



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ 37540** DE 2016

(15 JUN 2016)

Radicado No. 11-1883

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 20706 del 22 de abril de 2016 (en adelante "Resolución de Archivo") la Superintendencia de Industria y Comercio archivó la investigación administrativa adelantada contra **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR CAFAM COLSUBSIDIO LIMITADA** (en adelante "FAMISANAR"), **SALUD TOTAL 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 "SOS"), **SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP** (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"), **PROGRAMA COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR** (en adelante "COMPENSAR"), **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.** (en adelante "SURA"), **COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.** (en adelante "COOMEVA"), **ALIANSA SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.** (en adelante "ALIANSA SALUD") y **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.** (en adelante "NUEVA EPS") -todas ellas en adelante las "EPS"-, por la presunta fijación indirecta del valor de la **UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN** (en adelante "UPC") para el 2011 en el régimen contributivo.

Del mismo modo, la Superintendencia archivó la investigación iniciada contra **JAIME SANTIAGO SALAZAR SIERRA** (Representante Legal de **ALIANSA SALUD**), **MIGUEL ÁNGEL ROJÁS CORTÉS** (Representante Legal de **SALUD TOTAL**), **ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO** (Representante Legal de **CAFESALUD**), **JUAN PABLO CURREA TAVERA** (Representante Legal de **SANITAS**), **NÉSTOR RICARDO RODRÍGUEZ ARDILA** (Representante Legal de **COMPENSAR**), **GABRIEL MESA NICHOLLS** (Representante Legal de **SURA**), **CARLOS GUSTAVO PALACINO ANTÍA** (Representante Legal de **SALUDCOOP**), **PIEDAD CECILIA PINEDA ARBELÁEZ** (Representante Legal de **COOMEVA**), **OCTAVIO DE JESÚS AYALA MORENO** (Representante Legal de **SOS**), **HