hecho de pagar la multa impuesta, inexorablemente tiene como consecuencia su liquidación y posterior salida del mercado de aseguramiento de salud, pues la magnitud de la sanción implica su muerte jurídica, ya que no puede pagarse la multa con cargo a los recursos que recibe del sistema, so pena de peculado.

• **El principio de doble instancia**

HUMANA VIVIR argumente que esta Superintendencia violó el principio de la doble instancia, para lo cual cita dos sentencias de la Corte Constitucional (C-040 de 2002 y C-095 de 2003) con el propósito de señalar que, en el presente caso la primera instancia debió ser surtida ante el Delegado, con el fin de que la providencia que definiera el asunto fuera susceptible de interponer recurso de apelación ante el Superintendente de Industria y Comercio, situación que no ocurrió en la presente investigación administrativa, pues la Superintendencia desconoció por completo este principio, incurriendo así en un quebrantamiento del principio de legalidad y el artículo 2 de la Constitución Política.

**4.2.2 Quebrantamiento del debido proceso por insuficiente motivación del acto administrativo**

HUMANA VIVIR manifiesta que la Resolución de sanción presenta deficiencias en su motivación por cuanto no señala la norma con rango de ley que contiene el tipo de infracción y la correspondiente sanción. De igual forma indica que en el acto administrativo sancionatorio se omitió hacer una valoración probatoria de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pues no expuso de manera razonada frente a cada prueba

**RESOLUCIÓN NÚMERO 0023471 DE 2013 Hoja N° 17**

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

recaudada legalmente, el mérito que le asignó a ella y al conjunto probatorio para haberla encontrado responsable de la comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

Indica que las pruebas con las cuales se fundamenta la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio son correos electrónicos que ACEMI envió a las asociadas, cuyo envío no es imputable al representante legal de ACEMI, y, refiere, que en la Resolución de sanción no se señala cuál es el mérito probatorio que asigna a cada correo, cuya autoría no corresponde a HUMANA VIVIR, pues de hecho no existe contra respuesta de dichos correos electrónicos. Indica que la Superintendencia no indica por qué razón considera tales correos como pruebas de hechos ilícitos, cuando estos son referentes a reuniones, información o estudios que atañen a los agremiados y que la ley no prohíbe como parte del funcionamiento de ACEMI.

También expone que los argumentos que presentó en su defensa no fueron valorados por la SIC, ya que en la Resolución de sanción no se efectuó una motivación específica y concreta de cada uno de ellos, indicando por qué los mismos no eran de recibo para esta Entidad.

Reitera que las actuaciones de ACEMI como persona jurídica no son imputables a cada uno de sus agremiados, sino en la medida en que cada EPS hubiera incurrido en hechos y actuaciones determinantes de la gestión colectiva, debidamente probadas con pruebas legalmente allegadas al proceso y que en este caso, la Superintendencia no señala de forma particularizada ni específica las pruebas que sirven de sustento para establecer la responsabilidad de HUMANA VIVIR.

**4.2.3 Quebrantamiento del debido proceso por omitir la debida valoración probatoria**

Argumenta que la SIC se apartó de lo dispuesto en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, y del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil ("C.P.C."), toda vez que en la Resolución de sanción no se especifican cuáles son las pruebas concretas que se valoraron frente a los hechos que en concreto fueron imputados a HUMANA VIVIR, siendo la Superintendencia quien debe probar de manera concreta e individual que HUMANA VIVIR incurrió en las conductas que se le imputan, pero no se le puede sancionar por el hecho de recibir información de ACEMI.

**4.2.4 Quebrantamiento al derecho a la libre asociación**

La empresa sancionada indica que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Política, ACEMI es una agremiación lícita, razón por la cual le asiste el derecho de realizar estudios jurídicos y técnicos relacionados con el Sistema de Seguridad Social en Salud, así como de difundir dichos estudios a sus agremiados, sin que los errores que puedan plasmarse en los mismos puedan ser objeto de sanción. Señala igualmente que el intercambio de información no es en sí mismo una conducta que pueda catalogarse como anticompetitiva o contraria a la libre competencia.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

Critica a la SIC pues, en concepto de la investigada, por pretender inculpar a una agremiación porque con base en sus estudios presuntamente el gobierno nacional fijó el valor de la UPC, hecho que le resulta inaceptable, señala que quien debe fijar la UPC era en su momento el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (en adelante "C.N.S.S.S"), y hoy la Comisión de Regulación en Salud (en adelante "CRES"), y que si dicho valor resulta errado es inaceptable culpar a las EPS o a ACEMI, pues estas entidades no tienen la función de hacer estudios para la determinación de ese valor.

Manifiesta que la Superintendencia deliberadamente quebranta el derecho a la libre asociación al censurar los estudios que realiza ACEMI, los cuales evidentemente pueden tener errores, coartando así la libertad que tiene la agremiación de realizar esos estudios y propender por la promoción de sus afiliados.

Señala que la responsabilidad del Estado es la fijación del valor de la UPC, y que el diseño de los planes de beneficios del POS no depende de los estudios que pueda reportar ACEMI, razón por la cual no se explica la nueva doctrina de la Superintendencia según la cual el Estado en el ejercicio de su labor legal y constitucional fijó el valor de la UPC, para los periodos 2004-2008, porque ACEMI o las EPS suministraron información sobre el costo de los servicios. Concluye indicando que el MPS no efectuó ningún pronunciamiento negativo respecto de los informes presentados por HUMANA VIVIR, así como tampoco lo hizo ningún organismo de control y vigilancia del sector de la salud.

**4.2.5 Respeto de las pruebas y los cargos imputados**

HUMANA VIVIR refiere que no existen pruebas legalmente allegadas al proceso y debidamente valoradas conforme a las reglas de la sana crítica que demuestren que fue autora de los hechos que se le imputan por diversas razones:

- Todas las decisiones institucionales de una organización social lícita deben constar en actas suscritas por el presidente de la asamblea o junta y el correspondiente secretario, en las cuales se señale que en las decisiones allí tomadas participaron la mayoría de los miembros asociados.
- Para que exista responsabilidad de un miembro asociado a una organización gremial, es requisito indispensable que dicho asociado haya votado de dicha decisión de manera favorable o desfavorable y que esto conste en la respectiva acta.
- Sólo son responsables de una decisión quienes la hubieran aprobado o negado, razón por la cual para imputar responsabilidad a HUMANA VIVIR es necesario demostrar su autoría, es decir que participó en acuerdos o convenios dirigidos a afectar la libre competencia. Manifiesta que la Resolución de sanción exonera de responsabilidad a la representante legal de HUMANA VIVIR, quien era la única facultada para tomar decisiones ante la agremiación y adquirir obligaciones.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00023471 DE 2013 Hoja N°. 19

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

- Indica que si de manera anti-estatutaria algunos miembros de la asociación tomaron decisiones irregulares, ellos son los responsables de dichas decisiones y no la agremiación o los miembros que no participaron en dichas reuniones.
- Que el hecho de no haberse configurado responsabilidad alguna de la representante legal de HUMANA VIVIR, evidencia que la Superintendencia no encontró ninguna prueba que permitiera demostrar que en su calidad de representante legal hubiera participado en la toma de decisiones irregulares, así como tampoco encontró que la representante de HUMANA VIVIR hubiera conferido representación o poder a persona alguna para que en nombre de la empresa votara favorablemente decisiones irregulares.
- Señala que si terceras personas sin autorización del representante legal de HUMANA VIVIR se hubieran cruzado mensajes sobre hechos irregulares, ellas son las que deben responder por los mismos. Manifiesta entonces, que para imputar responsabilidad a una persona jurídica es requisito indispensable que su representante legal haya aprobado directamente una decisión ilícita de la asociación a la cual pertenece o la hubiere aceptado de manera expresa y clara, razón por la cual el hecho de que unos empleados de ACEMI se hayan cruzado información por correo electrónico con otros funcionarios de HUMANA VIVIR no puede comprometer la responsabilidad de la EPS.
- Reitera que la SIC sanciona a HUMANA VIVIR por el hecho de hacer parte de ACEMI, asumiendo que dicha agremiación es una organización delincinencial porque es la única manera de sancionar a un miembro agremiado a la misma.
- Que no existe prueba allegada legalmente al proceso que permita demostrar que los informes que presentó HUMANA VIVIR sobre costos de los servicios de salud se aparten de la realidad de dichos costos y que los mismos pudieran tener alguna influencia en la definición de la UPC, así como tampoco existen pruebas de que ACEMI hubiera rendido informes al MPS que distorsionaran la realidad y como consecuencia afectarían el valor de la fijación de la UPC, señalando que el hecho de que el Ministerio de la rama no hubiere, en ningún año posterior, rebajado el valor de la UPC sino por el contrario lo aumentó, es prueba suficiente para demostrar que cualquier estudio sobre el tema que hubiera podido presentar ACEMI no tuvo ninguna influencia en la fijación de los valores de la UPC.
- Señala que la SIC no decretó ni repuso los recursos interpuestos por los demandantes, en donde se solicitaban informes respecto al análisis financiero de las EPS y en su reemplazo ordenó un estudio que en nada podría dar luces de la situación fáctica individual de los acusados, negando la posibilidad del respaldo de los argumentos jurídicos que se exponían.

Acto seguido, HUMANA VIVIR presenta un análisis de las pruebas que fundamentan la decisión, indicando que las mismas no son pertinentes respecto a las imputaciones que fueron efectuadas por la SIC, por las siguientes razones:

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

- La mayoría de las actas de ACEMI corresponden a estudios de su Comité Médico, en las cuales no aparece que hubiera participado ningún funcionario de HUMANA VIVIR. Señala que en las actas que obran el expediente, no aparece participación en las respectivas reuniones de la representante legal de HUMANA VIVIR o delegación formal para participar en la misma, razón por la cual respecto de las decisiones que se hubieran tomado en dichas reuniones sólo pueden responder los miembros asociados que dieron su aprobación.
- Manifiesta que la Superintendencia fundamenta su decisión en unos correos electrónicos, que remitió el Director del Comité Médico de ACEMI y la Secretaria General de dicha agremiación a todas las EPS, sin tener en cuenta que es costumbre de las asociaciones remitir información a sus miembros y que además no existe prueba en el expediente de que HUMANA VIVIR hubiera dado respuesta alguna a tales correos aceptando su contenido, razón por la cual dichos correos no permiten desvirtuar su presunción de inocencia.
- Indica que a folios 76, 84, 92, 111, 131 y 151, se presentan cuadros comparativos con datos respecto a valores, número de usuarios, prestaciones y diversa información respecto de los servicios de salud, pero allí no se registra información que corresponda a HUMANA VIVIR, razón por la cual no puede afirmarse que hubiera entregado información a ACEMI. Así las cosas, la empresa sancionada reitera que no existen pruebas suficientes para establecer su responsabilidad y que la decisión de la entidad sólo se fundamenta en indicios leves y generales que aplica indiscriminadamente para demostrar su responsabilidad.
- Que la Superintendencia llega a conclusiones equivocadas en sus consideraciones respecto a la fijación del valor de la UPC, pues indica que el MPS realiza otras valoraciones técnicas y científicas para la fijación de los valores de la UPC y no se basa únicamente en la información reportada por las EPS.
- Manifiesta que el objeto del contrato de delegación Estado-EPS consiste en la prestación de los servicios de salud contemplados en el POS, fijados anteriormente por el CNSSS, y que no son las EPS las que a su arbitrio definen los servicios de salud que deban prestar a los afiliados del sistema, sino que es su obligación garantizar dicho POS, so pena de las sanciones que puedan ser impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud.
- Indica que asumiendo que se negaran servicios incluidos en el POS, los usuarios inmediatamente podían impetrar las correspondientes acciones de tutela para que se le suministraran los correspondientes servicios de salud o formular quejas ante la Superintendencia Nacional de Salud. Adicionalmente refiere que los fallos de tutela que ordenan prestar los servicios incluidos en el POS no pueden hacerse valer para solicitar reembolsos al FOSYGA, pues son inmediatamente glosados.
- Señala que la SIC argumenta que si una EPS decide prestar servicios NO POS atenta contra la libre competencia, afirmación que -según HUMANA VIVIR- atenta contra la jurisprudencia constitucional que ha dicho en reiteradas ocasiones que el POS es el mínimo a lo que está obligado la EPS a prestar y que en ningún caso está

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

prohibido cubrir una prestación mayor a este mínimo. Razón por la cual el hecho de que una EPS preste servicios NO POS, sin acudir a trámites posteriores no puede calificarse de irregular y de violatorio del derecho a la libre competencia, ya que prestar servicios POS de manera rápida sin que el usuario acuda a la tutela o a otro procedimiento no constituye incumplimiento del contrato de delegación Estado-EPS así como tampoco un quebrantamiento al derecho de la competencia.

De igual forma, HUMANA VIVIR efectúa consideraciones respecto de cada uno de los cargos que le fueron imputados y sancionados. Sin embargo, algunos de los argumentos presentados en el presente acápite ya habían sido referidos por HUMANA VIVIR anteriormente, por este motivo solo se resumirán aquellos que no hayan sido relacionados de manera previa en el presente numeral.

Respecto de la **conducta restrictiva del consenso**, HUMANA VIVIR critica que esta Superintendencia evalúa la conducta como un todo generalizado y no individualizado como debería realizarse, y en este sentido refiere que no hay prueba en concreto que determine que HUMANA VIVIR individualmente observada, asistió y consintió las decisiones que pudieron adoptarse en las reuniones de ACEMI.

De otro lado, manifiesta que no entiende por qué la SIC insiste en afirmar que las EPS compiten en coberturas, cuando es claro que las coberturas están definidas en los planes de beneficios del POS, debidamente reglamentadas, pues en materia de POS no existen coberturas disímiles y las EPS no pueden crear coberturas que no estén previamente señaladas en la Ley o el reglamento.

Por su parte, frente a la **conducta constitutiva de la afectación a la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud**, HUMANA VIVIR afirma que no existen pruebas que demuestren que hubiera celebrado acuerdos que tuvieran por objeto faltar a la debida transparencia del mercado de aseguramiento en salud. Señala que el hecho de que una EPS conozca la información respecto del número de usuarios atendidos y el tipo de prestaciones que se autorizaron no es factor para determinar condiciones de mercado de no competencia, toda vez que las EPS no compiten en el mercado con las prestaciones y servicios, porque tales prestaciones se encuentran determinadas en el POS.

Manifiesta igualmente que la recolección de información por parte de la asociación no es óbice para determinar que existió falsedad, ocultamiento o falta de transparencia, ya que dicha gestión es avalada por el mismo ente regulador, e independientemente de ello esta Superintendencia no probó que HUMANA VIVIR hubiera enviado información a la agremiación, así como tampoco existe prueba de que los informes anuales que rinde HUMANA VIVIR al MPS no correspondan a la realidad de los costos de los servicios de salud o que estos informes tengan una diferencia significativa, con respecto a los investigados.

Señala que las EPS podrían incurrir en actos que quebranten la libre competencia si no cobran copagos o cuotas moderadoras, pero que negar servicios incluidos en el POS no constituye competencia desleal sino una conducta sancionable por la

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

Superintendencia Nacional de Salud. Asimismo, señala que cubrir servicios NO POS no constituye una conducta que atente contra la libre competencia.

Reitera que la EPS solo recibe la UPC por cada afiliado, pero este valor tampoco es de propiedad de la EPS, pues sigue perteneciendo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, puesto que tienen que ser destinado exclusivamente a los gastos de administración y a cubrir los gastos de servicios de salud y sobre ello debe rendir cuentas claras a la Superintendencia Nacional de Salud.

Concluye señalando que fue intervenida administrativamente por la Superintendencia Nacional de Salud, entre los periodos investigados por la SIC, sin que se hubiera encontrado un desbalance financiero o de servicio que permita inferir que no era clara con los datos que transmitía a los entes de control o que faltara a la transparencia en el mercado de aseguramiento.

Finalmente, en relación con la **conducta constitutiva del intento de fijar de manera indirecta el precio del aseguramiento en salud**, HUMANA VIVIR indica que se debe precisar que la UPC no se cataloga como una tarifa o un precio del servicio y que la UPC corresponde al valor que anualmente reconoce el Estado por cada uno de los afiliados al sistema. Adicionalmente, aclara que HUMANA VIVIR nunca ha prestado servicios de salud de manera directa, pues nunca ha tenido ni tiene instituciones prestadoras de servicios de salud de su propiedad.

Considera que mal puede afirmar la SIC que HUMANA VIVIR participa directa o indirectamente en la fijación de las tarifas de los servicios de salud, pues que son las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (en adelante "IPS") o las empresas sociales del Estado, las que fijan las tarifas del servicio de salud, que además no están reglamentadas por el Gobierno Nacional.

Adicionalmente, señala que no es cierto que el sistema se base exclusivamente en la información remitida por las EPS y que con base en ella es que se fijan los valores de la UPC pues dicha obligación le correspondía en su momento al CNSSS y hoy a la CRES.

**4.2.7 En el caso ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad**

HUMANA VIVIR manifiesta que no existe prueba alguna que corresponda al periodo de investigación que pruebe su responsabilidad, y que en este sentido si las conductas hubieran sido anteriores al 2008, la potestad sancionatoria de la SIC ya habría caducado.

**4.3 La resolución objeto de solicitud de revocatoria directa causa un agravio injustificado a HUMANA VIVIR y al Sistema General de Seguridad Social en Salud**

La empresa solicitante de la revocatoria directa señala que no se le garantizó eficientemente el derecho a la defensa ya que la SIC, además de no tener pruebas que demuestren su responsabilidad, tampoco se pronunció respecto de los argumentos expuestos ni las pruebas aportadas durante la investigación, abarcando el análisis de la conducta de manera general, sin validar la situación específica de cada EPS.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

**QUINTO:** Que el 23 de noviembre de 2012 se puso en conocimiento del Superintendente de Industria y Comercio, Dr. PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO, que HUMANA VIVIR había presentado una solicitud de revocatoria directa en contra de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, por medio de la cual se impusieron unas sanciones administrativas.

**SEXTO:** Que mediante comunicación radicada con el No. 12-213030 del 23 de noviembre de 2012, dirigida al Ministro de Comercio Industria y Turismo, Dr. SERGIO DÍAZGRANADOS GUIDA, el Superintendente de Industria y Comercio se declaró impedido para conocer y decidir todos los asuntos que tuviera que atender en ejercicio de sus funciones como Superintendente de Industria y Comercio, en relación con la actuación administrativa radicada con el No. 09-21413, en la que se profirió la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, *"por la cual se imponen unas sanciones"*.

**SÉPTIMO:** Que mediante Resolución No. 6070 del 20 de diciembre de 2012, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo resolvió aceptar el impedimento manifestado por el Superintendente de Industria y Comercio, Dr. PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO, para conocer de todos los asuntos que en su condición de Superintendente deba atender en relación con la actuación administrativa radicada con el No. 09-21413.

**OCTAVO:** Que mediante Decreto No. 0076 del 23 de enero de 2013, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo designó al Superintendente de Sociedades, Dr. LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA, como Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc para conocer de cualquier asunto relacionado con la actuación administrativa radicada con el No. 09-21413.

**NOVENO:** Que mediante comunicación radicada con el No. 09-21413-1374-1 del 21 de marzo de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio remitió el expediente radicado con el No. 09-21413a la Superintendencia de Sociedades para que el Dr. LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA, en su calidad de Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc, procediera a resolver la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, así como cualquier otro asunto relacionado con dicha actuación administrativa.

**DÉCIMO:** Que de acuerdo con lo establecido en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 corresponde al Superintendente de Industria y Comercio *"[d]ecidir los recursos de reposición y las solicitudes de revocatoria directa que sean interpuestos contra los actos que expida (...)"*.

Así las cosas, una vez analizados los argumentos de HUMANA VIVIR, este Despacho procede a resolver la solicitud de revocatoria directa en contra de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, exponiendo en primera medida la procedencia de la presente solicitud de revocatoria directa, para de manera posterior dar respuesta a cada uno de los argumentos expuestos por el solicitante

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

**10.1 Procedencia de la solicitud de revocatoria directa en contra de la Resolución No. 46111 de 2011 por parte de HUMANA VIVIR**

De conformidad con lo manifestado por HUMANA VIVIR, en este caso la solicitud de revocatoria directa es procedente por cuanto se configuran los presupuestos jurídicos consignados en los artículos 93 y 94 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que, (i) si bien presentó en su momento recurso de reposición en contra de la Resolución de sanción, el mismo fue rechazado por extemporáneo, (ii) la Resolución de sanción contraría gravemente la constitución y la ley -según la posición de la investigada- y (iii) la Resolución de sanción se encuentra ejecutoriada y HUMANA VIVIR no instauró ninguna acción contenciosa administrativa en contra de dicho acto administrativo.

**10.1.1 Entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011**

Frente a la manifestación del solicitante, esta Superintendencia encuentra necesario efectuar algunas consideraciones respecto de la aplicación de la Ley 1437 de 2011, su entrada en vigencia, el régimen de transición de las disposiciones contenidas en el referido cuerpo normativo y la procedencia de evaluar la presente solicitud de revocatoria bajo las mismas, como se expone a continuación:

En ese sentido, el artículo 308 de esta Ley señala:

*"Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.*

*Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior."*

En virtud del contenido de la norma transcrita, este Despacho encuentra que a la solicitud de revocatoria directa presentada por HUMANA VIVIR no le son aplicables las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, sino que la misma debe tramitarse y decidirse con fundamento en el Decreto 01 de 1984 -antiguo Código Contencioso Administrativo-. Lo anterior, por cuanto la investigación que fue adelantada por esta Superintendencia no solo inició con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, sino que incluso los recursos interpuestos en la actuación administrativa fueron decididos con anterioridad a tal fecha (21 de noviembre de 2011).

Como se deriva claramente de lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, las normas contenidas en ella sólo resultan aplicables a aquellas actuaciones que la Superintendencia de Industria y Comercio inició en fecha posterior al 2 de julio de 2012. En consecuencia, aquellas quejas, averiguaciones preliminares o investigaciones que se iniciaron en fecha anterior a la señalada por en el citado artículo continuarán rigiéndose por lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984 (en adelante, "C.C.A.")

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

De acuerdo con lo expuesto, la solicitud de revocatoria presentada por HUMANA VIVIR será resuelta de conformidad con las normas contenidas en el C.C.A.

**10.1.2 Naturaleza de la acción de revocatoria directa**

Una vez establecido el régimen aplicable para resolver la presente solicitud de revocatoria, este Despacho procede a exponer la naturaleza de la revocatoria directa para luego establecer si en el presente caso la misma es procedente. Así, el artículo 69 del C.C.A dispone:

*"Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:*

- 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
- 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
- 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona".*

La norma antes transcrita, faculta a la autoridad administrativa a revocar sus propios actos cuando concurren determinadas circunstancias previamente definidas por el legislador, a saber: cuando el acto administrativo sea manifiestamente opuesto a la Constitución Política o a la Ley, cuando el acto administrativo no esté conforme con el interés público o social o atenten contra él, y cuando el acto administrativo cause un agravio injustificado a una persona.

Como quiera que el acto administrativo es por naturaleza irrevocable, pues goza de presunción de legalidad, con el fin de que proceda la revocatoria directa será necesario que se configure cualquiera de las causales referidas en el artículo 69 del C.C.A, y se cumplan los demás supuestos establecidos en las normas aplicables, cuya existencia en el caso concreto se analizará posteriormente en el presente acto administrativo.

**10.1.3 Procedencia y oportunidad de la solicitud de revocatoria directa en el caso concreto**

Además de las causales que exige el artículo 69 del C.C.A., para que resulte procedente la revocatoria directa de un acto administrativo es necesario que el interesado no haya interpuesto los recursos procedentes en la vía gubernativa. En efecto, el artículo 70 del mismo cuerpo normativo establece:

*"Improcedencia. No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos respecto de los cuales el petitionerario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa".*

A efectos de realizar una interpretación de la norma, es pertinente señalar cuáles son los recursos de la vía gubernativa, que corresponden a los listados en el artículo 50 del C.C.A:

*"Artículo 50. Recursos en la vía gubernativa. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:*

mem

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

1. *El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque.*
2. *El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.*

*No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.*

3. *El de queja, cuando se rechace el de apelación (...)*".

En virtud de lo anterior, no procede la solicitud de revocatoria directa de los actos administrativos, respecto de los cuales el peticionario o solicitante de la revocatoria hubiera interpuesto recurso de (i) reposición, (ii) apelación o (iii) queja. En ese sentido, el artículo 70 consagra de manera clara e inequívoca la improcedencia o imposibilidad para el administrado, de solicitar la revocatoria respecto de aquellos actos administrativos contra los cuales hubiese interpuesto los recursos ordinarios de la vía gubernativa. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

**"1. La revocación directa de un acto administrativo no podrá operar si se han ejercitado los recursos de la vía gubernativa, conforme lo estatuye el art. 70 ibídem, lo cual pone de presente la incompatibilidad que existe entre ellos. 2. Los recursos gubernativos se deciden a solicitud de parte del afectado; la revocación directa puede proceder a petición de parte o de oficio. 3. La revocación directa puede operar en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre que en este último caso no se haya proferido auto admisorio de la demanda; los recursos de la vía gubernativa deben interponerse dentro de los (5) cinco días siguientes a la notificación personal o por edicto, o a la publicación del acto objeto de los mismos. 4. La revocación directa procede, por regla general, contra toda clase de actos generales o particulares; en tanto que la vía gubernativa no procede contra actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución, salvo las excepciones que consagre la ley. 5. La Revocación Directa se puede pedir ante el mismo funcionario que expidió el acto o su inmediato superior; mientras los recursos gubernativos solamente se pueden intentar así: el de reposición ante el mismo funcionario que expidió el acto y los de apelación y queja ante el inmediato superior. 6. La revocación directa sólo procede cuando se dan las causales previstas en el Art. 69 del Código Contencioso Administrativo, mientras en la vía gubernativa se pueden impugnar los actos por cualquier clase de inconformidad. 7. La revocación directa de los actos de carácter particular está sujeta a normas especiales contenidas en los Arts. 73 y 74 ibídem; en tanto que en la vía gubernativa no hay restricción alguna"**<sup>9</sup>. (Negrilla fuera de texto original)

Frente al caso concreto, HUMANA VIVIR presentó recurso de reposición en contra de la Resolución de sanción el 21 de septiembre de 2011. Dicho recurso fue rechazado por extemporáneo mediante la Resolución No. 65116 del 21 de noviembre de 2011 por

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 23 de noviembre de 1992, Exp. 1856.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición. Así las cosas, el rechazo del recurso de reposición se produjo en aplicación del artículo 53 del C.C.A., toda vez que el Despacho verificó que el plazo que tenía HUMANA VIVIR para presentar el correspondiente recurso de reposición vencía el 19 de septiembre de 2011, puesto que el término de 5 días que se tiene para presentar los recursos se cuenta a partir de la fecha de desfijación<sup>10</sup> del edicto de notificación que para el caso de HUMANA VIVIR tuvo lugar el 12 de septiembre de 2011.

Ahora bien, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que en los casos en los que la administración rechaza el recurso de reposición por extemporáneo, el mismo se tiene como no interpuesto. En efecto, el Consejo de Estado ha indicado que:

"(...)

*Según el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el 62 ibídem, la vía gubernativa se entiende agotada cuando contra el acto administrativo no proceda recurso alguno; los recursos interpuestos se resuelvan; o cuando el acto administrativo queda en firme por no interponer los recursos de reposición o de queja, que no son necesarios.*

(...)

*Significa lo anterior que el recurso se presentó sin las formalidades legales, lo cual impidió a la administración pronunciarse de fondo frente al asunto discutido y revisar su decisión, y si era del caso, revocarla, modificarla o aclararla antes de que fuera objeto de estudio en vía judicial. **No basta con la interposición del recurso de reconsideración para que se entienda agotada la vía gubernativa, sino que dicho recurso sea resuelto por la administración, de manera que, como se indicó, se refiera al tema debatido y no como ocurrió en este caso en el que se inadmitió el recurso por extemporáneo (...)**Se concluye que ante la falta de resolución del recurso de reconsideración no puede entenderse agotada la vía gubernativa en debida forma, por lo que el segundo presupuesto de procedibilidad no se cumple, lo que releva del estudio del requisito de caducidad de la acción"<sup>11</sup>(Negrilla fuera de texto original)*

Así las cosas, como quiera que el recurso de reposición interpuesto por la EPS HUMANA VIVIR fue rechazado por extemporáneo, **se tiene el mismo como no interpuesto**, razón por la cual este Despacho entiende que se cumple el requisito exigido por el artículo 69 del C.C.A. que señala que no podrá presentarse la solicitud de revocatoria directa de los actos administrativos de los cuales el peticionario haya ejercitado los recursos de la vía gubernativa, toda vez que en el presente caso, se entiende, de conformidad con lo manifestado por la jurisprudencia, que el rechazo del recurso de reposición por extemporáneo hace que el mismo se tenga como no interpuesto, es decir, se entiende que HUMANA VIVIR no ejercitó los recursos de la vía

<sup>10</sup> Es importante señalar que en estos casos el término de fijación del edicto es de 3 días, de acuerdo con lo señalado en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto del 15 de julio de 2010, Radicación No. 13001-23-31-000-2007-00675-01(18218). Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

gubernativa, ya que la administración no resolvió de fondo las cuestiones presentadas en el mismo.

De otro lado, en lo que respecta a la oportunidad para presentar la respectiva solicitud de revocatoria directa, el artículo 71 del C.C.A. establece:

***"Artículo 71. Oportunidad. La revocación directa podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda.***

*En todo caso, las solicitudes de revocación directa de los actos administrativos de contenido general y las que se refieran a aquellos de contenido particular y concreto en relación con los cuales no se haya agotado la vía gubernativa o no se haya admitido la demanda ante los tribunales contencioso administrativos dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación". (Negrilla fuera de texto original)*

Según el texto de la norma antes transcrita la oportunidad para presentar la solicitud de revocatoria podrá efectuarse en cualquier tiempo, aun cuando los actos administrativos se encuentren en firme, a menos que se haya admitido demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa en contra de los mismos. Frente al particular, cabe anotar que la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011 se encuentra ejecutoriada desde el 2 de diciembre de 2012. De igual forma, este Despacho verificó que HUMANA VIVIR no ha instaurado ninguna acción contencioso administrativa en contra de la citada Resolución. En razón a la anterior, la presentación de la solicitud de revocatoria que hoy es objeto de estudio fue presentada en la oportunidad correspondiente por parte del solicitante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del C.C.A.

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta la normatividad vigente para resolver la presente solicitud de revocatoria, este Despacho procede a estudiar los fundamentos de derecho que sustentan la misma.

**10.2 Frente a la manifiesta oposición de la Resolución de sanción a la Constitución Política**

HUMANA VIVIR presenta diversos argumentos según los cuales la Resolución de sanción se encuentra en manifiesta oposición a la Constitución Política: el quebrantamiento del derecho al debido proceso por desconocimiento de principios constitucionales, el quebrantamiento al debido proceso por insuficiente motivación del acto administrativo, el quebrantamiento al debido proceso por omitir la debida valoración probatoria y el quebrantamiento al derecho a la libre asociación. A continuación, este Despacho procede a dar respuesta a cada una de las consideraciones efectuadas por HUMANA VIVIR.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

**10.2.1 Del quebrantamiento del derecho al debido proceso por desconocimiento de principios constitucionales**

HUMANA VIVIR refiere en la solicitud de revocatoria, que con la Resolución de sanción se violó su derecho al debido proceso ya que la misma desconoció varios principios constitucionales, a continuación este Despacho procede a evaluar los argumentos expuestos frente a cada uno de los principios que presuntamente fueron violados con la expedición del acto administrativo sancionatorio.

• **Frente al principio de legalidad, de reserva de ley y de tipicidad**

HUMANA VIVIR señala que con la expedición de la Resolución de sanción se viola el principio de legalidad, toda vez que la infracción administrativa así como la correspondiente sanción deben estar señaladas taxativamente en la Ley y, en el presente caso, respecto de los dos cargos que se le imputan a HUMANA VIVIR, la Superintendencia cita el Decreto 1663 de 1994 sin hacer mención alguna a la norma con rango de Ley que consagra la infracción administrativa que se le imputa ni a la correspondiente sanción, quebrantando así su derecho de defensa. Indica que el citado decreto no tiene rango de Ley por tratarse de un decreto reglamentario y que en ese caso ni la definición de la conducta, ni de la sanción puede ser delegada en la autoridad administrativa pues ello es de reserva legal.

Adicionalmente, manifiesta que este principio es corolario del principio de legalidad. Conforme al mismo, la infracción y la correspondiente sanción tienen que estar descritas con toda claridad y precisión en una norma de rango de Ley, y con la expedición de la Resolución de sanción se quebranta este principio porque se cita como norma infringida el Decreto 1663 de 1994 el cual no tiene jerarquía de Ley de la República.

Para reforzar su argumento cita apartes de providencias de la Corte Constitucional (Sentencia C-099 de 2003, SU-1010 de 2008) indicando que su contenido es de cumplimiento obligatorio pues las autoridades que tienen la potestad sancionatoria tienen la obligación de señalar la infracción administrativa y la correspondiente sanción, y en el acto administrativo objeto de la presente revocatoria no se indica la Ley que contempla la infracción administrativa.

Respecto de este argumento presentado por la EPS, es pertinente que este Despacho efectúe ciertas consideraciones en relación con la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como del alcance del principio de legalidad, el de reserva de ley y el de tipicidad en materia administrativa sancionatoria, para de manera posterior hacer referencia a las normas aplicables a la investigación que se adelantó y a través de la cual se encontró responsable a HUMANA VIVIR por haber realizado prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de aseguramiento en salud del régimen contributivo.

Debe tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico colombiano establece la posibilidad al legislador de otorgar la facultad de imponer sanciones tanto a las autoridades administrativas, como a los particulares que ejerzan funciones públicas. Se

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

permite entonces que se impongan sanciones administrativas por la comisión de conductas que se encuentren en contra de las finalidades sociales del Estado, en este caso en particular, otorgar la facultad de sancionar conductas que se encuentren en contra de la libre competencia en los mercados, protegida constitucionalmente en el artículo 333<sup>12</sup> de la Carta Política, y considerada como de interés general.

Así las cosas, la posibilidad de otorgar a una entidad administrativa la facultad de imponer sanciones debe estar contenida expresamente en la Ley, que para el caso de esta Entidad, es una facultad que estableció el Decreto Ley 2153 de 1992<sup>13</sup>, que establece como funciones del Superintendente de Industria y Comercio las de imponer sanciones a las personas jurídicas y naturales por la violación de normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, entre otras.

En efecto, los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992<sup>14</sup> establecen:

*"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

*(...)*

**15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la**

<sup>12</sup> *"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

***La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.***

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.*

*El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

***El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.***

*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". (Negrilla fuera de texto original)*

<sup>13</sup> Modificado y adicionado por la Ley 1340 de 2009, a su vez modificado y adicionado por el Decreto 019 de 2012. Ténganse en cuenta que para la imposición de las sanciones contenidas en la Resolución No. 46111 de 2011 se aplicó el Decreto 2153 de 1992, toda vez que dicho Decreto era la norma vigente al momento de analizar las conductas objeto de reproche, razón por la cual se dio aplicación al numeral 2 del artículo 38 de la Ley 153 de 1887 según el cual:

*"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.*

*Exceptúense de esta disposición:*

*(...) 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido."*

<sup>14</sup> Modificados por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

sanción, por violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

(...)

**16. Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas a que alude el presente decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional. (...)** (Negrilla fuera de texto original)

De conformidad con las normas transcritas, la Ley estableció en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio la imposición de sanciones pecuniarias a los administrados -ya sean personas jurídicas o personas naturales- que lleven a cabo prácticas restrictivas de la competencia o cualquier otra conducta que atente contra la libre competencia en los mercados. Así las cosas, este Despacho entiende que las funciones que le fueron otorgadas a esta Superintendencia corresponden a una manifestación del poder punitivo del Estado. Frente al particular, la Corte Constitucional ha señalado que:

*"(...)En este escenario, la potestad sancionadora de la Administración consiste en la facultad de imponer sanciones de tipo correctivo y disciplinario, **encaminada a reprimir la realización de acciones u omisiones antijurídicas en las que incurren tanto los particulares como los funcionarios públicos, que surge como un instrumento eficaz para facilitar el ejercicio de las funciones públicas y un medio para asegurar la consecución de los fines estatales.***

*De acuerdo con la doctrina ius publicista, ella se explica por cuanto "si el órgano está facultado normativamente para imponer un mandato, o regular una conducta en servicio del interés público, su incumplimiento implica que ese órgano tiene la atribución para lograr la garantía del orden mediante la imposición de los castigos correspondientes.", por lo que la posibilidad de que la Administración exija el acatamiento de las decisiones que adopta y esté facultada para imponer sanciones como consecuencia de su incumplimiento, resulta ser un importante mecanismo a través del cual se garantiza la efectividad de las mismas y la satisfacción del interés público (...)"<sup>15</sup>(Negrilla fuera de texto original)*

A su vez, la Corte Constitucional también ha considerado que la facultad sancionatoria de la administración pública reviste diferencias respecto de las demás especies del derecho sancionador tales como el derecho penal, el derecho de punición por impunidad política o el derecho contravencional, por cuanto:

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia de unificación SU-1010 de 2008.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

"(...)

(i). *La actividad sancionatoria de la Administración "persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública a los que alude el artículo 209 de la Carta (...)"*.

(ii). *La sanción administrativa, constituye la "respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la Administración (...)"*.

(iii). *Dicha potestad, se ejerce "a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que no obstante ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente."*

(iv). *En relación con la sanción aplicable, "dentro del ámbito sancionador administrativo cabe destacar la aceptación de la interdicción de las sanciones privativas de la libertad, la instauración de la multa como sanción prototípica y la necesaria observancia de un procedimiento legalmente establecido."*

(v). *Y, finalmente, "la decisión sancionatoria adoptada por la Administración está sujeta a control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo".*

*A su vez, dicha potestad comprende dos modalidades: (i) la disciplinaria, que se ejerce frente a la comisión de conductas antijurídicas en las que incurran los servidores públicos o aquellas personas que, sin tener tal calidad, han sido habilitadas para ejercer transitoriamente funciones públicas y (ii) la correccional, que se aplica a los particulares que infringen las obligaciones y restricciones que se les han impuesto, por ejemplo, en materia contractual, financiera, de tránsito, fiscal, etc.(...)"<sup>16</sup> (Negrilla fuera de texto original)*

En ese sentido, la potestad punitiva de la administración busca la efectiva consecución de los fines estatales, a través de la imposición de sanciones derivada de la inobservancia de los deberes y obligaciones a los cuales se encuentran sujetos los administrados, previa la existencia de un procedimiento legalmente establecido, y que además se encuentra sujeto al control judicial de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, la potestad sancionatoria de la administración pública, en este caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, se encuentra subordinada al cumplimiento de normas de rango constitucional, tales como el respeto al derecho al debido proceso que se encuentra cabeza los sujetos sometidos al control y vigilancia de esta Entidad. Es así como, cuando quiera que la Superintendencia pretenda desplegar sus facultades de tipo sancionatorio debe garantizar que el procedimiento por medio del cual se ejerza dicha potestad se enmarque en el derecho al debido proceso que se encuentra en

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia de unificación SU-1010 de 2008.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

cabeza de los administrados. Para el caso de esta Entidad, el procedimiento para la investigación de prácticas restrictivas de la competencia se encuentra establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1993<sup>17</sup> y, aquellas materias que no son reguladas por las normas de carácter especial serán suplidas por las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil.

Al respecto la Corte Constitucional ha establecido:

"(...)

*Las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona en contra de quien se sigue el procedimiento tienen por objeto proteger los derechos constitucionales del individuo y, al mismo tiempo, limitar la potestad sancionadora del Estado. Por tal razón, la Constitución establece que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (art. 29 C.P.). **No obstante lo anterior, en relación con el procedimiento administrativo sancionador dichas garantías se aplican con unos matices especiales.***

*En efecto, esta Corporación ha establecido de manera reiterada que mientras en el derecho penal las garantías del debido proceso tienen su más estricta aplicación, ya que en éste no solamente se afecta el derecho fundamental a la libertad sino que, además, sus mandatos se dirigen a todas las personas, **en otros ámbitos sancionatorios su aplicación es atenuada en razón de la naturaleza de la actuación, de los fines que se persiguen con ella y del hecho de que sus normas operan en ámbitos específicos, actividades o profesiones para las que se han establecido determinados deberes especiales.***

*Así las cosas, la actuación requerida para la aplicación de sanciones de esta naturaleza está subordinada a las reglas del debido proceso administrativo, que tiene unas características especiales que le son propias a la Administración Pública (...)"<sup>18</sup> (Negrilla fuera de texto original)*

De conformidad con lo anterior, en el procedimiento administrativo en el que se llegue a presentar la imposición de una sanción, se debe garantizar y respetar el derecho constitucional del debido proceso de los administrados, teniendo en cuenta que la aplicación de los principios de legalidad, reserva de ley y tipicidad si bien son exigibles, su aplicación no es tan estricta como en el derecho penal.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha manifestado que la aplicación del principio de legalidad tiene una aplicación más flexible en el procedimiento aplicado por la administración:

*"(...) la legalidad significa específicamente que tanto la conducta como la sanción misma deben estar predeterminadas; en este sentido, es necesario que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y que ésta contenga una descripción precisa de la acción u omisión objeto de reproche y de la sanción que ha*

<sup>17</sup> Modificado y adicionado por la Ley 1340 de 2009 y por el Decreto 019 de 2012.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia de unificación SU-1010 de 2008.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*de imponerse. No obstante, debe recordarse que en materia administrativa esta garantía, así como todas aquellas que hacen parte del derecho al debido proceso, tienen una aplicación más flexible, en atención a las características especiales que presenta la Administración Pública (...)*<sup>19</sup> (Negrilla fuera de texto original)

Por su parte, frente al principio de reserva de ley en materia de derecho sancionador de la administración la jurisprudencia ha indicado:

*"(...) la reserva de ley como principio fundante del ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria implica que sólo el legislador puede otorgar dicha prerrogativa y establecer los elementos fundamentales que determinarán su ejercicio. Sin embargo, en el cumplimiento de dicha función el legislador no es absolutamente libre, como no puede serlo el ejercicio de ningún poder en un Estado Social de Derecho; en este sentido, también la definición de una conducta sancionable debe respetar los mandatos establecidos en el Texto Superior y las garantías reconocidas a través de los tratados internacionales, los cuales limitan el ejercicio de la potestad de configuración legislativa.*

***No obstante, debe señalarse que en materia de derecho sancionador por ley no solamente debe entenderse la norma que expide el legislador ordinario sino también la que profiere el Gobierno (...)***<sup>20</sup> (Negrilla fuera de texto original)

A su vez, el Consejo de Estado se ha pronunciado frente al ejercicio de la competencia reglamentaria del Gobierno Nacional, así:

*"(...) la potestad es una función administrativa en cabeza del Gobierno, indispensable para la correcta y cumplida ejecución de las leyes, y que dentro los parámetros trazados para su cabal ejercicio, entre otros, se encuentran:*

- *Entre mayor sea el detalle con que el legislador haya regulado la materia, menos resulta necesaria la reglamentación de la ley. Al contrario, habría una competencia material más amplia en poder del gobierno, cuando la ley omite establecer todas o las suficientes disposiciones para su ejecución.*
- *El reglamento debe sumisión a la ley reglamentada, tanto que no podrá restringir o extender su alcance, ni crear situaciones, u ordenamientos no previstos en ésta.*
- *El reglamento no puede contradecir la norma reglamentada, sino hacerla más entendible y de fácil aplicación(...)*<sup>21</sup>

En consecuencia, es posible que el Gobierno reglamente o desarrolle el contenido general de una prohibición contenida en una ley, con el fin de que se dé el cumplimiento de la misma sin exceder el contenido de la misma y mucho menos contradecirla.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia de unificación SU-1010 de 2008.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia de unificación SU-1010 de 2008.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 3 de diciembre de 2007.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

Finalmente, la jurisprudencia también se ha pronunciado respecto del principio de tipicidad en materia sancionatoria así:

***"(...) como quiera que las infracciones en materia sancionatoria administrativa son variadas y diversas, además de que en ocasiones responden a criterios de carácter técnico o especializado, no sería posible exigirle al legislador que determine con absoluta precisión y detalle todos los elementos del tipo. Por esta razón, la aplicación matizada de este principio implica que el legislador debe señalar los elementos básicos para delimitar la prohibición, sin que le sea exigible la definición de todos y cada uno de los aspectos de la falta"***

*Sin embargo, la flexibilidad del principio de legalidad no significa que se permita la arbitrariedad de la Administración en la imposición de las sanciones, por lo que en todo caso la ley deberá establecer, como mínimo, los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, así como la sanción que será impuesta o los criterios para determinarla con claridad (...)"<sup>22</sup> (Negrilla fuera de texto original)*

En conclusión, cuando se trata del ejercicio del *ius puniendi* por parte de la administración-en este caso por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio-, la aplicación de los principios de legalidad, reserva de ley y tipicidad resultan tener una aplicación más flexible, sin que dicha aplicación flexible implique que esta Entidad tenga la posibilidad de obviarlos o restringirlos injustificadamente. En razón a lo anterior, son equivocados los argumentos de HUMANA VIVIR, según los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio violó los principios de legalidad, reserva de ley y tipicidad con la expedición de la Resolución de sanción, ya que según el solicitante esta Entidad en ningún momento indicó las normas con rango de ley que contenían la infracción a las normas de competencia, así como tampoco la norma que contenía la sanción que se impuso como consecuencia del juicio de responsabilidad que se efectuó en la referida Resolución de sanción.

Como se mencionó en líneas anteriores, la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de competencia, se encuentra facultada para ejercer el control y vigilancia de las actuaciones que desarrollan los diferentes agentes que participan en los mercados, facultad que le permite iniciar las investigaciones que considere pertinentes, de oficio o a petición de parte, cuando tenga conocimiento de la existencia de la presunta comisión de conductas que infrinjan el régimen legal de competencia en los diferentes mercados, investigación que puede culminar con el cierre de la respectiva investigación o con la imposición de sanciones pecuniarias establecidas en la ley a cada uno de los agentes investigados, ya sean personas jurídicas o naturales, sanción que es impuesta por el Superintendente de Industria y Comercio.

Es así como, en atención al procedimiento especial para este tipo de actuaciones - contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1993, modificado y adicionado por la Ley 1340 de 2009, a su vez adicionada y modificada por el Decreto 019 de 2012-, la

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia de unificación SU-1010 de 2008.

MEP

RESOLUCIÓN NÚMERO 00023471 DE 2013 Hoja N°. 36

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

Superintendencia se encarga de adelantar la correspondiente investigación administrativa por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia, garantizando a los investigados el derecho al debido proceso, otorgándoles la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, presentando las pruebas y los argumentos que consideren pertinentes en ejercicio del mismo, a efectos de que al final de dicho procedimiento se tome una decisión por parte de esta Entidad respecto de cada uno de los hechos y conductas que son investigadas en atención a las normas procesales aplicables.

Adicionalmente, los sujetos objeto de investigación desde el momento procesal en que son notificados de la resolución de apertura de investigación, conocen no sólo los hechos que dan lugar a la investigación, sino que además conocen de forma específica la prohibición que se les imputa estar infringiendo, de conformidad con los supuestos de hecho que contienen cada una de las prohibiciones y que se han establecido en el régimen de competencia colombiano a manera de tipos.

Así las cosas, el régimen de competencia nace de forma general, como un valor constitucional previsto en el artículo 333 de la Carta Política. En lo que se refiere de forma particular a las prácticas restrictivas de la competencia, el legislador estableció una cláusula general de protección de la competencia que se encuentra contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la cual prohíbe la realización de acuerdos que tengan por objeto o como efecto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, cualquier práctica, procedimiento o sistema que limite la libre competencia o mantener o determinar precios inequitativos.

Además de la cláusula general de protección de la competencia, los artículos 46, 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, establecen que se encuentra prohibida la celebración de acuerdos restrictivos de la competencia, la comisión de actos contrarios a la libre competencia, así como la realización de conductas que constituyan abuso de la posición dominante de una empresa en un mercado y sanciona a los mismos por tener objeto ilícito. Cabe anotar que cada uno de estos artículos lista en la forma de prohibiciones -a manera de tipos-, las posibles conductas que pueden llegar a ser cometidas por los agentes de un mercado y que resultan ser restrictivas de la libre competencia.

Por su parte, en lo referente a la libre y leal competencia dentro del Sistema de Salud en Colombia, debe tenerse en cuenta que el párrafo 2 del artículo 183 y el artículo 185 de la Ley 100 de 1993, establecieron de forma general un conjunto de comportamientos considerados como restrictivos de la competencia al interior de dicho sector.

A su vez, el Decreto 1663 de 1994 que reglamentó los artículos antes mencionados, estableció una cláusula general de competencia en su artículo 3, en desarrollo de la prohibición general consagrada en la Ley 155 de 1959, el cual dispone que se encuentran prohibidos *los acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los*

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*servicios de salud*". El mismo artículo hace extensiva la aplicación de esta norma a las EPS, IPS, a los profesionales de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales y a las personas naturales o jurídicas que participen en dicho mercado.

Por su parte, los artículos 5, 6 y 8 del mencionado Decreto, consagran de manera especial para el sector de la salud la prohibición de realizar acuerdos restrictivos de la competencia, la comisión de actos contrarios a la libre competencia, así como las conductas que constituyan abuso de la posición dominante de una empresa en el mercado de los servicios de salud, cada artículo, al igual que en el Decreto 2153 de 1992, desarrollan -a manera de tipos-, las diferentes conductas que se consideran prohibidas y que pueden afectar el régimen de libre competencia en el sector de la salud, prohibiciones en las que se encuadran los hechos que se investigan por esta Superintendencia y que son imputados a los diferentes agentes del mercado mediante la respectiva resolución de apertura de investigación.

Ahora bien, en lo que respecta al caso concreto, vale anotar que la Resolución de sanción objeto de la presente solicitud de revocatoria, declaró responsable a HUMANA VIVIR de la realización de prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de aseguramiento en salud del régimen contributivo, al haber infringido lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994, así como de haber infringido lo establecido en los numerales 1, 8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, conductas que habían sido imputadas mediante la Resolución de apertura de investigación No. 10958 del 6 de marzo de 2009.

Las referidas normas establecen,

"(...)

**ARTICULO 3o. PROHIBICIÓN GENERAL A LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.** *De conformidad con lo previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992, el Decreto - ley 1298 de 1994 y con lo establecido en el presente Decreto, están prohibidos todas los acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito.*

*Serán aplicables a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2.153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen.*

(...)

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

**ARTICULO 5o. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.** *Se consideran contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud, entre otros, los siguientes acuerdos, convenios, prácticas o decisiones concertadas:*

*1. Los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios o tarifas.*

(...)

*8. Los acuerdos entre competidores que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de distribuir o vender un bien o de ofrecer o prestar un determinado servicio de salud, interrumpirlo, o afectar los niveles de prestación del mismo.*

(...)

*10. Los que tengan por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud (...)"(Negrilla fuera de texto original)*

Ahora bien, ya que HUMANA VIVIR refiere que se está violando el principio de legalidad, el de reserva de ley y el de tipicidad por aplicar las normas contenidas en el Decreto 1663 de 1994 y no indicar de forma específica la norma de rango de ley que contiene la infracción y la sanción, este Despacho considera relevante hacer algunas precisiones respecto del origen de las normas contenidas en el decreto mencionado.

Así, El Decreto 1663 de 1994 corresponde a un decreto por medio del cual se reglamentó el parágrafo 2 del artículo 67 y el artículo 74 del Decreto Ley 1298 de 1994 "Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema de Seguridad Social en Salud", normas que establecen:

"(...)

**ARTICULO 67. PROHIBICIONES PARA LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.** *Las Entidades Promotoras de Salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando éste garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.*

**PARÁGRAFO 1o.** *El Gobierno Nacional podrá reglamentar parámetros de eficiencia y fijar el régimen de inversión y organización de las Entidades Promotoras de Salud que no sean Prestadoras de servicios. Cuando presten simultáneamente servicios, podrá establecer límites por concepto de gastos administrativos y operativos de la actividad de promoción.*

**PARÁGRAFO 2o.** *Están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

(...)

**ARTÍCULO 74. ACUERDOS O CONVENIOS PROHIBIDOS.** *Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. La vigilancia de lo aquí previsto estará a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes (...)* (Negrilla fuera de texto original)

La expedición del Decreto Ley 1298 de 1994 se realizó en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 5<sup>23</sup> del artículo 248 de la Ley 100 de 1993 por parte del Gobierno Nacional, con el objeto de sistematizar, integrar, incorporar y armonizar en un solo cuerpo jurídico las normas vigentes en materia de salud. Así mismo, en desarrollo de las facultades otorgadas por la Constitución Política, se reglamentaron algunos artículos de las normas que fueron incorporadas en el citado Estatuto<sup>24</sup>, tal y como se refirió en líneas anteriores para el caso del párrafo 2 del artículo 67 y el artículo 74 del Decreto Ley 1298 de 1994.

De manera posterior, mediante Sentencia C-255 del 7 de junio de 1995 proferida por la Corte Constitucional, se declaró inexecutable el Decreto Ley 1298 del 22 de junio de 1994; sin embargo, la declaratoria de inexecutable de dicho decreto no afectó la validez y la vigencia de cada una de las normas que en él fueron integradas, tal y como lo afirmó dicha corporación en la referida sentencia:

*"(...) Es necesario aclarar que la declaración de inexecutable del Decreto 1298 no implica tal declaración en relación con cada una de las normas que en él fueron integradas. Estas normas, en sí mismas consideradas, conservan su validez y su vigencia, si no han sido ya declaradas inexecutables, o derogadas por una norma diferente al Decreto 1298. Lo que desaparece en virtud de la presente declaración de inexecutable es el estatuto o código que se pretendió dictar por medio del Decreto 1298 de 1994 (...)"*

En virtud de la declaratoria de inexecutable del Decreto Ley 1298 de 1994, mediante Decreto 1613 de 1995 se aclaró el Decreto 1663 de 1994 de la siguiente manera:

"(...)

**Artículo 1.** *Aclárase el Decreto 1663 del 1º de agosto de 1994, por el cual se reglamenta el párrafo 2º del artículo 67 y el artículo 74 del Decreto ley 1298 de 1994, en el sentido que este acto administrativo reglamenta el párrafo 2º del artículo 183 y el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.*

<sup>23</sup> Numeral declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-255-95 del 7 de junio de 1995, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía.

<sup>24</sup> El Decreto 1663 de 1994 reglamentó el párrafo 2 del artículo 67 y el artículo 74 del Decreto -Ley 1298 de 1994.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

**Artículo 2. Cuando se cita el Decreto 1298 de 1994 en el contenido del decreto que se aclara por medio del presente acto administrativo, debe entenderse que la norma aplicable, es la norma de origen contenida en las Ley 100 de 1993 (...)**  
(Negrilla fuera de texto original)

En consecuencia y de conformidad con el decreto aclaratorio antes referido, el Decreto 1363 de 1994 reglamenta **el parágrafo 2 del artículo 183 y el artículo 185 de la Ley 100 de 1993**, en los que se establece:

(...)

**ARTÍCULO 183. PROHIBICIONES PARA LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.** *Las Entidades Promotoras de Salud no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.*

**PARÁGRAFO 1o.** *El Gobierno Nacional podrá reglamentar parámetros de eficiencia y fijar el régimen de inversión y organización de las Empresas Promotoras de Salud que no sean prestadoras de servicios. Cuando presten simultáneamente servicios, podrá establecer límites por concepto de gastos administrativos y operativos de la actividad de promoción.*

**PARÁGRAFO 2o.** *Están prohibidos todos los acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

(...)

**ARTÍCULO 185. INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD.** *Son funciones de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente Ley.*

**Las Instituciones Prestadoras de Servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.**

*Para que una entidad pueda constituirse como Institución Prestadora de Servicios de salud deberá cumplir con los requisitos contemplados en las normas expedidas por el Ministerio de Salud.*

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*PARÁGRAFO. Toda Institución Prestadora de Servicios de Salud contará con un sistema contable que permita registrar los costos de los servicios ofrecidos. Es condición para la aplicación del régimen único de tarifas de que trata el Artículo 241 de la presente Ley, adoptar dicho sistema contable. Esta disposición deberá acatarse a más tardar al finalizar el primer año de vigencia de la presente Ley. A partir de esta fecha será de obligatorio cumplimiento para contratar servicios con las Entidades Promotoras de Salud o con las entidades territoriales, según el caso, acreditar la existencia de dicho sistema (...)" (Negrilla fuera de texto original)*

Como se puede leer de las normas anteriormente transcritas, las prohibiciones contenidas en el Decreto 1663 de 1994 se derivan de las prohibiciones en materia de competencia que la Ley 100 de 1993 estableció para las EPS, las IPS así como otros agentes que participan en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Según las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, se encuentra prohibida la realización de cualquier tipo de acuerdo o convenio, así como llevar a cabo cualquier tipo de prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. A su vez, establece que los agentes que hacen parte de este sistema deberán propender por la libre concurrencia en sus acciones, y proveer información suficiente y veraz a los usuarios, evitando conductas constitutivas de abuso de posición de dominio.

De igual forma las citadas normas disponen de manera específica, que se encuentran prohibidos todos los acuerdos o convenios entre instituciones prestadoras de servicios de salud, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Es decir que las normas contenidas en la Ley 100 de 1993, contienen de manera general la prohibición de comisión de conductas contrarias a la libre competencia en el sector salud, estableciendo un marco con elementos básicos y ciertos respecto de los sujetos objeto de la prohibición, así como elementos que permiten establecer las características de la prohibición en sí misma.

En este orden de ideas, la reglamentación del parágrafo 2 del artículo 183 y el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 a través de la expedición del Decreto 1663 de 1994, se encargó de desarrollar las materias contenidas en las referidas normas, teniendo en cuenta los lineamientos generales que para el caso estableció la Ley 100 de 1993. En consecuencia y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas hasta el momento en el presente acto administrativo, este Despacho encuentra equivocada la fundamentación de los argumentos de HUMANA VIVIR toda vez que:

- De conformidad con los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad de imponer sanciones por la violación de las normas del régimen de competencia, entre las cuales se encuentran las contenidas en el Decreto 1663 de 1994, que reglamentó el parágrafo 2 del artículo 183 y el artículo 185 de la Ley 100 de 1993, según los cuales se

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

encuentra prohibida la realización de cualquier tipo de acuerdo o convenio, así como llevar a cabo cualquier tipo de prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- La Superintendencia de industria y Comercio, mediante apertura de investigación contenida en la Resolución No. 10958 del 6 de marzo de 2009 imputó a HUMANA VIVIR de manera clara y precisa las conductas por las cuales se le inició investigación, encuadrando los hechos investigados en cada una de las prohibiciones contenidas en los numerales 1, 8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, así como la cláusula de la prohibición general contenida en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994, que como ya se anotó, reglamentaron el parágrafo 2 del artículo 183 y el artículo 185 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual HUMANA VIVIR no puede alegar una ausencia de tipificación de las conductas, mucho menos una violación al referido principio.
- No existe violación al principio de legalidad ni al de reserva de ley, por imputar y encontrar responsable a HUMANA VIVIR de cometer conductas contenidas en el Decreto 1663 de 1994, toda vez que pese a ser un Decreto reglamentario, dicha facultad del ejecutivo se encuentra permitida, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, ya que dicha reglamentación no excede el contenido general de la norma legal que reglamenta, así como tampoco se encuentra en contravía de la constitución.
- Si lo que cuestiona HUMANA VIVIR es que esta labor de interpretación de los diversos cuerpos normativos no se expuso en la Resolución de sanción, este Despacho considera que la ausencia de la misma no configura un vicio del acto administrativo sancionatorio, ya que no tiene la entidad suficiente para variar el resultado de la decisión final adoptada por esta Superintendencia.

Así las cosas, este Despacho no encuentra fundados los argumentos presentados por HUMANA VIVIR, respecto de la presunta violación de los principios de legalidad, reserva de ley y tipicidad con la expedición de la Resolución de sanción que encontró responsable a dicha EPS, y como consecuencia de dicha responsabilidad le impuso una multa en ejercicio de su facultad sancionatoria.

- **Frente al principio de tipicidad o taxatividad**

HUMANA VIVIR indica que el principio de tipicidad no sólo se quebranta cuando el legislador no determina y describe en la Ley qué comportamientos se hacen acreedores de un reproche sancionatorio de manera clara, completa e inequívoca -argumento respecto del cual ya se presentaron las consideraciones pertinentes en el presente acto administrativo-, sino que también señala que dicho principio puede quebrantarse al momento de aplicar las normas que definen las acciones e infracciones, como ocurre en los siguientes casos: (i) no existe coincidencia entre la conducta descrita por la norma y el hecho imputable al infractor, (ii) el acto administrativo no responde a una argumentación lógica que permita subsumir la conducta enjuiciada en el tipo aplicado

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

de una norma sancionatoria y (iii) cuando el acto administrativo omite señalar la norma con rango de ley que contiene la infracción y la sanción administrativa.

En este orden de ideas, HUMANA VIVIR manifiesta que nunca celebró convenios o acuerdos con otras EPS, ni participó como miembro de ACEMI en la celebración de tales acuerdos pues no existe ningún acta escrita o correo electrónico que permita demostrar dicha situación; que tampoco está demostrado que los informes que presentó al MPS se aparten de la realidad de los costos de los servicios de salud prestados por ella, así como tampoco existe prueba que permita demostrar que dichos informes son incorrectos; adicionalmente señala que la Superintendencia se equivoca al afirmar que los informes presentados ante el MPS tenían por finalidad un incremento de la UPC por encima de lo razonable, porque la realidad nacional es que el valor de la UPC fijada no alcanza, y por este motivo todas las EPS están quebradas.

Culmina su argumento manifestando que la Superintendencia para hacer su presunta tipificación de hechos confunde la persona jurídica de ACEMI con la persona jurídica de HUMANA VIVIR, ya que los hechos que le pueden ser imputables a ACEMI como persona jurídica asociativa le están siendo endilgados a HUMANA VIVIR, imponiéndole una sanción por el hecho de ser miembro asociado de ACEMI.

Como ya se expuso en líneas anteriores, las normas consagradas en el Decreto 1663 de 1994 configuran un cuerpo normativo que desarrolla y reglamenta las prohibiciones que en materia de competencia contiene la Ley 100 de 1993. En este sentido, en materia de acuerdos restrictivos de la competencia en el sector salud, el artículo 5 del Decreto 1663 de 1994 comprende 10 tipos constitutivos de acuerdos contrarios a la libre competencia, entre los cuales se encuentran aquellos que fueron imputados a HUMANA VIVIR en la resolución de apertura de la investigación.

Ahora bien, para efectuar la referida imputación de las infracciones a HUMANA VIVIR, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, "Delegatura") tuvo en cuenta los hechos que en su momento habría realizado dicha EPS y de los cuales tuvo conocimiento, para que dichos hechos fueran encuadrados en las posibles prohibiciones en las cuales habría incurrido la empresa investigada, llegando a la conclusión que las posibles conductas contrarias a la competencia que llevadas a cabo por HUMANA VIVIR correspondían a las contenidas en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994 que establece la prohibición general, así como los tipos contenidos en los numerales 1, 8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994 que establece los diferentes tipos de acuerdos restrictivos de la competencia que se pueden llegar a presentar de manera específica en el sector de la salud, además de aquellos que pueden ser encuadrados en la prohibición general.

Una vez culminada la investigación y habiéndose agotado las etapas procesales correspondientes para este tipo de investigaciones, el Superintendente de Industria y Comercio encontró responsable a HUMANA VIVIR de las conductas que le fueron imputadas. El Superintendente de Industria y Comercio encontró que existió plena coincidencia entre los hechos y las infracciones cometidas por dicha EPS, razón por la cual, este Despacho no encuentra fundamento en el argumento del solicitante, según el cual dicha coincidencia no se predica, ya que al momento de tomar la decisión final en

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

En la presente investigación, la tarea del Superintendente consistió precisamente en efectuar una valoración del acervo probatorio que había sido recaudado para así verificar si HUMANA VIVIR era o no responsable de las conductas que le fueron imputadas. Dicha labor estuvo enmarcada en todo momento en las conductas que fueron previamente imputadas, sin extender la imputación a ninguna otra infracción y atendiendo siempre a la realidad de los hechos investigados.

Otro de los argumentos de HUMANA VIVIR, según el cual se quebranta el principio de tipicidad al aplicar las normas que definen la infracción y la sanción, corresponde al hecho de que, según el solicitante, la Superintendencia omitió indicar la norma con rango de ley que contiene la infracción y la sanción administrativa por la cual fue sancionada. Respecto a dicho argumento, este Despacho reitera las consideraciones expuestas en el presente acto administrativo, en las que se ha manifestado que la Superintendencia de Industria y Comercio imputó unas infracciones de manera clara y precisa, atendiendo a las disposiciones contenidas en el Decreto 1663 de 1994 que desarrolla las prohibiciones que de carácter general contiene la Ley 100 de 1993 en materia de competencia y que su potestad sancionatoria fue conferida por la Ley, en los casos en los que esta Entidad verifique la violación de las normas pertenecientes al régimen de libre competencia.

Finalmente, HUMANA VIVIR indica que se viola el principio de tipicidad toda vez que el acto administrativo expedido por la Superintendencia no responde a una argumentación lógica que permita subsumir la conducta enjuiciada en el tipo aplicado de una norma sancionatoria. Ello, por cuanto considera que nunca celebró convenios o acuerdos con otras EPS, ni participó como miembro de ACEMI en la celebración de tales acuerdos y que los hechos que le pueden ser imputables a ACEMI como persona jurídica asociativa le están siendo endilgados a HUMANA VIVIR, imponiéndole una sanción por el hecho de ser miembro asociado de ACEMI. Frente al particular, este Despacho de manera posterior y en forma extensiva efectuará un análisis de las pruebas que encontró esta Entidad y que le permitieron establecer la responsabilidad de HUMANA VIVIR de conformidad con los hechos investigados y las conductas imputadas, sin que en dicho proceso se hubiera producido una violación al principio de tipicidad.

• **Frente a la sanción impuesta y el principio de proporcionalidad**

A lo largo del escrito de solicitud de revocatoria, HUMANA VIVIR reitera varios argumentos que se encuentran relacionados y que se refieren a la sanción impuesta y la violación al principio de proporcionalidad por parte de la Superintendencia al momento de imponerla, en razón a lo anterior, este Despacho procede a dar respuesta a los mismos en este acápite, pese a que en el escrito de solicitud de revocatoria se encuentra en diferentes partes del texto.

En primera medida, HUMANA VIVIR señala que el acto objeto de revocatoria se aparta del artículo 48 de la Constitución Política, conforme al cual los recursos de las instituciones de seguridad social no pueden destinarse a fines diferentes a ella, razón por la cual las EPS son administradoras de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud pero no pueden obtener ganancias sobre el manejo de estos recursos, ni ningún beneficio económico. Ello, en razón de que los recursos que son transferidos

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

a las EPS son considerados parafiscales, es decir, dineros públicos y no de las EPS, razón por la cual es erróneo afirmar que los recursos que recibe una EPS para gastos de administración son de su propiedad o constituyan una ganancia para ella, pues los recursos parafiscales son de destinación específica y no pueden ingresar al patrimonio de la EPS pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud.

En efecto, el régimen contributivo opera a través del aseguramiento que en forma individual ofrecen las EPS a los afiliados que libremente las eligen. Los recursos para financiar el plan de beneficios provienen básicamente de fuentes parafiscales que tanto empleados como empleadores aportan al sistema. Dichos recursos pertenecen al FOSYGA y los recaudan las EPS por delegación.

De igual forma, las aseguradoras obtienen sus ingresos mediante el reconocimiento que el sistema realiza sobre la base de una UPC o prima, reconocida por cada uno de sus afiliados. Operativamente, existe el proceso de compensación, que compara el recaudo obtenido por un núcleo familiar con base en el salario o ingresos de uno o más de sus miembros frente al valor de la UPC reconocida por todos las personas incluidas en dicho núcleo familiar. El sistema reconoce mensualmente las UPC teniendo en cuenta el recaudo efectivo de las cotizaciones. Las EPS obtienen otros ingresos por concepto de pagos que tienen como finalidad contribuir a la financiación de los servicios o regular la demanda de los usuarios por dichos servicios (estos pagos se denominan copagos y cuotas moderadoras).

Adicionalmente, obtienen ingresos por recobros que realizan frente al FOSYGA por concepto de servicios, dispositivos, medicamentos e insumos que, sin estar en el plan de beneficios, son obligados a prestar o suministrar mediante órdenes de tuteía o mediante la emisión de conceptos de comités técnico-científicos<sup>25</sup>.

Finalmente, las EPS obtienen utilidades como resultado de la actividad de aseguramiento en salud de los usuarios a los que afilian. Dichas utilidades constituyen recursos propios de las EPS. Este Despacho no considera en ningún momento que los recursos parafiscales sean de propiedad de la EPS, y comparte la posición de la Corte Constitucional, que al respecto se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*"(...) El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto. Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal. Las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a*

<sup>25</sup>Financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas. Páginas 13 y 14

mm

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. Por lo tanto no le son aplicables las normas orgánicas del presupuesto ya que el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. En consecuencia las Entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios. Ni mucho menos las EPS pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio (...)"<sup>26</sup>*

En consecuencia, este Despacho reconoce que las fuentes de ingresos y los recursos que se encuentran a cargo de las EPS son diversos, entre los que se encuentran sin lugar a duda los recursos parafiscales, así como los recursos propios y las utilidades obtenidas por el desarrollo de la actividad de prestación del aseguramiento en salud a sus usuarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, así como en el Decreto 574 de 2007 que establece las condiciones financieras y de solvencia de las entidades promotoras de salud. En consecuencia se rechaza el argumento de HUMANA VIVIR, pues si bien es cierto que la mayor parte del flujo de los recursos que maneja deben estar destinados a garantizar la prestación de los servicios de salud a sus usuarios, es de conocimiento público que el ejercicio de dicha actividad reporta utilidades a la EPS, las cuales son recursos que son de propiedad de la EPS y no del Sistema de Seguridad Social en Salud. En efecto, no puede pretender la EPS solicitante de la presente revocatoria, que la Superintendencia asuma que la actividad que desarrolla es sin ánimo de lucro y que su negocio no tiene como fin la obtención de utilidades.

De otra parte, la EPS sancionada indica que la sanción impuesta por la Superintendencia es desproporcionada al punto que es imposible financieramente para ella cubrir el monto de la misma. Adicionalmente, manifiesta que esta Entidad, con extralimitación de su poder sancionador, busca obtener un lucro económico a su favor en detrimento patrimonial del Sistema General de Seguridad Social en Salud, porque ninguna EPS tiene recursos propios para cubrir la multa impuesta.

Este Despacho reitera que la imposición de sanciones pecuniarias es una modalidad de condena que, de manera general, se aplica como consecuencia de la infracción de una norma jurídica, que, de ordinario, se materializa en la imposición de una multa. En este caso, la multa impuesta corresponde a la consecuencia de la infracción al régimen de libre competencia. En este sentido, la imposición de la sanción corresponde a la materialización del *ius puniendi* que se encuentra en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, consistente en el cobro de una suma de dinero, frente al incumplimiento de las obligaciones y deberes que debía observar HUMANA VIVIR en materia de libre competencia.

Así las cosas, la imposición de la sanción referida fue impuesta en el marco de una investigación administrativa en la cual esta Entidad garantizó a HUMANA VIVIR el respeto de su derecho al debido proceso, motivando en la Resolución de sanción de forma expresa la violación de una prohibición y como consecuencia la imposición de la correspondiente sanción pecuniaria.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia de unificación SU-480/97.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

En consecuencia, esta Entidad impuso la sanción referida (i) en ejercicio de una facultad administrativa sancionatoria, (ii) como consecuencia de la realización de prácticas restrictivas de la competencia, en especial por la realización de las infracciones contenidas en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994 y los numerales 1, 8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994 que reglamenta y desarrolla las prohibiciones contenidas en el párrafo 2 del artículo 183 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 185 de la misma ley y, (iii) como consecuencia de la terminación de un procedimiento administrativo en el que de conformidad con las pruebas obrantes en la investigación se estableció la responsabilidad de HUMANA VIVIR.

Ahora bien, este Despacho no comparte los argumentos de HUMANA VIVIR respecto a la desproporcionalidad de la sanción impuesta, toda vez que al momento de su definición, la Resolución de sanción estableció criterios claros para la dosificación de la misma y expuso la metodología a través de la cual se llegó a la imposición de la multa correspondiente.

En efecto, este Despacho señaló en la referida Resolución de sanción lo siguiente:

*"(...) En cuanto al listado de los siete criterios utilizados por el Despacho para determinar el valor de la multa a aplicar, en lo que sigue este Despacho realiza una clasificación de los mismos. Por una parte, se define como un primer grupo aquellos aspectos que se relacionan directamente con el mercado sobre el cual se realizan las conductas que en la presente Resolución se reprochan, esto es, el impacto real o potencial y la dimensión del mercado. Por otro lado, se agrupan los criterios relacionados con la caracterización y responsabilidad de quien comete la infracción, tal como el beneficio obtenido por quien o quienes cometen la falta, el grado de participación de los mismos, junto con la cuota de mercado y la conducta procesal.*

*Adicionalmente, este Despacho incorpora en su análisis el principio de proporcionalidad al momento de determinar la respectiva sanción a imponer a quienes participaron en las conductas que en el presente acto administrativo se reprochan, graduando la conducta teniendo en cuenta si colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó, o toleró la o las conducta (s) violatorias sobre protección de la competencia en lo que tiene que ver con las personas naturales involucradas en la investigación.*

*De igual manera, debe enfatizarse que a través de la exposición de los argumentos a presentar a continuación se busca definir un porcentaje que será tomado como referente para aplicar sobre la multa máxima posible a cada una de las personas jurídicas que, de acuerdo a esta Superintendencia, han llevado a cabo conductas que son consideradas reprochables frente a las normas de protección de la competencia.*

*Tal porcentaje deberá ajustarse al alza o a la baja considerando los elementos atenuantes y/o agravantes que sean del caso tomar como referencia a la hora de dosificar la sanción de los participantes de las conductas que acá se reprochan. En los párrafos siguientes de esta Resolución, se realizará un breve análisis relacionado con cada uno de los conjuntos de criterios señalados junto con los elementos atenuantes y agravantes (...)"<sup>27</sup>.*

<sup>27</sup> Página 223 de la Resolución de Sanción No. 46111 de 2011.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

No es de recibo el argumento de la EPS solicitante de la presente revocatoria, toda vez que la Resolución de sanción motivó de manera clara y expresa los criterios que se utilizaron para definir el valor de la sanción que se le impuso, en efecto, en ningún momento esta Superintendencia definió el valor de la multa de manera arbitraria y mucho menos con el fin de obtener un lucro económico a su favor en detrimento del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Fue así como este Despacho expuso frente al caso concreto la forma en la que se habían aplicado los criterios de dosificación:

(...)

**6.8.2. Caso concreto**

*De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes a las empresas infractoras de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.*

(...)

*En el caso concreto, para las personas jurídicas se ha establecido que COLMEDICA, COOMEVA, FAMISANAR, SALUD TOTAL, SOS, SUSALUD, SALUDCOOP, CRUZBLANCA, CAFESALUD, SANITAS, COMPENSAR, COMFENALCO ANTIOQUIA, COMFENALCO VALLE, HUMANA VIVIR trasgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el artículo 3 y el artículo 5 numerales 8 del Decreto 1663 de 1994 para las EPS-C agremiadas en ACEMI y a esta última asociación por haber infringido los artículos 3 y 4 del Decreto 1663 de 1994, al haber generado un consenso dirigido a afectar la oferta de servicios de salud contenidos en el POS, afectar la transparencia en la información requerida por el regulador para la fijación de la UPC y haber forjado un mecanismo que terminó por fijar indirectamente el precio del aseguramiento de la salud.*

*Luego de haber considerado cada uno de los criterios arriba mencionados, este Despacho encontró que las responsabilidades de cada una de las conductas resultan ser similares para el conjunto de EPS - C. y la fracción sobre la multa máxima se acercaría a la descrita en la fila 1 columna 1 de la Tabla No. 14, es decir al 66%.*

*Lo anterior por cuanto quedó demostrado, como consta en el Informe Motivado, que en conjunto las EPS - C agremiadas en ACEMI tenían más del 85% del total de afiliados al Régimen Contributivo. Adicionalmente, la conducta analizada tiene asociado un impacto real o potencial alto pues incluye elementos esenciales para la competencia en el sector, como es la definición de la oferta de servicios y el valor de la UPC.*

*En relación con ACEMI, tal como fue descrito en cada uno de los acápite relacionados con las conductas investigadas, participó en los acuerdos tendientes a modificar la oferta de servicios de salud cubiertos por el POS y sirvió de medio para realizar el intercambio de información confidencial y reservada de cada una de las EPS, en aras de unificar criterios y contenidos y afectar la transparencia de la*

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*información que iba a ser presentada ante el regulador. Lo anterior resulta ser un mecanismo tendiente a afectar la libre competencia en el mercado.*

*Lo anterior implica que la fracción sobre la multa máxima a aplicar a la Agronomía se acercaría a la descrita en la fila 1 columna 1 de la Tabla No. 14, es decir al 66%. No obstante, este Despacho considera que ACEMI actuó como instigador y promotor de las conductas que acá se reprocha y por tanto debería aplicarse un factor adicional que diferencie la sanción del resto de las personas jurídicas investigadas.*

*En cuanto al proceso de ajuste del valor inicial, es pertinente considerar que es el sector de la salud en Colombia el que resulta afectado con las conductas ejecutadas, lo que repercute en el reconocimiento y garantía de los derechos a la salud y la vida y lo convierte en un mercado vulnerable y prioritario en materia de la aplicación de las normas de protección de la competencia. De acuerdo a lo anterior, el ajuste del valor inicial llevaría a que cada una de las EPS investigadas y la Asociación que las agrupa se le asigne como fracción a imponer sobre la multa máxima el 100%.*

*Por último, al realizar un análisis de aquellos factores agravantes o atenuantes referidos a las personas jurídicas, este Despacho no encontró elemento alguno para ajustar los valores estipulados de la sanción frente a las EPS investigadas. En cuanto a la Agronomía, como se dijo, se considera que actuó como promotor o instigador de la conducta; no obstante, dado que la sanción a imponer es la máxima no resulta posible ajustar al alza dicho valor.*

*Por todo lo anterior, este Despacho determina que ACEMI, COLMEDICA, COOMEVA, FAMISANAR, SALUD TOTAL, SOS, SUSALUD, SALUDCOOP, CRUZBLANCA, CAFESALUD, SANITAS, COMPENSAR, COMFENALCO ANTIOQUIA, COMFENALCO VALLE, HUMANA VIVIR, serán multadas cada una con DOS MIL salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.000 s.m.m.l.v.), lo que equivale a MIL SETENTA Y UNO MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT (\$1.071.200.000 (...))<sup>28</sup>.*

En consecuencia, se equivoca HUMANA VIVIR al afirmar que la Superintendencia impuso una multa desproporcionada, toda vez que su definición se llevó a cabo a través de la aplicación de criterios de dosificación objetivos, claros y específicos que por ningún motivo pueden ser considerados como una extralimitación de funciones, pues la facultad de imposición de las multas, su monto máximo y los criterios de dosificación se encuentran descritos en la ley y fueron motivados en la Resolución de sanción.

De otra parte, respecto del argumento presentado por HUMANA VIVIR según el cual los recursos de las EPS no pueden ser destinados para fines diferentes a la prestación de los servicios de salud, y que en su caso particular, el hecho de pagar la multa impuesta, implica inexorablemente que tiene que liquidarse y salir del mercado del aseguramiento en salud, pues la magnitud de la sanción tiene como consecuencia su muerte jurídica, ya que no puede pagarse la multa con cargo a los recursos que recibe del sistema, so pena de peculado, este Despacho procede a efectuar las consideraciones que se exponen a continuación.

<sup>28</sup> Página 237 de la Resolución de Sanción No. 46111 de 2011.

me/2011

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

En primera medida, la Superintendencia en ningún momento pretende apropiarse de los recursos parafiscales que son objeto de administración y manejo por parte de HUMANA VIVIR, pues como ya se expuso, dichos recursos en efecto son de destinación específica. Sin embargo, las EPS también gozan de recursos propios así como de utilidades, los cuales en este caso sí pueden ser destinados al pago de las obligaciones pecuniarias que se deriven de diversas fuentes, entre ellas, la imposición de una multa como consecuencia de la infracción de una prohibición.

En efecto, el Grupo de Trabajo de Cobro Coactivo de esta Entidad ha realizado sendos requerimientos a HUMANA VIVIR para que remita las certificaciones en las que conste que el origen de los recursos de la EPS pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>29</sup>. Dichos requerimientos se han efectuado como quiera que el Grupo de Trabajo de Cobro Coactivo no ha recibido dicha información para así poder continuar con el procedimiento de cobro correspondiente, toda vez que HUMANA VIVIR no ha cumplido con la obligación de pago impuesta por la Resolución de sanción.

De igual forma el Grupo de Trabajo de Cobro Coactivo ha informado a dicha EPS que el acto administrativo sancionatorio corresponde a un pronunciamiento de la administración en virtud de la atribución legal conferida a la Superintendencia de Industria y Comercio, debidamente motivado, el cual tras su ejecutoria, es contentivo de una obligación clara, expresa y actualmente exigible, la cual tuvo a bien materializarse como título ejecutivo, el cual es objeto de cobro en el proceso coactivo adelantado por dicho grupo. A su vez, se le ha manifestado a HUMANA VIVIR respecto del origen de los recursos que son objeto de medida cautelar en el proceso de cobro coactivo, y que según la EPS son de origen parafiscal, lo siguiente:

*"(...) se observa que en ningún momento se aporta prueba de la condición predicada, por lo que las normas invocadas respecto de la destinación de los recursos de la seguridad social, así como su inembargabilidad, no pueden aplicarse en virtud a una mera presunción; lo que tiene como consecuencia que hasta que esta no se soporte debidamente la condición alegada, no será posible acceder a decretar el desembargo de las cuentas de que HUMANA VIVIR E.P.S., ya que a voces del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que "incumbe a las partes, probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", situación esta que se integra con los lineamientos ofrecidos por el artículo 174 de la misma codificación, que consagra el deber de fallar cualquier solicitud, siempre que esta se acompañe de las pruebas regular y oportunamente allegadas.*

*Lo anterior, aunado al hecho conocido de que en las cuentas de las E.P.S., se manejan, además de los recursos pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, recursos propios de la entidad, de los que no es predicable atributo alguno que los excluya de la práctica de medida cautela alguna.*

*En consecuencia, solicitamos con carácter urgente, se sirva aportar a este Grupo de Trabajo, las certificaciones en las que conste que el origen de los recursos depositados en las cuentas de que HUMANA VIVIR E.P.S. es titular, pertenecen al*

<sup>29</sup> Comunicación radicada con el No. 11-177608-19-1 del 11 de diciembre de 2012.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*Sistema General de Seguridad Social en Salud, a fin de determinar la procedencia de la medida cautelar decretada, sobre las mismas (...)*<sup>30</sup>.

En virtud de lo anteriormente expuesto, no son de recibo los argumentos de HUMANA VIVIR en relación con la sanción impuesta y su supuesta desproporcionalidad, toda vez que la misma se impuso en desarrollo de las facultades legales de esta Superintendencia y se definió en atención a criterios de dosificación. Finalmente, tampoco es acertado el argumento según el cual esta Entidad busca apropiarse de recursos que pertenecen al Sistema de Seguridad Social, sino que por el contrario, el Grupo de Trabajo de Cobro Coactivo que adelanta el proceso de cobro de la respectiva multa, en repetidas ocasiones ha solicitado a dicha EPS certificar que el origen de sus cuentas es de carácter parafiscal a efectos de perseguir tan sólo aquellas cuentas que correspondan a recursos propios de la EPS, por cuanto es de pleno conocimiento para dicho grupo que los recursos parafiscales son de carácter inembargable.

• **Frente al principio de doble instancia**

HUMANA VIVIR argumenta que la Superintendencia violó el principio de la doble instancia, para lo cual cita dos sentencias de la Corte Constitucional (C-040 de 2002 y C-095 de 2003) con el propósito de exponer que, en el presente caso la primera instancia debió ser surtida ante un Superintendente Delegado, con el fin de que la providencia que definiera el asunto le diera la oportunidad de interponer recurso de apelación ante el Superintendente de Industria y Comercio, situación que no ocurrió en esta forma pues la SIC desconoció este principio incurriendo así en un quebrantamiento del principio de legalidad y el artículo 2 de la Constitución Política.

Frente al particular, este Despacho procede a exponer algunas consideraciones relacionadas con el procedimiento administrativo que se adelanta por la Superintendencia de Industria y Comercio en los casos que se investiga la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, con el propósito de explicar al solicitante de la revocatoria directa el por qué no se violó el principio de la doble instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 4 del Decreto 1687 de 2010<sup>31</sup>, corresponde al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia "[i]niciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares acerca de infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, "así como, "[i]ramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia". Frente al caso en concreto, dicha averiguación preliminar se inició mediante memorando de fecha 3 de marzo de 2009 por parte del Delegado para la Protección<sup>32</sup> de la Competencia.

<sup>30</sup> Comunicación radicada con el No. 11-177608-22-1 del 4 de enero de 2013.

<sup>31</sup> Vigente para el momento en el que se expidió la Resolución de sanción, pero derogado por el Decreto 4886 de 2011.

<sup>32</sup> El artículo 2 del Decreto 1687 de 2010, que modifica los numerales 1 y 2 del Decreto 3523 de 2009, reemplazó la palabra promoción por protección en lo que se refiere al Despacho del Superintendente

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

En desarrollo del trámite de averiguación preliminar y habiendo analizado la documentación recaudada, el Delegado, facultado para ello, consideró que existía mérito suficiente para abrir investigación en contra de ACEMI y sus EPS agremiadas por presuntas conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992<sup>33</sup>.

Ahora bien, el procedimiento aplicable a las investigaciones que se adelantan por prácticas restrictivas de la competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, se encuentra reglado por lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992<sup>34</sup>, el cual dispone:

*"ARTICULO 52. PROCEDIMIENTO. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o par su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.*

*Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.*

*Instruida la investigación se presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite"<sup>35</sup>.*

Así las cosas, el artículo en mención establece la forma en la que deben adelantarse este tipo de investigaciones, refiriendo las etapas que deberán agotarse **previo el traslado del informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio para que éste tome una decisión final respecto de cada caso**. Es así como, a continuación se enumeran las actuaciones que fueron adelantadas en la investigación administrativa que resultó en la expedición del acto sancionatorio cuya revocatoria se solicita.

En primera medida, la investigación administrativa inició con la expedición de la resolución de apertura de investigación, mediante Resolución No. 10958 del 6 de marzo

---

Delegado para la Protección de la Competencia.

<sup>33</sup> Adicionado por la Ley 1340 de 2009, a su vez adicionada por el Decreto 019 de 2012.

<sup>34</sup> Adicionado por la Ley 1340 de 2009, a su vez adicionada por el Decreto 019 de 2012.

<sup>35</sup> El artículo referido fue adicionado por el Decreto 19 de 2012. Sin embargo se transcribe la norma que se aplicó en el momento en el que se expidió la resolución de apertura de investigación en la presente actuación administrativa.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

de 2009, en la cual la Delegatura efectuó la respectiva imputación de las conductas restrictivas que presuntamente habría llevado a cabo HUMANA VIVIR, la cual le fue debidamente notificada a efectos de que ejerciera su derecho de defensa, presentando los escritos de contestación a la apertura de investigación y solicitando las pruebas que considerara pertinentes.

De manera posterior, el Delegado, mediante Resolución No. 69842 del 31 de diciembre de 2009<sup>36</sup>, ordenó practicar algunas de las pruebas solicitadas y tener como tales, algunas de las aportadas por los investigados, decretó pruebas de oficio y rechazó otras solicitadas por las investigadas. De igual forma, durante la etapa de instrucción de la investigación, la Delegatura expidió sendos actos administrativos que adicionaron la práctica inicial de las pruebas previamente decretadas en la resolución referida.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, una vez instruida la investigación se debe presentar al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado, del cual se corre traslado a los investigados para que presenten sus observaciones frente a las consideraciones en él expuestas. Este informe motivado, contiene las consideraciones de la Delegatura frente a la investigación que fue iniciada e instruida por dicha Dependencia en relación con la infracción a las normas de libre competencia, sin embargo, dicho informe en ningún momento corresponde a una decisión final con la cual culmine la investigación administrativa, sino que constituye una mera recomendación motivada, de la cual se puede apartar el Superintendente de Industria y Comercio.

En el caso concreto, el 31 de marzo de 2011, el Delegado, una vez finalizada la etapa probatoria, presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado<sup>37</sup> con el resultado de la correspondiente actuación. En la misma fecha, como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados para que presentaran las observaciones correspondientes frente al respectivo informe.

Finalmente, **las investigaciones adelantadas por prácticas restrictivas de la competencia, se deciden por el Superintendente de Industria y Comercio** en virtud de lo dispuesto en en la Ley 1340 de 2009, en el Decreto 3523 de 2009 modificado por el Decreto 1687 de 2010<sup>38</sup> y en concordancia con el Decreto 2153 de 1992. Es así como, el Superintendente de Industria y Comercio expidió la Resolución de Sanción No. 46111 del 30 de agosto de 2011, la cual era susceptible de la interposición de recurso de reposición.

Así las cosas, la decisión del Superintendente de Industria y Comercio corresponde a la decisión final de la actuación administrativa, la cual es susceptible del recurso de reposición, más no es susceptible del recurso de apelación toda vez que el

<sup>36</sup> Documento obrante en el Cuaderno Público N° 13, Folios 2979 a 3026, del expediente.

<sup>37</sup> Documento obrante en el Cuaderno Público N° 38, Folios 8717a 8835.

<sup>38</sup> Derogado por el Decreto 4886 de 2011.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

Superintendente de Industria y Comercio es quien adopta la decisión final y no tiene un superior jerárquico funcional que revise su decisión, de conformidad con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, según el cual:

*"Artículo 50. Recursos en la vía gubernativa. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:*

*(...)*

*No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, **superintendentes** y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica. (...)*(Negrilla fuera de texto original)

En consecuencia, el procedimiento administrativo establecido para las investigaciones adelantadas por prácticas restrictivas de la competencia no supone la existencia de dos instancias, razón por la cual el argumento de HUMANA VIVIR es errado, en el sentido de manifestar que debió haber sido el Delegado quien debió tomar la decisión final y que fuera el Superintendente de Industria y Comercio el encargado de resolver el recurso de apelación de dicha decisión, ya que como se expuso, las funciones asignadas a uno y otro, están expresamente consignadas en las normas que regulan el procedimiento de este tipo de investigaciones. Y entre ellas se establece que el Superintendente de Industria y Comercio conocerá del recurso de reposición que se interponga en contra de las decisiones finales adoptadas en ejercicio de sus funciones, sin que proceda en ningún momento el recurso de apelación para este tipo de actuaciones.

Pese a lo anterior, se le recuerda al peticionario que los actos administrativos expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, son susceptibles de ser demandados por vicios de nulidad -si así lo considera- ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con las normas vigentes aplicables.

**10.2.2 Frente al quebrantamiento del debido proceso por insuficiente motivación del acto administrativo, por omitir la debida valoración probatoria y la violación al principio de presunción de inocencia**

A continuación, este Despacho procede a efectuar un análisis respecto de los argumentos presentados por HUMANA VIVIR en la solicitud de revocatoria directa objeto de estudio, en relación con el presunto quebrantamiento del debido proceso por insuficiente motivación del acto administrativo sancionatorio, del presunto quebrantamiento del debido proceso por omitir la debida valoración probatoria y la presunta violación al principio de presunción de inocencia, teniendo en cuenta en primera medida las características y condiciones en que se presentó la infracción sancionada.

La infracción por la cual se impusieron las respectivas sanciones, comprende la realización de tres conductas que a pesar de desconocer diferentes artículos del Decreto 1663 de 1994 hacen parte de una misma secuencia de actividades ejercidas por las empresas sancionadas, entre ellas conductas desplegadas por HUMANA VIVIR,

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

que llevaron a esta Entidad a concluir la **existencia de una práctica comercial restrictiva en la modalidad por objeto**, reprochable a la luz de la normas vigentes.

En primer lugar, la evidencia obrante en el expediente da cuenta de una unificación de criterios por parte de las EPS, incluyendo a HUMANA VIVIR, y ACEMI, respecto a las definiciones de los procedimientos y dispositivos que deberían o no ser reconocidos como parte del POS. Debe tenerse en cuenta que para esta Entidad es sancionable el hecho de que se hayan realizado reuniones, intercambiado información sensible y estructurado parámetros de referencia comunes, independientemente de dos factores a saber: (i) el eventual consenso no sólo para restringir sino para incluir servicios en el POS y (ii) el hecho de que los consensos realizados se hubieran o no interiorizado e implementado al interior de cada EPS. Adicionalmente, para este Despacho, ACEMI ejerció como coordinador y partícipe de la actuación realizada<sup>39</sup>.

La estructuración del consenso para definir los contenidos del POS como acuerdo anticompetitivo, parte de premisas relacionadas con el funcionamiento del mercado específico. En primer lugar, el reconocimiento de que existe una incertidumbre en la definición del POS y que es precisamente a partir de la misma que emerge una relación de competencia entre las EPS, basada en la captura de afiliados y en donde las coberturas ofrecidas tienen un papel importante. Como segundo aspecto, se tiene que los elementos que sustentan la realización del acuerdo fueron evaluados de forma articulada y que por tratarse de una conducta por objeto, no era necesario demostrar los efectos de la misma en el mercado.

Vale la pena adicionar en este aspecto que como se analizó en la Resolución de sanción, a pesar de que las asociaciones ejercen actividades cuyo fin es la protección de un determinado sector, éstas no pueden exceder los límites del derecho al libre y transparente desarrollo de los mercados, como se expondrá de forma más detallada cuando se dé respuesta a otro de los argumentos presentados por HUMANA VIVIR, según el cual el acto administrativo sancionatorio desconoce el derecho constitucional a la libertad de asociación.

La segunda de las conductas que configura el núcleo de la infracción realizada, está compuesta por el acuerdo para afectar la transparencia de la información relacionada con la prestación de los servicios de salud, la cual debe ser remitida a los entes regulatorios. Específicamente, la norma se refiere a la prohibición para que se efectúen acuerdos que tengan como objeto o como efecto impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud.

<sup>39</sup>El correo electrónico enviado por Lucía Torres, funcionaria de ACEMI, a la Lista de correos ACEMI, con asunto "Circular 20070073-RC-RS-información trasplantes 2000 a 2006", de fecha 5 de marzo de 2007, muestra lo siguiente:

"De forma URGENTE, solicitamos a todas las entidades que nos envíen a más tardar el día 7 de marzo de 2007, antes de las 4:00 p.m., la siguiente información:"1. Pacientes que recibieron trasplantes o retransplantes (POS y NO-POS) y tratamiento farmacológico de inmunosupresores (POS y NO-POS) en las EPS durante los periodos 2000 a 2006, incluyendo el costo anual del tratamiento farmacológico (...)."

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

Frente a este cargo, la Superintendencia evidenció, tal y como lo refirió en la Resolución de sanción, que se presentaban diferencias entre la información enviada a las entidades regulatorias y los datos que se compartían entre las EPS y la agremiación, quien ejerció como coordinador y participe de los acuerdos realizados. Se logró establecer que la información solicitada por ACEMI a sus agremiadas era información que permitía a cada una de las EPS-C conocer la forma de funcionamiento de sus competidoras, las estrategias comerciales y las características y cantidades de prestaciones de servicios estableciendo de manera artificial las condiciones de competencia.

Esta Entidad considera que las actividades realizadas al interior de ACEMI, de la forma como fueron probadas en el expediente, muestran que existió un propósito anticompetitivo por parte de las investigadas el cual fue analizado de manera independiente al carácter sensible o no de la de la información intercambiada. Es decir, este Despacho no descartó que en ciertas ocasiones el compartir información sensible pueda constituirse como un hecho no reprochable y que bajo ciertas circunstancias tal intercambio no represente una condición necesaria para configurar un comportamiento anticompetitivo. La ilegalidad de la conducta debe ser analizada en cada caso concreto, de acuerdo con las particularidades del mercado y de la actuación de los agentes que hacen parte del mismo.

En este caso, para esta Entidad, además de que la información compartida es sensible, existe en el expediente un acervo documental que da cuenta de los propósitos que se buscaban con dicho intercambio. Tanto en los testimonios como en los correos y demás pruebas documentales que fueron objeto de análisis en la Resolución de sanción, se demuestra la intención de unificar comportamientos con el ánimo de limitar la competencia y determinar de manera artificial los aspectos fundamentales del mercado. En otras palabras, las conductas relacionadas con el intercambio de información no sólo son reprochables de manera aislada, sino que constituyen el mecanismo que permitió a los investigados coordinar su comportamiento en el mercado y, en consecuencia, dejar de comportarse como los competidores que son.

Finalmente, el elemento que compuso el tripode de la infracción al régimen lo constituyó la conducta de fijación indirecta de precios. Las empresas hoy sancionadas, entre ellas HUMANA VIVIR, mediante el acuerdo tendiente a definir el listado de procedimientos POS, junto con las conductas tendientes a limitar la transparencia de la información, estructuraron un mecanismo tendiente a fijar la UPC, y por tanto definieron indirectamente el precio de aseguramiento en salud. Frente a este eslabón de la infracción, debe reconocerse que en el precio de aseguramiento en salud no se encuentra incluido el monto de los recobros ante el FOSYGA, siendo los elementos de dicho precio la UPC, los copagos y las cuotas moderadoras. No obstante, los recobros siguen interpretándose como ingresos de las EPS.

Frente a esta última afirmación, HUMANA VIVIR cuestiona el argumento de la SIC según la cual los recursos que recibe la EPS, por recobros efectuados al FOSYGA, con ocasión a la prestación de servicios excluidos del POS, constituyen ingresos propios, sino que por el contrario todos los recursos que recibe una EPS son de propiedad del

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

Sistema de Seguridad Social en Salud y deben ser reinvertidos en cubrir los gastos de administración y de atención en salud de los usuarios.

El Despacho rechaza dicho argumento, pues tal y como se manifestó en la Resolución de sanción y se ha reiterado en el presente acto administrativo, de las fuentes de ingreso de las EPS, la más importante es la misma afiliación de los usuarios, debido a que el sistema le reconoce una UPC por cada afiliado. Por otro lado, el ingreso por los cobros de servicios y procedimientos prestados y no incluidos en el POS, se constituye como otra posibilidad de ingreso. Frente al particular, es importante reconocer que la teoría económica define ingreso como aquel monto de recursos monetarios recibidos en retribución de una actividad generada por un agente económico y que es susceptible de ser explicado tanto por sus fuentes de definición como por sus usos. Este concepto es necesario de precisar en cualquier ejercicio que quiera determinar utilidades o beneficios de una empresa. La manera como se estipula marginalmente hablando este término permite calificar la naturaleza misma del mercado<sup>40</sup>.

En efecto, del análisis realizado por este Despacho en la Resolución de sanción y siguiendo la definición de ingreso arriba presentada, se confirmó que los cobros al FOSYGA constituyen un flujo de recursos monetarios dirigidos del Estado a las EPS, y por lo tanto constituyen un ingreso en sentido estricto par estas últimas entidades. Así las cosas, dichos recursos son montos significativos apropiados por parte de las EPS, contrario a lo afirmado por HUMANA VIVIR al rechazar la existencia de ingresos por concepto NO POS que dentro de la investigación terminan siendo parte fundamental para la definición de las utilidades de cada una de las Entidades Promotoras de Salud.

La anterior afirmación va en línea con lo sostenido por la Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008 al referirse a los servicios de salud no cubiertos por el POS cuando afirma que:

*"Es el Estado quien ha de asumir el costo del servicio, por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho. [...] El adecuado financiamiento de los servicios de salud no contemplados en el POS depende entonces, del correcto flujo de recursos por parte del Estado para cubrir el pago de los cobros que reglamentariamente sean presentados por las entidades que garantizan la prestación del servicio".*

De lo anterior, queda demostrado que efectivamente existen recursos que las EPS reciben del Estado como contraprestación de aquellos servicios de salud que son prestados y por lo anterior, mal haría esta Superintendencia al desconocer que dichos pagos no representan un ingreso que soporta la actividad de las EPS en Colombia.

Por último, es importante mencionar que, de acuerdo con el análisis realizado por este Despacho, del total del valor recobrado al FOSYGA, la participación del total de las EPS agremiadas fue incrementándose progresivamente al pasar del año 2006 al año 2009

<sup>40</sup> Para una ilustración muy clara de estas afirmaciones ver Krugman y Wells. Introducción a la Microeconomía. Editorial Reverté, 2006 Cap. 3,6 y 14.

meffm

**RESOLUCIÓN NÚMERO 00023471 DE 2013 Hoja N°. 58**

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

del 64.9% al 89.7% del valor total de recobros. No desconoce esta Entidad que el valor aquí tratado representa el valor total de lo recobrado, el cual incluye en buena medida a los medicamentos. Sin embargo, es claro que también contiene una proporción importante de dispositivos y elementos asociados a los procedimientos que sin importar su porcentaje exacto dan cuenta de una tendencia por parte de las EPS a generar ante el FOSYGA recobros por servicios NO POS.

De otra parte, HUMANA VIVIR indica que no conoce en qué conductas en concreto incurrió de forma individual, ni qué pruebas concretan esas conductas, razón por la cual conforme al principio de presunción de inocencia, considera que tiene derecho a no ser sancionada sino en virtud de pruebas constitucionalmente legítimas, ya que los correos electrónicos firmados por personas de ACEMI, enviados a las EPS, en ningún caso constituyen pruebas idóneas para imponer una sanción.

Respecto de este argumento, este Despacho encuentra que tal y como se refirió en líneas anteriores, la multa impuesta a HUMANA VIVIR se configura como un elemento propio de la potestad sancionatoria que se encuentra en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual consiste en castigar la comisión de prácticas restrictivas de la competencia previa la existencia de un procedimiento administrativo que le brinde las garantías constitucionales y legales de las cuales se encuentra compuesto el derecho de defensa y al debido proceso. En consecuencia, se reiteran los argumentos arriba expuestos, en los que se manifestó que la sanción impuesta no viola las normas constitucionales, así como tampoco busca perseguir recursos parafiscales, toda vez que los mismos son inembargables.

Por su parte, y frente al argumento según el cual HUMANA VIVIR indica que no conoce en qué conductas en concreto incurrió de forma individual, ni qué pruebas concretan esas conductas, este Despacho encuentra de gran importancia resaltar que HUMANA VIVIR conoció desde la apertura de la investigación las conductas que le fueron imputadas.

Adicionalmente, tal y como se señaló en la Resolución de sanción, es importante resaltar que la infracción sancionada es de carácter complejo, y cada una de las conductas que la componen debe ser analizada de forma articulada. Cada una de ellas infringe uno o varios de los artículos del Decreto 1663 de 1994 y confluyen en la violación del artículo 3, lo cual no quiere decir que se trate hechos independientes unos de otros, sino que por el contrario, hacen parte de la realización sistemática de una infracción mayor compuesta por todas, en la modalidad de conductas por objeto y que se encuentran encuadradas, todas ellas, como se señaló en la decisión sancionatoria y se reitera ahora, dentro de la violación al artículo 3 del Decreto 1663 de 1994. A continuación se presentan cada una de las conductas objeto de sanción así como los argumentos y la valoración probatoria que sirvió de sustento para encontrar responsables a las EPS sancionadas, incluyendo a HUMANA VIVIR, así como a la agremiación ACEMI.

En primera medida, se reitera, tal y como se manifestó en la Resolución de sanción, que las normas colombianas prevén la existencia de conductas consideradas anticompetitivas por su solo objeto. Es así como, los numerales 1 a 10 del artículo 47

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

del Decreto 2153 de 1992 señalan de manera clara que las infracciones emanadas de acuerdos pueden ser realizadas a través de esta modalidad.

Es aplicable igualmente el anterior raciocinio a las conductas contenidas en el Decreto 1663 de 1994, teniendo en cuenta que su redacción utiliza un mismo lenguaje frente al tema. En efecto, el numeral 8 de la norma se refiere a aquellos acuerdos entre competidores que tengan por objeto o como efecto abstenerse de prestar un determinado servicio de salud, mientras que el numeral 10 señala como anticompetitivos aquellos acuerdos que tengan por objeto o como efecto el abstenerse de proveer información no reservada a los usuarios, así como ocultar o falsear la información, y en general impedir la debida transparencia en el mercado. Igual situación ocurre con el artículo 3 de la norma constitutiva de la prohibición general.

Es importante mencionar que la conducta por objeto no requiere, por definición, demostración de los efectos, sino que debe evidenciar que es potencialmente peligrosa para el mercado. Al respecto, vale citar el caso ASONAV<sup>41</sup> en el que la Entidad afirmó:

*"...el objeto en la norma es entendido como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado anticompetitivo se produzca, tenemos entonces que este elemento se hace plausible con el comportamiento realizado, pues sin más miramientos, surge de bullo un acuerdo por parte de los distintos agentes marítimos investigados para fijar un valor único a la divisa que es utilizada para la cancelación de fletes".*

Una segunda posición, asumida por esta Superintendencia en el presente caso, se basa en el hecho de que las conductas por objeto no requieren demostración ni de sus efectos, ni de la potencialidad de la afectación. Basta con que se encuentre evidencia suficiente de la realización de la conducta específica y de que dicha conducta tenga como objeto restringir la competencia o establecer artificialmente las condiciones de un mercado para considerarla reprochable. Para este Despacho, no es necesario demostrar potencialidad alguna cuando la misma norma imprime a las conductas por objeto la vocación de afectación. Sobre este punto, esta Entidad ya se ha pronunciado en los siguientes términos:

*"Así las cosas, la normatividad aplicable a casos como el que nos ocupa, indica que por objeto un acuerdo es anticompetitivo si la norma que lo prohíbe considera que el mismo tiene la potencialidad de causar un daño, siendo su naturaleza potencial de ser restrictiva de la competencia definida mediante la misma norma. Así, tanto el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como el numeral 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, consideran que los acuerdos dirigidos a limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas o tengan por objeto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos son acuerdos que, por su objeto, son anticompetitivos"<sup>42</sup>.*

<sup>41</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 7969 de 2001 adicionada y corregida por la Resolución No. 13328 de 2001, en contra de ASONAV.

mm

RESOLUCIÓN NÚMERO 00023471 DE 2013 Hoja N°. 60

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

En similar sentido se pronunció esta Entidad en Resolución No. 670 de 2001:

*"La perceptiva legal en materia de competencia es bastante celosa en cuanto al proceso de formación de precios, en esa medida, no solo permite sino además exige que sea cada productor quien determine autónomamente el precio de sus distintos productos o servicios, es éste el sustento en que se erige el número 1 del artículo 47 y su propia razón de ser. Así, merece rechazo tanto el acuerdo que está orientado a la fijación de un precio –objeto- aunque no produzca una afectación final sobre el mercado, como el que sin tener por objeto su determinación artificial, termina generando ese resultado en el mercado –efecto-".*

Sin embargo, se debe tener en cuenta que en las dos posiciones no se trata del reconocimiento o suficiencia de elementos probatorios que sustenten si existe la potencialidad de afectación, sino de si este tipo de conductas son en su esencia potencialmente peligrosas. No puede desconocerse el pronunciamiento del Consejo de Estado incluido en la Resolución de sanción, el cual señala:

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

***Es por ello, que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio- y que dicho sea de paso, no demostró-, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios<sup>43</sup>. (Negrilla fuera de texto original)***

En el caso estudiado, las conductas realizadas por las empresas sancionadas, incluyendo a HUMANA VIVIR y a ACEMI tuvieron la potencialidad de afectar el mercado de salud. Basta con recordar que la participación de las EPS involucradas alcanza a cubrir el 80% de los usuarios afiliados al Régimen Contributivo y que ACEMI agremia a la mayoría de EPS de dicho régimen para dimensionar la aptitud de la infracción para desequilibrar y/o afectar el sector de la salud, el cual tiene una sensibilidad especial debido a su relación directa con el derecho fundamental a la vida.

Ahora bien, las conductas que fueron sancionadas por su objeto restrictivo en la competencia en el mercado de aseguramiento en salud fueron conocidas por HUMANA VIVIR, desde el inicio de la apertura de investigación, momento desde el cual dicha EPS, así como las otras EPS investigadas y ACEMI, tuvieron la oportunidad de formular su defensa frente a las imputaciones efectuadas por esta Superintendencia. Es así como, en esta etapa de la actuación administrativa, no es de recibo el argumento según el cual HUMANA VIVIR no conoce por qué conductas se le sancionó, cuando esta Entidad efectuó un juicioso análisis de cada una de las pruebas que fueron recaudadas

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, Expediente No. 00365-01.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

en el proceso, valoración que permitió establecer sin lugar a duda la responsabilidad de las empresas sancionadas, incluyendo a HUMANA VIVIR.

Así mismo, este Despacho rechaza el argumento según el cual esta Entidad omitió hacer una valoración probatoria de acuerdo con las reglas de la sana crítica pues -según el solicitante- no expuso de manera razonada frente a cada prueba recaudada, el mérito que le asignó a ella y al conjunto probatorio para haberla encontrado responsable. Adicionalmente, HUMANA VIVIR manifiesta que las pruebas con las cuales se fundamenta la decisión de la Superintendencia son correos electrónicos que ACEMI envió a las asociadas, cuyo envío no es imputable al representante legal de ACEMI, y, refiere, que en la Resolución de sanción no se señala cuál es el mérito probatorio que asigna a cada correo y cuya autoría no corresponde a HUMANA VIVIR, pues de hecho no existe contra respuesta de dichos correos electrónicos. Manifiesta que la SIC no indica por qué razón considera tales correos como pruebas de hechos ilícitos, cuando estos son referentes a reuniones o información o estudios que atañen a los agremiados y que la ley no prohíbe como parte del funcionamiento de ACEMI.

A pesar de que para HUMANA VIVIR, la prueba recaudada sea insuficiente, no puede desconocerse que dicha EPS aparece como destinataria en los correos electrónicos citados por esta Entidad en la Resolución de sanción y que en el contenido de algunos de ellos se plasma la interacción entre la asociación y todas las EPS para recolectar información o hacer referencia a las reuniones sostenidas en el Comité Médico. Así, no se trata únicamente del hecho de recibir correos electrónicos, sino del contenido mismo de dichos correos en donde se plasma la participación de HUMANA VIVIR como una de las empresas que incurrieron en la infracción sancionada.

De acogerse la posición planteada, la responsabilidad de cualquier investigado sería evadida con el simple hecho de demostrar que las pruebas recaudadas no tienen como origen una acción suya. En conclusión, contrario a lo manifestado por la solicitante de la presente revocatoria directa, el expediente contiene elementos probatorios suficientes e idóneos para demostrar la realización de la conducta sancionada. En efecto, los documentos y correos electrónicos evaluados en el acto administrativo sancionatorio, indican en su conjunto e individualmente cómo las empresas sancionadas realizaron un acuerdo cuyo objeto fue el de determinar de manera artificial el contenido del plan obligatorio de salud, incluyendo a HUMANA VIVIR.

De igual forma, tal y como se señaló a lo largo de la investigación, no se sanciona el hecho de ejercer el derecho constitucional de asociación, sino el abuso del mismo. Ya que de los correos electrónicos evaluados por esta Entidad, se verificó que los mismos no se encontraban relacionados con el desarrollo de una labor que buscara propiciar la correcta representación de sus asociados, sino que lo que buscó fue la definición misma de los servicios y procedimientos del POS bajo un presupuesto de protección únicamente de los intereses de ACEMI y sus asociados.

Reitera que las actuaciones de ACEMI como persona jurídica no son imputables a cada uno de sus agremiados, sino en la medida en que cada EPS hubiera incurrido en hechos y actuaciones determinantes de la gestión colectiva, debidamente probadas con pruebas legalmente allegadas al proceso y que en este caso, la SIC no señala de forma

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

particularizada ni especifica las pruebas que sirven de sustento para establecer la responsabilidad de HUMANA VIVIR.

Al respecto, este Despacho quiere dejar en claro que en ningún momento la sanción irnpuesta a HUMANA VIVIR obedece a hechos que haya desarrollado de manera irividual ACEMI, sino que lo que se sanciona es el acuerdo, es decir el convenio llevado a cabo por ACEMI y sus EPS agremiadas, entre la cuales se encuentra HUMANA VIVIR, que tuvo como objeto afectar la competencia en el mercado de aseguramiento en salud. Como se indicó, las pruebas que se obtuvieron en el proceso can cuenta del actuar coordinado de todas las empresas sancionadas, sin que se trate únicamente del hecho de recibir correos electrónicos, sino del contenido mismo de cichos correos en donde se plasma la participación de HUMANA VIVIR como una de las empresas que incurrieron en la infracción sancionada.

En efecto, la verificación de las conductas restrictivas de la competencia respecto de las cuales se encontró responsable a HUMANA VIVIR, a través de la valoración del acervo probatorio no implica de manera imperativa que deban existir manifestaciones expresas por parte de HUMANA VIVIR sobre su intención de realizar un acuerdo anticompetitivo. Como ya se expuso, en el presente caso las pruebas recaudadas analizadas en conjunto, demuestran la existencia de una infracción al régimen de competencia. Lo anterior no quiere decir que cada una de ellas no tenga un valor probatorio individual, sino que reconociendo tal valor es su articulación la que ratifica la configuración del acuerdo en las tres dimensiones que componen la infracción.

De igual forma, HUMANA VIVIR argumenta que la SIC se apartó de lo dispuesto en el artículo 35 del C.C.A. y del artículo 187 del C.P.C., toda vez que en la Resolución de sanción no se especifican cuáles son las pruebas concretas que se valoraron frente a os hechos que en concreto fueron imputados a HUMANA VIVIR, y que corresponde a a Superintendencia probar de manera concreta e individual que HUMANA VIVIR ncurrió en las conductas que se le imputan, pero no se le puede sancionar por el hecho de recibir información de ACEMI. Para sustentar dicho argumento, la empresa solicitante de la presente revocatoria directa, realiza argumentos en cuanto a las pruebas y respecto de cada uno de los cargos imputados.

Este Despacho procede a dar respuesta a los mismos en un solo acápite toda vez que las consideraciones expuestas por la solicitante, si bien se encuentran separadas en el texto de la revocatoria, se relacionan directamente y en repetidas ocasiones se encuentran compuestas de los mismos argumentos.

• **Respecto de las pruebas y los cargos imputados**

Inicia su argumentación señalando que las decisiones institucionales de una organización social lícita deben constar en actas suscritas por el presidente de la asamblea o junta y el correspondiente secretario, en las cuales se señale que en las decisiones allí tomadas participaron la mayoría de los miembros asociados.

Frente al particular, debe indicarse a HUMANA VVIR que si bien cierto que algunas de las decisiones institucionales de una empresa deben constar en actas de conformidad

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

con las exigencias propias del Código de Comercio o los estatutos de la empresa, existen oportunidades en las que las decisiones relacionadas con el direccionamiento de las actividades de la misma son delegadas a su representante legal, quien de conformidad con lo dispuesto en su manual de funciones, podrá ejecutar acciones de manera individual encaminadas a cumplir los objetivos y fines del ente económico, sin que dichas acciones deban ser conocidas por la junta directiva de la empresa.

De igual forma, existen otras formas a través de las cuales se puede endilgar responsabilidad a una empresa por la comisión de acciones que no hayan sido objeto de discusión formal al interior de la junta directiva, entendiéndose que *de facto* la responsabilidad de la persona jurídica se vea comprometida. En este punto, es importante resaltar que, no es usual en los casos en los que se investigan conductas restrictivas de la competencia, que esta Entidad encuentre documentos o actas de junta directiva en la que expresa y tácitamente se señale que se llevará a cabo la comisión de una conducta anticompetitiva con fines de afectar el mercado, competidores o consumidores.

En efecto, en la mayoría de los casos la Superintendencia se vale del estudio y la valoración de diferentes medios de prueba, reconocidos legalmente por el Código de Procedimiento Civil, sin que exista una tarifa legal que exija la existencia de determinadas pruebas para la comprobación de este tipo de conductas. En consecuencia, no es de recibo el argumento de HUMANA VIVIR, según el cual no existe un acta suscrita por el presidente en la que se hubiera tomado la decisión de realizar un acuerdo anticompetitivo. De ser este tipo de prueba una exigencia para establecer la responsabilidad de una empresa, esta Entidad no podría perseguir o sancionar a muchas empresas, ya que muy seguramente nunca dejarían por escrito la conformación de una conducta anticompetitiva.

En igual sentido, este Despacho considera que no es necesario que para exista responsabilidad de un miembro asociado a una organización gremial que sea requisito indispensable que dicho asociado haya votado favorablemente o negativamente una decisión que implique la comisión de una práctica restrictiva de la competencia, y mucho menos que dicha decisión conste en la respectiva acta de reunión, pues tal y como se refirió en líneas anteriores muy seguramente, no se van a encontrar actas en las que de manera expresa los asociados voten de manera favorable o desfavorable la comisión de un acuerdo anticompetitivo.

Si bien es cierto, en algunos casos, las actas de las agremiaciones contienen decisiones a las que se acogen los agremiados -como aquellas a las que tuvo acceso esta Entidad en la presente investigación-, la responsabilidad por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia no puede estar supeditada a que en las actas existentes se establezca de manera expresa la realización de la practica restrictiva de la competencia y mucho menos que de manera específica e individual se encuentre el asentimiento expreso de cada uno de los asociados en la aprobación de la comisión de la conducta. Sin embargo, el estudio de las decisiones que se toman al interior de la agremiación, unido a la valoración de otras pruebas documentales, indiciarias y testimoniales si pueden permitir verificar a esta Entidad la comisión de una conducta anticompetitiva.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

Por su parte, HUMANA VIVIR señala que es necesario demostrar su autoría, es decir que participó en acuerdos o convenios dirigidos a afectar la libre competencia, y que en el caso concreto la Resolución de sanción exonera de responsabilidad a su representante legal, quien era la única facultada para tomar decisiones ante la agremiación y adquirir obligaciones.

Complementa esta línea argumentativa señalando que el hecho de no haberse configurado responsabilidad alguna de su representante legal evidencia que la SIC no encontró ninguna prueba que permitiera demostrar que en su calidad de presidente y representante legal hubiera participado en la toma de decisiones irregulares, así como tampoco encontró que su representante legal hubiera conferido representación o poder a persona alguna para que en nombre de la empresa votara favorablemente decisiones irregulares.

Igualmente, señala que si terceras personas sin autorización del representante legal de HUMANA VIVIR se hubieran cruzado mensajes, sobre hechos irregulares, ellas son las que deben responder por los mismos. Manifiesta entonces, que para imputar responsabilidad a una persona jurídica es requisito indispensable que su representante legal haya aprobado directamente una decisión ilícita de la asociación a la cual pertenece o la hubiere aceptado de manera expresa y clara, razón por la cual el hecho de que unos empleados de ACEMI se hayan cruzado información por correo electrónico con otros funcionarios de HUMANA VIVIR no puede comprometer la responsabilidad de la EPS.

En relación con la responsabilidad de la representante legal de HUMANA VIVIR, este Despacho señaló en la Resolución de sanción que:

*"(...) En el caso de la señora Méndez se considera que a pesar de que existe un indicio grave<sup>44</sup> emanado de la no comparecencia a las citaciones realizadas por esta Entidad (en el expediente constan dos actas de no comparecencia<sup>45</sup>), éste no es suficiente para concluir que fue responsable frente al cargo imputado.*

*En efecto, en el expediente no obra ninguna otra prueba de la que se pudiera siquiera inferir cuáles eran las funciones concretas de la representante legal y la relación que las mismas pudieron tener frente a la conducta investigada. Considera este Despacho que la Delegatura debió ejercer con mayor eficacia su función de instruir la investigación decretando y practicando pruebas encaminadas a esclarecer el rol de esta investigada.*

*Por lo tanto, no es posible declarar que la señora Nohra Jeaneth Méndez Riveraincurrió en las conducta establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.*

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*No obstante lo anterior, deberá iniciarse la respectiva averiguación para determinar la posible desatención a las instrucciones de esta Superintendencia, al no comparecer a las citaciones realizadas (...)"<sup>46</sup>*

Frente al particular, este Despacho considera que el argumento de HUMANA VIVIR es equivocado, toda vez que el hecho de que esta Entidad no haya encontrado responsable a su representante legal, la señora NOHRA JEANETH MÉNDEZ RIVERA, no implica que no exista responsabilidad de la persona jurídica. En efecto, la Superintendencia no encontró responsable a la señora NOHRA JEANETH MÉNDEZ RIVERA de haber incurrido en la conducta establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, por haber ejecutado o tolerado las conductas violatorias del régimen de la competencia, respecto de las cuales se estableció la responsabilidad de HUMANA VIVIR, es decir de aquellas contenidas en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994 y en los numerales 1, 8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994.

En efecto, la investigación adelantada en contra de la señora NOHRA JEANETH MÉNDEZ RIVERA buscaba establecer si ella, en su calidad de persona natural había ejecutado o tolerado los acuerdos anticompetitivos que fueron desarrollados por la persona jurídica, sin que esta Entidad hubiera encontrado pruebas suficientes de dicha responsabilidad. Diferente es el caso de la persona jurídica, respecto de quien esta Entidad logró probar la comisión de las conductas constitutivas del acuerdo del consenso para afectar los niveles de prestación del servicio, de afectar la transparencia en el mercado del aseguramiento y la fijación indirecta del precio del aseguramiento, acuerdos que fueron adelantados por HUMANA VIVIR, ACEMI y sus EPS agremiadas.

Así, la responsabilidad de la persona jurídica es diferente de la responsabilidad del representante legal, toda vez que es una figura jurídica independiente, en efecto la doctrina ha entendido que:

*"(...) La representación propia de las personas jurídicas, derivada de su naturaleza específica, es algo distinto de la representación ordinaria. La persona jurídica tiene un ser propio, que, de más está anotar, demanda la presencia y el concurso de individuos por medio de los cuales actúa, que son llamados "órganos", medios o instrumentos indispensables al efecto, fenómeno este ciertamente distinto a la representación (...)"*

*La diferencia entre la representación legal y la representación orgánica consiste en que el órgano es al mismo tiempo parte de la persona jurídica y se puede identificar, o mejor, se identifica con ella, en tanto que el representante legal es un sustituto del incapaz o ausente. La representación no puede dejar de implicar en todo caso "duplicación de sujetos". Es pues nítida la distinción entre la representación propiamente dicha y la representación de las personas jurídicas por los órganos que legal o estatutariamente han de obrar por ellas externamente, o representación orgánica, diferencia que se aprecia mejor al pensar en el evento de que el representante orgánico, como cualquier dominus, se vea en la necesidad de constituir*

<sup>46</sup> Página 221 de la Resolución de Sanción No. 46111 de 2011.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*un representante ad hoc de la entidad para celebrar uno o varios contratos (...)*<sup>47</sup>  
(Negrilla fuera de texto original)

En virtud de lo anterior, resulta procedente clarificar a HUMANA VIVIR que los cargos que le fueron imputados en su calidad de persona jurídica y como agente participante del mercado de aseguramiento en salud del régimen contributivo, difieren de los cargos que le fueron imputados a su representante legal, razón por la cual el cierre de la investigación respecto de esta última no es un elemento que incida de manera directa en el establecimiento de la responsabilidad de la persona jurídica, respecto de la cual, esta Superintendencia encontró abundante material probatorio, que permitió establecer sin lugar a duda, la participación de dicha EPS en la comisión de los acuerdos anticompetitivos que fueron sancionados.

Ahora bien, HUMANA VIVIR indica que si terceras personas sin autorización del representante legal de HUMANA VIVIR se hubieran cruzado mensajes, sobre hechos irregulares, ellas son las que deben responder por los mismos. Este Despacho considera, tal y como se expuso en líneas anteriores, que la responsabilidad de la persona jurídica en la comisión de una conducta anticompetitiva no puede estar sujeta a la existencia de documentos que expresamente indiquen la delegación o representación para la realización de una conducta anticompetitiva, pues de ser así, serían difícilmente perseguibles este tipo de conductas por parte de esta Entidad, razón por la cual la Superintendencia puede establecer la participación de una empresa en una conducta anticompetitiva valiéndose de diferentes medios probatorios.

Así las cosas, si funcionarios de HUMANA VIVIR asistieron a los comités o reuniones de ACEMI, así como si fueron destinatarios de los correos electrónicos que dicha agremiación remitía en virtud de las discusiones que se llevaban al interior de dicha agremiación, las cuales tuvieron como objeto la realización de los acuerdos restrictivos sancionados por esta Superintendencia, se entiende que su asistencia implicaba la representación de los intereses de dicha EPS, no puede concebir esta Superintendencia que los actos desarrollados por funcionarios de HUMANA VIVIR correspondían a actuaciones que estuvieran realizando de manera unilateral en representación de sus propios intereses en contraposición de los de la EPS, pues de haber sido así correspondía a HUMANA VIVIR evidenciar durante el curso de la investigación que dichos funcionarios no tenían la facultad de representar los intereses de HUMANA VIVIR.

En efecto, la división administrativa de una entidad, por dependencias, grupos o secciones respecto de los cuales existen personas o funcionarios que han sido designados para adelantar determinadas funciones que hacen parte del desarrollo de la actividad que desarrolla una empresa en el mercado, en este caso de HUMANA VIVIR, corresponden a los denominados "órganos" que hacen parte de la persona jurídica en sí misma, cuyas actuaciones vinculan la responsabilidad de la empresa, en este caso de HUMANA VIVIR, entendida como un sujeto capaz de contraer obligaciones y derechos.

---

<sup>47</sup> La Representación, Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, páginas 181 a 188.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

En ese sentido, no puede pretender HUMANA VIVIR sustraerse de la responsabilidad administrativa por la cual fue sancionada indicando que las actuaciones que realizaron sus funcionarios no le son oponibles.

De otra parte, HUMANA VIVIR refiere que no existe prueba allegada legalmente al proceso que permita demostrar que los informes que presentó HUMANA VIVIR sobre costos de los servicios de salud se aparten de la realidad de dichos costos y que los mismos pudieran tener alguna influencia en la definición de la UPC, así como tampoco existen pruebas de que ACEMI hubiera rendido informes al MPS que distorsionaran la realidad y como consecuencia afectarían el valor de la fijación de la UPC, señalando que el hecho de que el Ministerio de la rama no hubiere, en ningún año posterior, rebajado el valor de la UPC sino que por el contrario lo aumentó, configura prueba suficiente para demostrar que cualquier estudio sobre el tema que hubiera podido presentar ACEMI no tuvo ninguna influencia en la fijación de los valores de la UPC.

Contrario a lo firmado por HUMANA VIVIR, la Superintendencia si logró establecer -tal y como se expuso en la Resolución de sanción y con base en pruebas legalmente allegadas al proceso- elementos que le permitieron determinar la diferencia existente entre la información preparada por las EPS con miras a reportar a los entes reguladores, con aquella que efectivamente fue enviada dadas las instrucciones y sugerencias de modificaciones realizadas desde el seno de ACEMI. Así mismo, se evidenció que las EPS del régimen contributivo investigadas, incluyendo a HUMANA VIVIR, conocían la disparidad existente entre una y otra información, situación que llevó a esta Superintendencia a reconocer la responsabilidad de las investigadas de haber realizado un acuerdo con el objeto de afectar el flujo de información veraz que debía suministrarse a los diferentes agentes reguladores del sector.

Adicionalmente, en la Resolución de sanción se demostró que ACEMI, en el desempeño de su actividad gremial, excedió los fines y medios legales que puede perseguir y de los que se puede valer para ejercer su función como gremio, en tanto sirvió como plataforma de intercambio de información que dadas las circunstancias concretas del mercado analizado terminó por auspiciar la realización de un acuerdo anticompetitivo.

En este orden de ideas, y contrario a lo afirmado por HUMANA VIVIR, la Resolución de sanción expuso de manera extensa que resultaba fundamental reconocer que la información que es reportada por las EPS, incluyendo a la EPS solicitante de la presente revocatoria, constituye un insumo esencial para el funcionamiento del sistema, más aun considerando que es la base fundamental para la determinación de un nivel de UPC que efectivamente refleje las condiciones y las necesidades del SGSSS.

HUMANA VIVIR manifiesta que la Superintendencia no tiene pruebas que le permitan concluir que había remitido información distorsionada y que pudiera llegar a tener incidencia en la definición de la UPC. Al respecto, llama la atención dicha afirmación ya que de las pruebas que obran en el expediente y las cuales fueron señaladas en la Resolución de sanción, queda claro que la información que inicialmente las EPS enviaban a ACEMI era sometida a una revisión de consistencia, ejercicio que en principio no tendría justificación alguna que fuese realizado por la agremiación. Sin

m8/m

**RESOLUCIÓN NÚMERO 00023471 DE 2013 Hoja N° 68**

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

embargo, la actuación expresa de ACEMI como agente verificador y validador de la información, y precisamente esta iniciativa de la agremiación de haber implementado un método autodenominado de "análisis interno" de consistencia, lo que definitivamente reprueba esta Superintendencia. No resulta admisible que sea la agremiación quien compile toda la información del sector, la analice y realice sugerencias de modificaciones, impidiendo de esta forma la transparencia de la información que debía ser enviada por parte de cada una de las EPS al regulador sectorial.

Se reitera que esta Superintendencia considera que no resulta aceptable desde ningún punto de vista que los investigados hubieran compartido información y que se hubieran puesto de acuerdo en la forma como tal información debía ser presentada a los órganos de control. HUMANA VIVIR pretende desdibujar la gravedad de la conducta sancionada cuando en el expediente se probó que no sólo se compartió información sensible, sino que al ser reportada en algunos casos se ocultó y en otros se alteró su contenido.

En este sentido, tal como fue plasmado en la Resolución de sanción, se logró establecer que existía diferencia entre la información suministrada por las EPS, incluyendo a HUMANA VIVIR, a las autoridades y aquella compartida en el seno de la asociación y que las EPS-C conocían la no correspondencia existente, situación que sin lugar a dudas tiene la potencialidad de afectar el correcto y suficiente flujo de información para con los reguladores del sector. Adicionalmente, se estableció que ACEMI, en el desempeño de su actividad gremial, excedió los fines y medios legales que puede perseguir y de los que se puede valer para ejercer su función como gremio y representar a las personas jurídicas que agrupa, sirviendo por tanto como escenario de intercambio de información que dadas las circunstancias concretas del mercado analizado y como ya se manifestó en el presente acto administrativo, propició la realización de un acuerdo anticompetitivo.

Contrario al argumento de HUMANA VIVIR según el cual la información reportada no posee la magnitud para afectar la definición de la UPC, y tal y como se expuso de manera detallada en la decisión sancionatoria, la información que las EPS reportan se constituye como un insumo esencial para el funcionamiento del sistema ya que es base para la determinación de la UPC, así como para determinar los valores pagados por servicios NO POS por parte del FOSYGA.

De igual forma se verificó que con la articulación de las conductas relacionadas con el consenso tendiente a afectar la oferta de servicios de salud, y con la afectación de la debida transparencia de la información en el mercado, es posible establecer la existencia de una tercera conducta consistente en la fijación indirecta del valor de la UPC. En efecto, lo que este Despacho reprocha y fue expresado claramente en la Resolución de sanción es que efectivamente la ausencia de transparencia en la información que efectivamente permitiera revelar las condiciones a través de las cuales eran efectivamente prestados los servicios de salud por parte de cada EPS, hacia la entidad encargada de definir el valor de la UPC, sumado al consenso dirigido a definir una serie de procedimientos a ser considerados y excluidos por el POS, constituyen los elementos que sin duda terminan por generar un efecto artificial sobre el conjunto de información de quien determina el precio del aseguramiento en salud en Colombia.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

Frente al tema, esta Superintendencia reitera lo manifestado en la resolución que es objeto de la presente solicitud de revocatoria, cuando propone que no puede ser una justificación el hecho que el MPS hubiese tenido 5 fuentes distintas de información para la fijación de la UPC. En este punto es importante señalar que sin importar el número de fuentes de información, todas ellas por definición tienen un punto de partida común y es precisamente las cifras que efectivamente producen cada una de las EPS del sector. En esta dirección, mal haría la Superintendencia si acepta la tesis tendiente a desestimar la relevancia que la información frente a la cual se reprocha distorsión, tenga sobre la determinación de la UPC.

No puede desestimar este Despacho la gravedad de la conducta por el simple hecho de que la misma no haya sido utilizada efectivamente por el regulador para determinar el valor de la UPC para el año siguiente. De hecho, la UPC tuvo que ser fijada anualmente por el CNSSS y posteriormente por la CRES teniendo como referente el IPC anual, lo cual contrario a lo que afirma HUMANA VIVIR, no es que no tuviera un efecto sobre la UPC, sino que, de acuerdo a la posición del estamento encargado de fijar el precio de aseguramiento en salud resultó tan limitada la información, que el regulador se vio obligado simplemente ajustar manteniendo términos reales el valor del precio de aseguramiento en salud observado en periodos anteriores.

Lo anterior nuevamente reitera la gravedad asociada a la dos conductas inicialmente referenciadas, pues los hechos reflejan que no solamente los comportamientos calificados como reprochables en la Resolución de sanción tienen la potestad de impactar en el ajuste de la UPC, sino que de ser considerada como no representativa de lo efectivamente observado en el sector salud puede ser desestimada, generando de esta manera que el ajuste efectivamente realizado no refleje las condiciones reales del sector salud y por tanto se genere una brecha entre el precio de aseguramiento en salud y las condiciones de costos y economías de escala asociadas a la prestación del servicio.

De otra parte, HUMANA VIVIR manifiesta que el objeto del contrato de delegación Estado-EPS consiste en la prestación de los servicios de salud contemplados en el POS, fijado anteriormente por el CNSSS, y que no son las EPS las que a su arbitrio definen los servicios de salud que deban prestar a los afiliados del sistema, sino que es su obligación garantizar dicho POS, so pena de las sanciones que puedan ser impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud.

Frente al particular, cabe mencionar que este Despacho en ningún momento desconoce que la obligación de las EPS sea la de garantizar a los usuarios la prestación de los servicios, procedimientos, medicamentos, entre otros que se encuentren incluidos en el POS, todo lo contrario. Lo que se reprocha en la Resolución de sanción es precisamente el hecho de que las EPS, incluyendo a HUMANA VIVIR, y con la coordinación de ACEMI realizaron un acuerdo tanto para establecer el no reconocimiento de ciertos procedimientos del POS, el cual se basa en la realización de reuniones e intercambio de información para definir los contenidos, lo cual no necesariamente implica que se trate únicamente de exclusiones de los servicios del POS. Al respecto es clara la Resolución de sanción cuando señala:

*mlm*

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*"Por una parte, no puede entenderse que el acuerdo investigado tuviera únicamente como objeto el de no reconocer servicios POS y coordinar políticas para recobrarlos. El consenso tiene como eje el intercambio de información y la unificación de criterios, de manera independiente al direccionamiento de los mismos. Es decir, si bien el acta en cuestión se refiere a posibles inclusiones dentro del POS de servicios hasta el momento no reconocidos por algunas EPS, esto no desdibuja el hecho de que estas entidades estuvieran realizando un acuerdo anticompetitivo, mas aun considerando la existencia de pruebas traídas al expediente en las que se observa la intención de excluir dichos servicios."<sup>48</sup>(Negrilla fuera de texto original)*

Frente al particular, y toda vez que la conducta anticompetitiva se sancionó por su objeto, dicha situación implica que la misma no requiera la demostración de sus efectos, razón por la cual, el análisis sobre el cumplimiento exhaustivo e individual del acuerdo anticompetitivo de la forma como es pretendida, no es indispensable. Contrario a lo afirmado por HUMANA VIVIR, el no haber incluido un análisis de efectos de la conducta desarrollada individualmente por dicha EPS, no la hace fruto de la imaginación de los investigadores, más aún cuando existen suficientes elementos probatorios que demuestran que las investigadas, **competidoras entre sí**, tuvieron como objeto el unificar criterios para la prestación de servicios y, en últimas, para su comportamiento en el mercado.

Es por este motivo que HUMANA VIVIR no puede pretender que en todas y cada una de las pruebas recaudadas se encuentre una manifestación por parte de dicha EPS, así como de las otras empresas sancionadas sobre su intención de realizar un acuerdo anticompetitivo. Como ya se expuso, en el presente caso las pruebas recaudadas analizadas de manera integral, demuestran la existencia de una infracción al régimen de competencia. Lo anterior no quiere decir, como ya se explicó, que cada una de ellas no tenga un valor probatorio individual, sino que reconociendo tal valor es su articulación la que ratifica la configuración del acuerdo en las tres dimensiones que componen la infracción.

Siguiendo la misma línea argumentativa, HUMANA VIVIR indica que asumiendo que se negaran servicios incluidos en el POS, los usuarios inmediatamente podían impetrar las correspondientes acciones de tutela para que se le suministraran los correspondientes servicios de salud o formular quejas ante la Superintendencia Nacional de Salud. Adicionalmente refiere que los fallos de tutela que ordenan prestar los servicios incluidos en el POS no pueden hacerse valer para solicitar reembolsos al FOSYGA, pues son inmediatamente glosados.

En efecto, la afirmación realizada por HUMANA VIVIR es acertada en el sentido de que los usuarios pueden acudir a la tutela para que las EPS presten los servicios que se entienden incluidos en el POS, así como que el FOSYGA sólo realiza reembolsos a la EPS para la prestación no incluidos en el POS. Sin embargo, se reitera al solicitante de la presente solicitud de revocatoria, que la conducta reprochada en este caso fue la de acordar los contenidos en el POS por parte de las EPS agremiadas en ACEMI,

<sup>48</sup> Página 124 de la Resolución de Sanción No. 46111 de 2011.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

incluyendo a HUMANA VIVIR, no el incumplimiento de dicha obligación, ya que dicha investigación es de competencia de otra Entidad.

En todo caso, no sobra recordar que incluso la Corte Constitucional en diferentes decisiones de tutela señaló que las EPS no prestaban servicios a pesar de que los mismos estuvieran incluidos en el POS. En efecto, en la Sentencia T-760 de 2008 se hizo referencia a algunos de esos casos e incluso se llamó la atención al Gobierno y a las empresas sobre la mencionada práctica. En efecto, se señaló:

*"Ambos eran negados por su EPS bajo el argumento de que no se encontraban incluidos en el POS y el accionante estaba obligado a acudir a la red pública. La Corte reiteró su jurisprudencia sobre la violación del derecho a la salud ante la negativa a suministrar un servicio claramente incluido en el POS o en el POS-S. Sostuvo que "[r]especto de los exámenes y medicamentos solicitados es preciso introducir ciertas precisiones con el propósito de determinar el alcance de las obligaciones de la entidad prestadora. En efecto, el actor afirma que la entidad se ha negado a practicar los exámenes de carga viral, CD3, CD4 y CD8. Al respecto cabe precisar que dichos exámenes están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud de conformidad con el artículo 74 de la Resolución 5261 de 1994 y el Acuerdo 254 de 2003, y que por lo tanto la negativa de la entidad prestadora constituye una violación del derecho fundamental a la salud del Sr. López Beleño. En efecto, como antes se consignó una vez se ha definido legal y reglamentariamente el alcance del derecho a la salud mediante la inclusión de una prestación específica en el Manual de Medicamentos o en el Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del POS o del POS-S, las entidades prestadoras de salud están obligadas a suministrarlos a sus afiliados, por tal razón en el caso concreto CAFESALUDEPS tiene la obligación de practicar los exámenes en cuestión sin que sea posible repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía por el valor de estas prestaciones. En tal sentido se modificará el fallo de primera instancia."<sup>49</sup>*

*Si bien en diferentes oportunidades, tanto en caso de negación como de retraso en el suministro de los contenidos del POS, la Corte ha adoptado medidas, éstas han estado dirigidas a resolver los casos concretos. Es claro que el problema persiste y ha venido aumentando ya que cada día más ciudadanos deben acudir a la tutela para acceder a servicios de salud a los que en muchos casos tienen derecho, tal y como lo indica la Defensoría del Pueblo en el informe antes mencionado, "[e]n el año 2005 se interpuso un total de 224.270 tutelas, un 13% más que en el 2004 y un 160% más que en 1999."<sup>50</sup>*

*6.1.4.1.2. En conclusión, el Estado deja de proteger el derecho a la salud cuando permite que la mayoría de violaciones sean claros irrespetos a dicho derecho, en los que se obstaculiza a las personas el acceso a servicios contemplados en los planes obligatorios de salud, ya financiados. Mantener los incentivos y desincentivos que no promueven el goce efectivo del derecho, así como no ejercer adecuadamente las facultades de vigilancia y control,<sup>51</sup> han permitido que se mantenga esta situación*

<sup>49</sup>Corte Constitucional, sentencia T-434 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>50</sup>Defensoría del Pueblo (2007): *La Tutela y el Derecho a la Salud. Período 2003 - 2005*. D. Mejía Villegas (Resp.). Bogotá.

<sup>51</sup> Las deficiencias en la vigilancia y el control han sido reconocidas en el pasado como un factor que

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*constante de vulneración reiterada y en modo alguno justificable, del derecho a la salud de las personas, por parte de muchas de las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios". (Negrilla fuera de texto original)*

La Sentencia muestra cómo las conductas que fueron sancionadas pueden tener repercusiones bastante representativas en el sistema de salud colombiano. Por lo tanto, a pesar de no ser necesaria la demostración de la potencialidad de un efecto nocivo, son más que visibles las dimensiones que pueden tener las decisiones que tomen la mayoría de las EPS del Régimen Contributivo, incluyendo a HUMANA VIVIR.

Finalmente, HUMANA VIVIR considera que la Superintendencia erró al afirmar que si una EPS decide prestar servicios NO POS atenta contra la libre competencia, dicha afirmación atenta contra la jurisprudencia constitucional que ha dicho en reiteradas ocasiones que el POS es el mínimo a lo que está obligado la EPS a prestar y que en ningún caso está prohibido cubrir una prestación mayor a este mínimo. Razón por la cual el hecho de que una EPS preste servicios NO POS, sin acudir a trámites posteriores no puede calificarse de irregular y de violatorio del derecho a la libre competencia, ya que prestar servicios POS de manera rápida sin que el usuario acuda a la tutela o a otro procedimiento no constituye incumplimiento del contrato de delegación Estado-EPS así como tampoco un quebrantamiento al derecho de la competencia.

Nuevamente, este Despacho clarifica que en ningún momento reprochó a HUMANA VIVIR el hecho de que preste servicios fuera del POS. Lo que se sanciona en este caso es que los servicios que hubiera querido prestar esa EPS y que no estuvieran contenidos en el POS, hubieran sido acordados con las otras EPS, bajo la coordinación de ACEMI, y dicha prestación adicional no hubiera surgido de una decisión autónoma de la EPS. Bajo ese entendido, no resulta procedente aceptar el respectivo argumento de HUMANA VIVIR, que tiene como base una errada interpretación de las manifestaciones que realizó este Despacho en el acto administrativo sancionatorio.

De otro lado, manifiesta que no entiende por qué la SIC insiste en afirmar que las EPS compiten en coberturas, cuando es claro que las coberturas están definidas en los planes de beneficios del POS, debidamente reglamentadas, pues en materia de POS no existen coberturas disímiles y las EPS no pueden inventarse coberturas que no estén previamente señaladas en la Ley o el reglamento.

---

contribuye a la ineficiencia del gasto en salud, evidenciándose estas fallas en el control interno, la interventoría de los contratos y en la precaria supervisión y seguimiento a los diferentes agentes. [Al respecto ver, entre otros documentos, El malestar en la salud, de J. Campos, M. Rivera y M. Castañeda, Funcionarias de la Contraloría Delegada para el Sector Social, CGR, en *Economía Colombiana*, Revista de la Contraloría General de la República. N° 303, 2004]. Uno de los principales objetivos que busca el Congreso de la República mediante la Ley 1122 de 2007 es el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios, adoptando, entre otras medidas, acciones para fortalecer las funciones de inspección, vigilancia y control (art.1, Ley 1122 de 2007). Recientemente, en un estudio conjunto de la Procuraduría General de la Nación y el Centro de Estudios De Justicia se indica al respecto que "a pesar del esfuerzo de fortalecer el subsistema y de los ajustes que se le han hecho, las labores de inspección, vigilancia y control siguen fragmentadas, desarticuladas y dispersas, por lo que aun en su propia lógica económica el sistema tiene serias limitaciones prácticas." [Procuraduría General de la Nación y De Justicia, *El derecho a la salud*, 2008].

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

Tal y como se refirió en la Resolución de sanción, en aquellos casos en donde las EPS presten servicios o brinden medicamentos no previstos en el POS, sus costos deben ser cubiertos por el FOSYGA, previo el trámite de recobro correspondiente, tal y como está reconocido en la Ley<sup>52</sup> y ratificado en la jurisprudencia correspondiente<sup>53</sup>. Frente a esta posibilidad que tienen las EPS dentro del sistema, comparte plenamente este Despacho la siguiente conclusión realizada en el Informe Motivado:

*"(...) Con fundamento en este desarrollo jurisprudencial, las EPS pueden tener un incentivo para competir, incluyendo en sus prestaciones servicios de salud no incluidos en el POS o, por el contrario, negar la prestación de servicios de salud incluidos o no en el POS, con el fin de solicitar mayores reembolsos ante el FOSYGA y así obtener mayores ingresos con fundamento en el reconocimiento y pago de los servicios médicos y/o medicamentos, prestados a los afiliados y/o beneficiarios de dichas entidades"*<sup>54</sup>.

En efecto, a lo largo de la Resolución de sanción se señalaron las pruebas que confirman la existencia de una competencia entre las EPS basada en la cobertura de los servicios prestados. Tan es así que los vacíos existentes en relación con los contenidos del POS propiciaron una competencia con respecto a las coberturas, respecto de las cuales algunas EPS decidían prestar algunos servicios no incluidos en el POS de conformidad con su estructura de costos y su capacidad instalada, lo cual les generaba eficiencias, competencia que buscó extinguir a través de los acuerdos y consensos entre las EPS.

De igual forma, la investigada critica que la SIC evalúe la conducta como un todo generalizado y no individualizado como debería realizarse, y en este sentido refiere que no hay prueba en concreto que determine que HUMANA VIVIR, individualmente observada asistió y consintió las decisiones que pudieron adoptarse en las reuniones de ACEMI. Tal y como se ha señalado en varias oportunidades a lo largo del presente acto administrativo, en efecto, los hechos y las pruebas que se allegaron a la investigación fueron evaluadas en conjunto, permitiendo a esta Entidad establecer la responsabilidad de las EPS sancionadas en la realización del acuerdo, sin que haya sido necesario que existiera una prueba que evidenciara la aprobación de cada una de las EPS o acciones unilaterales de las mismas en relación con la realización del

<sup>52</sup> Ley 100 de 1993.

<sup>53</sup> Numeral 4.4.3. denominado "Acceso a los servicios que se requieran, incluidos y no incluidos dentro de los planes obligatorios" de la Sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz), T-505 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-548 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón), sigue los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en materia de acceso a los servicios médicos en el Sistema de Seguridad Social en Salud [ver al respecto, entre otras, las sentencias T-224 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz), SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-236 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz), T-631, T-628 y T-691 de 1998 (MP Antonio Barrera Carbonell), SU-819 de 1999 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-344 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y T-543 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett)].

<sup>54</sup> Documento obrante en el Cuaderno Público N° 38, Folio 8748.

MPM

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

acuerdo, así como tampoco un estudio de los efectos derivados del acuerdo ya que la conducta fue estudiada por su objeto.

De otra parte, afirma que no existen pruebas que demuestren que HUMANA VIVIR hubiera celebrado acuerdos que tuvieran por objeto faltar a la debida transparencia del mercado de aseguramiento en salud, señala que el hecho de que una EPS conozca la información respecto del número de usuarios atendidos y el tipo de prestaciones que se autorizaron, no es factor para determinar condiciones de mercado de no competencia, toda vez que las EPS no compiten en el mercado con las prestaciones y servicios, porque tales prestaciones se encuentran determinadas en el POS.

Como se manifestó en la Resolución No. 46111 de 2011, el artículo 5 del Decreto 1663 de 1994 contiene los acuerdos contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud. En particular, el numeral 10, establece como uno de estos acuerdos aquellos que "[t]engan por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud".

En este sentido, la norma reprocha cualquier acuerdo entre competidores de este mercado, a través del cual se intente ocultar o falsear la información relacionada con la prestación de los servicios de salud, ya sea a las autoridades del Sistema General de Seguridad Social en Salud), con quienes tienen una especial obligación de reportar información para el desarrollo de sus funciones y el consecuente adecuado funcionamiento del mercado, así como a sus usuarios. También prohíbe que los actores en el mercado de salud efectúen acuerdos que tengan por objeto o como efecto impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud.

Es así como en la Resolución de sanción el Despacho pudo establecer la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las EPS agremiadas en ACEMI con la participación de la señalada Asociación, que tuvo como objeto impedir la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud.

Al respecto, reitera este Despacho que no está afirmando que todo intercambio de información sea *per se* anticompetitivo. Por el contrario, lo que afirma esta Superintendencia es que dentro de la tipología de posibles escenarios de intercambios de información es factible encontrar algunos de ellos que por su naturaleza, y luego de un análisis profundo por parte de la autoridad de competencia, puede considerarse como comportamiento que a todas luces representa una conducta restrictiva de la competencia.

En el caso que nos ocupa, lo que se entiende como reprochable no es el intercambio de información generado entre cada una de las EPS al MPS. Lo que realmente esta Entidad recrimina es que en el marco de una agremiación se haya compartido información, se hayan dictado instrucciones encaminadas a afectar la debida transparencia de la misma, se haya revisado en detalle el contenido de cada información remitida previamente por las EPS y por esta vía se haya afectado

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

indirectamente el mecanismo para determinar la UPC en el mercado de aseguramiento en salud en periodos subsiguientes.

Es importante precisar que, sin importar el nivel de agregación de la información que reporta cada una de las EPS al MPS, ésta no puede clasificarse como de tipo cualitativo, toda vez que, tal como fue presentado a lo largo de la Resolución de sanción, la misma efectivamente contiene en su gran mayoría información numérica de costos, frecuencias y demás para cada una de las EPS frente a las cuales sería un grave error tipificarla como cualitativa. Por el contrario, lo que esta Superintendencia pudo constatar es que la información contenida en los correos electrónicos enviados desde ACEMI a las EPS y sus respectivas respuestas daban cuenta del carácter no consolidado y detallado de la información que efectivamente fue intercambiada. Se reitera que lo que se reprocha es que se haya generado un intercambio de información tendiente a afectar la transparencia de la misma dirigida al ente del sector encargado de tomar decisiones de fijación de la UPC.

Finalmente, HUMANA VIVIR manifiesta que la recolección de información por parte de ACEMI no es óbice para determinar que existió falsedad, ocultamiento o falta de transparencia, ya que dicha gestión es avalada por el mismo ente regulador, e independientemente de ello en ninguna parte la SIC probó que HUMANA VIVIR haya enviado información a la agremiación, así como tampoco existe prueba de que los informes anuales que rinde HUMANA VIVIR al MPS no correspondan a la realidad sobre los costos de los servicios de salud o que estos informes tengan una diferencia significativa, con respecto a los investigados.

Al respecto, resulta importante señalar que este Despacho considera que compartir información entre las EPS no constituye una función gremial, teniendo particularmente en cuenta que la información que efectivamente recibía dicha agremiación era efectivamente de carácter sensible. En efecto, lo que efectivamente muestra la evidencia probatoria obrante el expediente, es que la información recaudada por ACEMI no era toda de carácter agregada y sí fue compartida. Tan es así que obran en el expediente múltiples correos enviados a las EPS con instrucciones precisas sobre cómo debían enviar información junto con mensajes dirigidos a al menos una de las EPS con información detallada del resto de las EPS del sector.

Esta Entidad no debe dejar de reiterar que el hecho mismo de compartir información, independiente de su naturaleza, comentarla, analizarla e incluso modificarla de común acuerdo resulta reprochable en tanto, como ocurrió en el presente caso, tales actividades permiten a los agentes de un mercado no comportarse como verdaderos competidores, circunstancia prohibida a la luz de la normas de protección de la competencia.

**10.2.3 Quebrantamiento al derecho a la libre asociación**

La empresa sancionada indica que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Política, ACEMI es una agremiación lícita, razón por la cual le asiste el derecho de realizar estudios jurídicos y técnicos relacionados con el Sistema de Seguridad Social en Salud, así como de difundir dichos estudios a sus agremiados, sin

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

cue los errores que puedan plasmarse en los mismos puedan ser objeto de sanción. Señala igualmente que el intercambio de información no es por sí una conducta que pueda catalogarse como anticompetitiva o contraria a la libre competencia.

En efecto, el artículo 38 de la Constitución Nacional consagra el derecho a la libre asociación en los siguientes términos:

*"Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad."*

Así mismo, sobre la autonomía de la voluntad privada, la Corte Constitucional se ha pronunciado como a continuación se muestra:

*"(...) Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad"<sup>65</sup>. (Negrilla fuera de texto original)*

De conformidad con lo anterior, este Despacho reconoce que la libertad de asociación es un derecho que se encuentra reconocido constitucionalmente al interior de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo el solicitante, así como ningún otro individuo o empresa, pueden entender que este derecho es absoluto o ilimitado, ya que los derechos de las personas encuentran su límite o frontera cuando debe protegerse el interés general. En consecuencia, las actividades gremiales y de representación sectorial no pueden ser un vehículo a través del cual se desarrolle ningún tipo de conducta que tenga la entidad de afectar el interés general, representado en el normal u correcto funcionamiento de los mercados.

Por su parte, el derecho a la libre competencia económica es considerado por la misma Constitución como de interés general<sup>66</sup> y constitutivo de responsabilidades para los administrados. Al respecto, en la Sentencia C-815 de 2001, la Corte Constitucional consideró que:

*"Se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social*

<sup>65</sup>Sentencia T-338 de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>66</sup>ARTICULO 333. "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación." (Subrayado fuera de texto)

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad. Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades*<sup>57</sup>. (Negrilla fuera de texto original)

En virtud de lo anterior, este Despacho encuentra errado el argumento HUMANA VIVIR, toda vez que el análisis efectuado por esta Entidad al momento de valorar los hechos y las pruebas obrantes en el expediente, en relación con la comisión de las conductas anticompetitivas por parte de la agremiación ACEMI y sus EPS agremiadas, en ningún momento consistió en el reproche del ejercicio del derecho a la libre asociación, sino que el análisis que se realizó tuvo que ver directamente con la extralimitación realizada por los investigados, en relación con el ejercicio de este derecho constitucionalmente.

Así las cosas, este Despacho considera que las conductas endilgadas no pueden ser justificadas en virtud del derecho a la libre asociación, toda vez que, es clara la imposibilidad de ejercer este tipo de derechos cuando a través de los mismos se infringe o amenaza un interés de tipo colectivo y que puede afectar el correcto funcionamiento de un mercado específico.

Por su parte, es importante anotar que las acciones realizadas por las asociaciones o agremiaciones deben ser analizadas con una doble perspectiva, la primera cuando **actúan como un agente de mercado y la segunda cuando actúan en representación de sus agremiados**. En el primer caso, 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; en el segundo caso, desarrollan actividades para y con objeto de representar los intereses de sus asociados, de manera tal que, o bien sus recomendaciones, directrices, decisiones o bien su carácter de escenario o instrumento de representación de sus asociados, propicie o traiga consigo la realización de actos contrarios al régimen de protección de la libre y leal competencia.

Es precisamente en esta segunda dimensión, en desarrollo de actividades por y para sus asociados, que tanto gremios como asociaciones de profesionales, técnicos y artesanos consideran que su actuar no está restringido, pues su objeto no es otro que representar los intereses de sus asociados. La representación de los intereses de sus asociados es considerada como un interés legítimo e incluso deseable a la luz del derecho de la competencia, en tanto dicha colaboración entre competidores puede llevar a mejoras en la equidad, la eficiencia, 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,

<sup>57</sup> Sentencia C-815 de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

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 7, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, en el caso del sector de la salud las disposiciones contenidas en el parágrafo 2 del artículo 183 de la Ley 100 de 1993, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 y las consagradas en el Decreto 1663 de 1994, así como aquellas 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, previendo convertirse en un nodo de decisión colectiva de los asociados que termine afectando el libre juego de la oferta y la 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 e intercambio de información. Con todo, quizá los tipos más preocupantes para el derecho de la competencia son las recomendaciones relacionadas con precio o las prestaciones de contratos uniformes, compras conjuntas, publicidad e intercambio de información.

Respecto de los precios o prestaciones de contratos uniformes, las asociaciones deben abstenerse de decidir, recomendar o sugerir a sus asociados cualquier tipo de precio, lista de precios, lista de descuentos o promociones permitidas a sus asociados, en razón a que dichos actos pueden llegar a considerarse como acuerdos o actos restrictivos de la competencia.<sup>58</sup>

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

De la misma manera, las asociaciones pueden llegar a falsear el juego de la libre competencia al facilitar la coordinación o la colusión tácita de sus asociados cuando recomiendan, sugieren o deciden respecto de la cantidad, la naturaleza o la forma de

<sup>58</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 7969 de 2001 adicionada y corregida por la Resolución No. 13328 de 2001, en contra de ASONAV; COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 25420 de 2002 confirmada por la Resolución No. 35523 de 2002, en contra de ADICONAR; y COLOMBIA. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 20302 de 2000, en contra de ANDEVIP.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

hacer publicidad de los miembros de la asociación. Evidentemente, lo anterior no se refiere a las decisiones, recomendaciones o sugerencias que pudieran estar relacionadas por ejemplo con el respeto del Estatuto de Protección del Consumidor, con el fin incentivar a sus miembros a desarrollar publicidad leal, veraz y de buena fe con el fin de eliminar prácticas de publicidad engañosa. Se refiere a las limitaciones a la competencia en publicidad, como por ejemplo las que buscan que no se publiciten precios o no se haga publicidad comparativa.

Por último, las asociaciones deben evitar constituirse en nodos de intercambio de información que permitan y faciliten la coordinación o la colusión entre sus miembros. No quiere esto indicar que sea reprochable que los agentes de un mercado tengan información, en principio, el bienestar de los consumidores es mayor si estos están bien informados y existe mayor transparencia sobre lo que adquieren. Del mismo modo, no puede ser reprochable que una asociación publique estadísticas sobre un sector de la economía, recolectada de sus asociados cuando la misma se hace con un fin informativo.

Este Despacho considera importante resaltar que en la investigación que se adelantó, la Superintendencia no criticó el hecho de que ACEMI, realizara estudios jurídicos y técnicos relacionados con el Sistema de Seguridad Social en Salud. Contrario a lo argumentado por HUMANA VIVIR, esta Entidad reconoció que la elaboración de dichos estudios constituye un correcto ejercicio del derecho a la libre asociación, y lo que encontró reprochable, fue el hecho de que ACEMI sirviera de vehículo y actuara como coordinador de la realización de acuerdos restrictivos de la competencia.

Ahora bien, esta Entidad ha considerado que el intercambio de información entre competidores constituye un tema sustancial en las políticas de protección de la competencia, abordado por su importancia en diversas ocasiones por las autoridades encargadas de dichas políticas. Sobre el tema, es relevante mencionar que la doctrina ha diferenciado los tipos de intercambio de información que pueden surgir, así como la aproximación que debe realizarse para que cada uno de ellos pueda ser considerado como anticompetitivo<sup>59</sup>.

Así, puede afirmarse que existen por un lado intercambios de información utilizados como soporte de una conducta anticompetitiva y, por el otro, intercambios de información que por sí solos constituyen una infracción al régimen de protección de la competencia. En el primer caso, el intercambio es el mecanismo utilizado para monitorear el cumplimiento de los acuerdos pactados. En el segundo, el intercambio de información es el objeto mismo de la conducta y modifica efectiva o potencialmente de manera artificial las condiciones del mercado.

En igual sentido, se ha reconocido que las asociaciones son entidades que a pesar de que sus actividades en su gran mayoría pueden ser benéficas para un sector determinado de la economía, también tienen la potencialidad de convertirse en un centro idóneo para la realización de conductas anticompetitivas por parte de sus asociados. Sobre este punto, vale la pena recurrir a la experiencia internacional.

<sup>59</sup> Ver Whish Richard, Competition Law Sixth Edition. Oxford University Press (2009). Página 523.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), ha señalado:

*"Las asociaciones gremiales están, por su propia naturaleza, expuestas a los riesgos de cometer ilícito anticompetitivos, a pesar de que tienen muchos aspectos pro competitivos. La participación en actividades de una asociación gremial o profesional entrega una amplia gama de oportunidades para que empresas que están en la misma línea de negocios se reúnan periódicamente y discutan sobre asuntos comerciales de interés común. Tales reuniones y conversaciones, aún cuando se den en el marco del cumplimiento legítimo de los objetivos de la asociación, dan espacio a la reunión de competidores directos, y les entrega oportunidades regulares para intercambiar sus impresiones sobre el mercado, lo cual los puede fácilmente llevar a una coordinación ilegal. Las conversaciones casuales sobre precios, cantidades y futuras estrategias de negocio pueden llevar a acuerdos o entendimientos informales que claramente transgreden las disposiciones de libre competencia. Es por esta razón que las asociaciones y sus actividades están sujetas a un cuidadoso escrutinio por parte de las autoridades de competencia de todo el mundo"<sup>60</sup>. (Negrilla fuera de texto original)*

La Comisión Federal de la Competencia de Estados Unidos ha tenido la siguiente aproximación frente al asunto:

*"Los acuerdos que facilitan la colusión, en ocasiones implican el intercambio o la divulgación de información (...) la preocupación en términos de la competencia depende de la naturaleza de la información compartida. Manteniendo los demás factores iguales, el intercambio de información relativa a precios, producción, costos o la planificación estratégica es más probable que suscite mayor preocupación que aquel relacionado con información con variables de competencia menos sensibles. (...) Por último, manteniendo los demás factores iguales, el intercambio de datos individuales de una empresa, puede generar mayor preocupación que el intercambio de datos agregados que no permiten a quienes los reciben identificar la información individual"<sup>61</sup>.*

A nivel regional, la Fiscalía Nacional Económica, autoridad de competencia de Chile, en el marco de la construcción de una Guía para las Asociaciones y Gremios se ha referido al tema en los siguientes términos:

*"El intercambio de información realizado dentro del marco de una A.G.<sup>62</sup> no conlleva necesariamente problemas para la competencia, pues los mercados funcionan más eficazmente cuanto más información esté a disposición de los participantes. Sin embargo, según la naturaleza de la información intercambiada y la oportunidad en que el intercambio tenga lugar, esta práctica sí puede tener consecuencias negativas*

<sup>60</sup> OECD (2008), *Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations* (JAF/COMP(2007)45), November. Ver <http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf>.

<sup>61</sup> Tomado del párrafo 3.31 (b) Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors (AGCAC). Federal Trade Commission y US Department of Justice, Abril de 2002. Traducción libre.

<sup>62</sup> Debe entenderse que la abreviatura A.G. utilizada en la cita se refiera a Asociación Gremial.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*sobre la competencia. El intercambio de información entre competidores que se da en una A.G. no es una práctica habitual entre agentes económicos que compiten en un mercado. La entrega de información por parte de un asociado requiere que la firma actúe contra-intuitivamente al entregar acceso a información comercial que, bajo otras circunstancias, mantendría reservada. Tal entrega se realiza bajo la expectativa de que, a cambio, se recibirá información equivalente de los rivales (aunque, habitualmente esta venga presentada de una forma agregada). Por cierto, el deseo de participar en este intercambio está fundado en la asignación de valor a la información de los rivales, la cual es considerada a la hora de tomar decisiones estratégicas.*

*De este modo, el intercambio de información entre firmas competidoras por medio de la A.G. puede producir dos tipos de problemas para la competencia en los mercados. En primer lugar, puede facilitar el acuerdo o concertación de prácticas entre competidores que son parte de la A.G., principalmente brindando un sistema de monitoreo recíproco a los participantes del acuerdo. En segundo lugar, el intercambio puede aumentar la transparencia del mercado hasta el punto que, aún sin una coordinación entre los competidores, la incertidumbre disminuye y el proceso de toma de decisiones independientes de los agentes económicos se ve afectado, deteriorando de este modo el nivel de competencia en el mercado*<sup>63</sup>. (Negrilla fuera de texto original)

Lo anterior no es otra cosa que una muestra del reconocimiento internacional a las posibles infracciones que pueden emerger de las actividades llevadas a cabo en el seno de las asociaciones y gremios<sup>64</sup>. Por su parte, esta Entidad también ha sido clara cuando se ha manifestado sobre el papel de las agremiaciones y en especial, sobre la justificación basada en la colaboración con el Gobierno, como a continuación se transcribe:

*"Ahora bien, es pertinente aclarar que esta Superintendencia no censura, por el contrario celebra que los ingenios alcoholeros o el gremio que los representa colaboren con autoridades públicas en la implementación y ejecución de las políticas públicas y cumplimiento de los objetivos fijados por el Gobierno Nacional. Tampoco reprocha esta Superintendencia que una entidad gremial sirva de enlace entre sus asociados y los diferentes estamentos del gobierno, situación que por demás encuentra sustento en la propia Constitución Política, como bien los recuerdan los apoderados en sus observaciones al Informe Motivado.*

*Sin embargo, la actividad gremial, como cualquier otra actividad en Colombia, encuentra su límite en el ordenamiento jurídico. En esta línea, dicha actividad gremial debe adelantarse con sujeción a las disposiciones legales vigentes,*

<sup>63</sup> Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. Guía para la Acción. Versión para Consulta pública. Enero de 2011. Disponible en <http://www.fne.gob.cl/comunicaciones/agenda-fiscal/historico-agenda-fiscal/consulta-asociaciones-gremiales/>

<sup>64</sup> La doctrina no ha sido ajena a la discusión y se ha manifestado en los siguientes términos: "La razón principal por la cual las autoridades antimonopolio están interesadas en el intercambio de información entre competidores es que esta práctica puede ayudar a las empresas a monitorear cada comportamiento del otro. Ya hemos visto que la vigilancia es un elemento esencial de la colusión y que cualquier cosa que permita a las empresas mejor y más rápidamente conocer las desviaciones facilita la aparición de una colusión." Buccirosi, P. (2008) *Handbook of Antitrust Economics*. MIT Press. 2008.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

***entre las que se encuentran las normas de protección de la competencia. En esta medida, el pretexto de estar colaborando con una autoridad pública o de estar en ejercicio del derecho constitucional de asociación no convierte una práctica restrictiva de la competencia en lícita***<sup>65</sup>. (Negrilla fuera de texto original)

No pretende este Despacho realizar una generalización o marcar una regla única sobre el tema, ya que el intercambio de información entre competidores debe analizarse bajo un criterio caso por caso, basado además en la calidad y utilidad de la información compartida. Sin embargo, en el caso que se investigó por parte de esta Superintendencia, las pruebas que obran en el expediente permitieron establecer que la agrupación ACEMI sirvió de nodo para efectuar intercambios de información entre sus EPS agremiadas, que se permitieron y facilitaron la realización de conductas anticompetitivas en el mercado de aseguramiento en salud del régimen contributivo, sin que en ningún momento se esté sancionando sin justificación alguna el ejercicio del derecho a la libre asociación, sino la extralimitación del mismo en perjuicio del interés general, representado en la libre competencia.

Ahora bien, HUMANA VIVIR también critica a la SIC por pretender inculpar a una agrupación porque con base en sus estudios presuntamente el gobierno nacional fijó el valor de la UPC, hecho que le resulta inaceptable. Señala que quien debe fijar la UPC era en su momento el CNSSS y hoy la CRES, y que si dicho valor resulta errado es inaceptable culpar a las EPS o a ACEMI, pues estas entidades no tienen la función de hacer estudios para la determinación de ese valor.

Manifiesta como evidente que la SIC quebranta el derecho a la libre asociación al censurar los estudios que realiza ACEMI, los cuales evidentemente pueden tener errores, coartando así la libertad que tiene la agrupación de realizar esos estudios y propender por la promoción de sus agremiados.

En primera medida, este Despacho considera pertinente efectuar algunas consideraciones y aclaraciones en relación con el cargo sancionado a HUMANA VIVIR, según el cual existió un acuerdo para fijar de manera indirecta el precio del aseguramiento en salud. En primer lugar, cabe reiterar que la UPC corresponde al valor reconocido por el SGSSS a las EPS por cada persona afiliada y beneficiaria con el objeto de garantizar la organización y prestación de los servicios incluidos en el POS. El numeral 3 del artículo 172 y el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, facultaron al CNSSS la definición del valor de la UPC de acuerdo con los estudios técnicos del MPS; posteriormente, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 7 de la Ley 1122 de 2007, esta función le fue entregada a la CRES, que empezó a operar en junio del año 2009<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Ver Resolución 6839 de 2009.

<sup>66</sup> La CRES entró en funcionamiento el 4 de junio de 2009, de conformidad con lo establecido en el Concepto 2009 ER3111 del 20 de marzo de 2009, expedido por la Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública y según fue reconocido por el Ministerio de la Protección Social en el "Considerando" de su Resolución 4805 del 4 de diciembre de 2009.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

A efectos de definir el valor de la UPC cada año, los dos entes han utilizado como guía los "Estudios de suficiencia y de los mecanismos de ajuste de riesgo que determinan la UPC para garantizar el POS" que elabora el MPS año a año, en los cuales determina la suficiencia de la UPC para financiar los planes de beneficios, evalúa los mecanismos de ajuste de riesgo y recomienda el valor anual de la UPC, así como los ajustes a los ponderadores de los perfiles de riesgo (edad, sexo y localización). Tal y como se refirió en la Resolución de sanción, las fuentes de la información utilizada por el gobierno para la definición de la UPC provienen de las EPS, así:

*"(...) A continuación, se relacionan las fuentes de información utilizadas por el MPS en los estudios de suficiencia para definir la UPC del Régimen Contributivo:*

**Tabla 14**  
**Fuentes de información para la elaboración del estudio de suficiencia por parte del MPS**

| Tipo de información  | Fuente de información |
|--|-----------------------|
| Histórico de población afiliada compensada                         | FOSYGA                |
| Base de datos única de afiliados                                   | FOSYGA                |
| Bases de datos de prestación de servicios del régimen contributivo | EPS-C                 |
| Estados financieros reportados por las EPS                         | SNS                   |
| Manuales tarifarios vigentes                                       | SOAT - ISS            |

Como se aprecia en la tabla anterior, buena parte del tipo de información requerida por el MPS para la realización del estudio de suficiencia, **toma como fuente aquella suministrada por cada una de las EPS-C. En el caso del histórico de población afiliada compensada junto con la base de datos única de afiliados, suministrada al MPS por el FOSYGA, queda claro que quien tiene la capacidad de dar cuenta a este último fondo de quiénes son sus afiliados y quiénes aportan oportunamente al sistema, son precisamente las EPS-C. Igual condición se presenta respecto de la base de datos de prestación de servicios del Régimen Contributivo, caso en el que explícitamente el MPS reconoce que es cada EPS-C la responsable de suministrar dicha información.**

De igual manera, a partir de la lectura de la tabla puede concluirse que la información que requiere el MPS para el estudio es de tipo poblacional, epidemiológico y prestacional, frente a los riesgos cubiertos y costos del plan de beneficios, y financiera relacionada con los ingresos y los costos para cubrir las prestaciones. En particular, las bases de datos de prestación de servicios, suministradas por las EPS al MPS, tienen como unidad de registro cada una de las actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e insumos recibidos por afiliado, así como su respectivo costo.

(i) **Estudios de suficiencia 2006-2009 del Régimen Contributivo**

Para el período de análisis 2006-2009 la suficiencia de la UPC era determinada por el MPS a partir de la relación entre el gasto per cápita y el ingreso per cápita con base en la información del año calendario inmediatamente anterior, de la siguiente manera:

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

$$\text{SuficienciaUPC} = \frac{\text{Gastopercápita}}{\text{Ingresopercápita}}$$

*El valor de este cociente estará entre 0 y 1 y se considerará suficiente dentro de un rango que toma en cuenta los valores aceptables de costos administrativos y utilidad, esto es que no supere un valor exógenamente definido por el regulador. Tanto el ingreso como el gasto per cápita, es estimado por el MPS a partir de información contenida en los estados financieros y utilizando aquella reportada por las EPS en la declaración y en las bases de datos, tomando como referente de población el número de afiliados compensados equivalentes para el periodo de análisis.*

*Nuevamente, se hace evidente para este Despacho que en la metodología utilizada por el MPS para el cálculo de suficiencia de la UPC, la información remitida por las EPS-C resulta fundamental (...) <sup>67</sup> (Negrilla fuera de texto original)*

En virtud de lo anterior, este Despacho considera errónea la afirmación de HUMANA VIVIR, según la cual esta Entidad pretende inculpar a la agremiación y sus EPS agremiadas, de fijar el valor de la UPC, cuando dicha facultad le corresponde al gobierno, pues debe tenerse de presente que lo que reprochó la Superintendencia de Industria y Comercio fue que al reconocer que la información suministrada por cada EPS hace parte esencial para el ente regulador al momento de determinar el precio de aseguramiento en Colombia, **cualquier mecanismo que atente contra la transparencia de la información a ser suministrada, en el marco de un consenso de definición de servicios de salud a excluirse e incluirse dentro del POS, termina distorsionando el valor de la UPC, y por tal razón, tiene la capacidad de fijar indirectamente el precio del aseguramiento en salud.**

De igual forma, HUMANA VIVIR manifiesta que la responsabilidad del Estado es la fijación del valor de la UPC y el diseño de los planes de beneficios del POS no depende de los estudios que pueda reportar ACEMI, razón por la cual indica que no se explica la nueva doctrina de la Superintendencia según la cual el Estado en el ejercicio de su labor legal y constitucional fijó el valor de la UPC, para los periodos 2004-2008, porque ACEMI o las EPS suministraron información sobre el costo de los servicios. Concluye indicando que el MPS no efectuó ningún pronunciamiento negativo respecto de los informes presentados por HUMANA VIVIR, así como tampoco lo hizo ningún organismo de control y vigilancia del sector de la salud.

En virtud de lo anterior, este Despacho reitera que lo que acá se califica como comportamiento anticompetitivo es que, a través de la realización del acuerdo anticompetitivo para afectar los niveles de prestación de servicios de salud a través del consenso para definir los servicios de salud a ser cobijados por el POS, junto con la realización del acuerdo para afectar la debida transparencia en la información solicitada por el Regulador, permitieron que se configuraran las condiciones para fijar indirecta y artificialmente la UPC, que, como ya se dijo, resulta un componente fundamental del precio de aseguramiento de la salud en Colombia. Independientemente de que este precio fuese forzado al alza o a la baja, lo que acá se reprocha es que el alcance de las

<sup>67</sup> Página 177 de la Resolución de Sanción No. 46111 de 2011.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

conductas tuvieran la potencialidad de auspiciar un cambio en la UPC, cambio que no ocurriría de no haberse llevado a cabo ninguna de las dos conductas ya expuestas. Es así como, cualquier alteración al conjunto de información reportada por cada una de las EPS genera sensibles consecuencias para el regulador en el proceso de formación de la UPC.

Finalmente, y en relación con el argumento según el cual el MPS no efectuó ningún pronunciamiento negativo respecto de los informes presentados por HUMANA VIVIR, así como tampoco lo hizo ningún organismo de control y vigilancia del sector de la salud, este Despacho deja en claro al solicitante que el hecho que el MPS u otras entidades de control y vigilancia del sector no se hayan pronunciado en relación con la remisión de la información enviada a las EPS - de ser ese el caso-, no configura en sí mismo un hecho que pruebe la no comisión de las conductas anticompetitivas sancionadas por esta Entidad, toda vez que teniendo en cuenta el acervo probatorio recaudado en el transcurso de la investigación, así como una debida valoración de dicho material probatorio se hizo posible establecer la responsabilidad administrativa de las investigadas incluyendo a HUMANA VIVIR, razón por la cual no es de recibo el argumento referido por la solicitante de la presente revocatoria directa.

Frente a este punto, tal como se mencionó en la Resolución No. 46111 de 2011, no se desconoce que la solicitud de información realizada por ACEMI a sus agremiadas se encontrara referida a la Nota Técnica que habría de presentar al MPS. Lo que llama la atención, es el hecho de que ACEMI necesitara verificar la veracidad de la información que sus EPS agremiadas habían enviado previamente al MPS para la elaboración del estudio de suficiencia, cuando según lo manifestado por las EPS investigadas, ACEMI y sus apoderados, la información utilizada para la elaboración de la mencionada Nota Técnica tiene como fuente de información que ha sido remitida a los entes de regulación<sup>68</sup>.

Se cuestiona esta Superintendencia que la información remitida al MPS por parte de las EPS fuera objeto de verificación y revisión por parte de ACEMI quien se supone ya había llevado a cabo esta labor de forma preliminar al envío de la información, pues no resulta lógico que para la presentación de su Nota Técnica imparta instrucciones sobre la forma y el contenido en que la información debe ser remitida a ACEMI con el único

<sup>68</sup>En diligencia de testimonio practicada el 9 de marzo de 2010 al señor CARLOS ALFONSO MONTOYA MEJIA, en su calidad de Gerente de Salud de SANITAS manifestó: "Pregunta Apoderado Sanitas: Anteriormente usted indicó que Sanitas remite información a ACEMI, por favor indique al Despacho si esa información es conocida por el ministerio de protección social?"

Respuesta: Si hay alguna de esas informaciones que se remiten a ACEMI que son conocidas previamente por el ministerio de la protección social, por ejemplo suficiencia de UPC, eh periodicamente el Ministerio o anualmente el ministerio pide la relación de las frecuencias de servicios y los costos promedios de los servicios para calcular la suficiencia de UPC, del siguiente año basada en el año anterior, me explico, para poder calcular la de 2010 piden la de 2008, para analizarla en el 2009 y determinar la suficiencia de 2010, esa información uno se la entrega al ministerio y copia de esa información se le manda a ACEMI para que ACEMI haga sus análisis para mirar a ver el análisis global de esa información dentro del sistema de las empresas afiliadas a ACEMI. Testimonio obrante en CD en el Cuaderno No. 17.

mfm

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

propósito de ser verificada para que concuerde con la que previamente habrían enviado las EPS al MPS.

Si dicha información se encontrara libre de vicio, error o en este caso se encontrara completa y no se hubieran ocultado algunos de los datos reportados, no tendría ACEMI por qué estar revisando nuevamente la información y mucho menos impartiendo instrucciones en su envío para su posterior correspondencia con aquella previamente remitida al MPS, con el fin de que fuera acorde a la que presentaría posteriormente ACEMI como base para la realización de su Nota Técnica.

**10.2.4 En el caso ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad**

Señala el solicitante que no existe prueba alguna que corresponda al periodo de investigación que pruebe la responsabilidad de HUMANA VIVIR, y que en este sentido si las conductas hubieran sido anteriores al 2008, la potestad sancionatoria de la SIC ya habría caducado.

Es necesario tener en cuenta que la fecha desde la que se empieza a contar el término de caducidad, como se dijo en el acto administrativo sancionatorio, varía dependiendo del tipo de conductas investigada; es decir si trata de conductas de ejecución continuada o de ejecución instantánea. En el primer caso, que se presenta cuando hay una "pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable"<sup>69</sup>, el término de caducidad debe empezar a contarse desde el momento en que cesa la conducta y no cuando la misma empieza.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado<sup>70</sup>:

*"[...] La caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora no tuvo lugar en el presente caso por cuanto se trató de una conducta permanente o continuada, de suerte que los tres (3) años previstos en el artículo 38 del C.C.A. para que ocurra ese fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas debía contarse a partir del último acto del comportamiento investigado (...)"* (Negrilla fuera de texto original)

En este mismo sentido se pronunció el 20 de marzo de 2003, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera:

*"El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del C. C. A., sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una **conducta continuada**,*

<sup>69</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 2 de julio de 1999 proferida por la, Rdo. 20019384. Consejero Ponente Daniel Manrique Guzmán.

<sup>70</sup> Sentencia de enero de 2003, expediente No. 7909, Magistrado Ponente DR. MANUEL URUETA AYOLA.

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

*de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación...*<sup>71</sup>. (Negrilla fuera de texto original)

De la misma forma, el 9 de diciembre de 2004 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta puntualizó:

*"Contrario a lo señalado por el Tribunal, el acto que fue sancionado no fue la suscripción de contratos para la administración de tales recursos, sino la administración en sí misma, que es su objeto y que fue la actividad desarrollada por la Administradora de pensiones, lo que implica que se trata de una **conducta permanente o continuada**, toda vez que comprende todas las actividades y operaciones para ese fin. Por tanto, **la fecha que debe tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo será aquella en la cual cesó la conducta y no la de su iniciación**"*<sup>72</sup> (Negrilla fuera de texto original)

En estos casos, se reitera, el término de caducidad se debe contar desde el momento en que cesa la conducta y no desde la fecha de su iniciación. Aplicado lo anterior al caso concreto se tiene que, como se señaló desde la resolución de apertura, la investigación se abría con el fin de determinar si las EPS investigadas habían violado los artículos 3 y 5 numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994 y el artículo 4 de la misma normatividad.

En consonancia con lo anterior, en la Resolución de sanción se concluyó que las Investigadas habían violado las disposiciones mencionadas. A tal decisión se llegó luego de analizar de manera cuidadosa y detallada las pruebas que obran en el expediente y determinar que concretamente las EPS habían realizado los siguientes acuerdos, prohibidos por la normatividad señalada:

*"1. Los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios o tarifas.*

(...)

*8. Los acuerdos entre competidores que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de distribuir o vender un bien o de ofrecer o prestar un determinado servicio de salud, interrumpirlo, o afectar los niveles de prestación del mismo.*

(...)

*10. Los que tengan por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud."*

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Providencia del 20 de marzo de 2003, Expediente 25000-23-24-000-2001-0431-01(8340).

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Providencia del 9 de diciembre de 2004, Expediente 25000-23-24-000-2001-90129-01(14062).

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

Por lo anterior, se analizó la existencia de tres conductas, la encaminada a afectar los niveles de prestación de los servicios (numeral 8), la encaminada a afectar la transparencia de la información (numeral 10) y, finalmente, la encaminada a fijar de manera indirecta el valor de la UPC (numeral 1), pero adicionalmente y como se deriva del artículo primero de la Resolución de sanción, se resolvió que con la realización de las tres conductas mencionadas se había vulnerado el artículo 3 del Decreto 1663 que es la cláusula general de competencia en el sector salud.

Adicionalmente, se dijo que cada una de las conductas era de naturaleza continuada en la medida en que consistieron en una pluralidad de acciones con una unidad de intención que tuvo una duración en el tiempo, pero adicionalmente se señaló que las tres conductas debían ser analizadas de manera integral en la medida en que su finalidad era restringir o falsear el juego de la libre competencia en el mercado de aseguramiento en salud. Así las cosas, el acervo probatorio demostró que las diferentes actividades realizadas por las EPS **si bien se encuadran dentro de disposiciones independientes estaban ligadas entre sí por la unidad de intención de afectar la libre competencia en el mercado, razón por la que se vulneró la disposición general mencionada.**

Por lo anterior, si bien puede decirse que con las conductas de las investigadas se desconocieron diferentes disposiciones, con las mismas también se desconoció una sola disposición, circunstancia que es perfectamente posible en las conductas continuadas como lo ha señalado la doctrina penal que resulta aplicable al derecho administrativo sancionatorio:

*"Cuando se verifiquen dos o más acciones llevadas a cabo con un único propósito, pero realizadas en momentos diferentes (aunque cada una sea la consumación de un delito en sí misma), y que, a su vez, infrinjan una misma norma jurídica, estamos frente a lo que la doctrina ha dado en llamar delito continuado"<sup>73</sup>.*

En este caso, a pesar de tratarse de diferentes conductas consideradas en sí mismas, todas ellas tienen el único propósito de afectar la competencia y, en consecuencia, infringen el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994 y afectan el mismo bien jurídico protegido que es la libre competencia.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que si se tratara de conductas completamente independientes y sin ningún vínculo común entre ellas, se habría impuesto una sanción por cada una de ellas y no una por todas como efectivamente ocurrió. En este sentido, no debe perderse de vista que si fueran conductas completamente independientes podría haberse iniciado investigaciones independientes e imponer multas por cada una de ellas. Así, si bien cada una de las conductas sancionadas podría ser analizada como independiente, todas ellas hacen parte de un fin común que no puede desconocerse y que debe ser tenido en cuenta al momento de realizar su análisis.

<sup>73</sup>CONTI, Néstor Jesús, "Algunas consideraciones acerca de la teoría del concurso de delitos", Pág. 4, en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

En efecto, en el expediente obran pruebas que dan cuenta de las conductas cuestionadas desde marzo de 2007 y hasta por lo menos el 5 de diciembre de 2008, fecha que se tiene probada dentro del expediente como el último envío de información por parte de las EPS con el fin de realizar el Estudio de Suficiencia de la UPC, elaborado por el MPS para el año 2008<sup>74</sup> para la vigencia del año 2009. Con anterioridad a esta fecha se encuentra probado que el 8 octubre de 2008, las EPS propusieron, a través de correo electrónico, reunirse con el fin de homologar y armonizar las interpretaciones del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud – MAPIPOS. El correo de la fecha mencionada en el que se hace referencia a una reunión a ser realizada el 17 de octubre siguiente, tenía por objeto establecer la "Agenda jornada de trabajo comisión para homologación MAPIPOS y precisión de las definiciones del Manual".

La existencia de conductas con fines anticompetitivos llevada a cabo por las investigadas, se acreditó con una cadena de comportamientos que se han extendido en el tiempo y que implica que su análisis no se realice separadamente sino en su conjunto para concluir, con certeza, que se incurrió en conductas prohibidas por las normas de competencia.

En virtud de lo anterior, este Despacho considera que no le asiste razón HUMANA VIVIR al señalar que se ha presentado la caducidad de la facultad sancionatoria.

**10.3 Frente al hecho que la Resolución de sanción causa un agravio injustificado a HUMANA VIVIR y al Sistema General de Seguridad Social en Salud**

La empresa solicitante de la revocatoria directa señala que no se le garantizó eficientemente el derecho a la defensa ya que la SIC, además de no tener pruebas que demuestren su responsabilidad, tampoco se pronunció respecto de los argumentos expuestos, ni las pruebas aportadas, abarcando el análisis de la conducta de manera general, sin validar la situación específica de cada EPS.

Tal y como se expuso de manera extensa en el presente acto administrativo, y revisada la actuación adelantada por esta Superintendencia, particularmente el contenido de la resolución de apertura, el Informe Motivado y la Resolución de sanción, no observa este Despacho que la Entidad haya vulnerado el derecho de defensa de la investigadas. No puede olvidarse que dentro del procedimiento llevado a cabo por esta Entidad, se le dio a todos los hoy sancionados, incluyendo a HUMANA VIVIR, la posibilidad de presentar y solicitar pruebas, así como controvertirlas dentro de la etapa de investigación, lo cual denota un respeto absoluto a los principios del debido proceso como lo es el de presunción de inocencia.

Confunde HUMANA VIVIR el hecho de que no compartan el valor que se le da al acervo probatorio por parte de esta Entidad al hecho de que no exista evidencia suficiente que permita establecer su responsabilidad.

<sup>74</sup> Documento obrante en el Cuaderno No. 7, folios 1365 a 1470.

MUSA

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

No se debe perder de vista que dentro del procedimiento que se sigue por infracción a las normas de protección de la competencia, la violación al derecho de defensa se presenta cuando no se ha dado al investigado la oportunidad para alegar, plantear sus argumentos frente a los hechos que se le imputan, y para solicitar o aportar las pruebas que pretenda hacer valer con el fin de controvertir los cargos formulados y desvirtuar las pruebas que obren en su contra. El derecho de defensa se garantiza también con el traslado que se da a los investigados del Informe Motivado, oportunidad en la que éstos pueden exponer los argumentos que desvirtúen lo allí consignado.

Esas oportunidades se garantizaron en el caso objeto de estudio, pues las investigadas, incluyendo a HUMANA VIVIR, pudieron pedir y aportar pruebas y presentar los argumentos que consideraran pertinentes, tanto sobre la evidencia que obraba en el expediente y la que se iba incorporando al mismo, como respecto de lo afirmado en el Informe Motivado.

Por lo expuesto, la violación al debido proceso y al derecho de defensa alegada HUMANA VIVIR resultan infundadas, en la medida que se acredita con las pruebas del expediente que la actuación fue adelantada conforme al procedimiento previsto en el Decreto 2153 de 1992 para este tipo de infracciones, brindando a los investigados todas las garantías constitucionales y legales, estableciendo su responsabilidad con base en pruebas legalmente decretadas y valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** RECHAZAR por improcedente la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011 por medio de la cual se imponen unas sanciones.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a la EPS HUMANA VIVIR S.A., entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los **29** ABR. 2013

El Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc,



**LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA**

RESOLUCIÓN NÚMERO 00023471 DE 2013 Hoja N°. 91

**"Por la cual se resuelve una solicitud de revocatoria directa"**

Radicación N° 09-021413

**NOTIFICACIONES:**

Doctora

**MYRIAM PATRICIA PEÑA MARTINEZ**

C.C. No.51.744.890 de Bogotá

Representante Legal Principal

EPS HUMANA VIVIR S.A.

Carrera 22 No. 166-78

Bogotá

mm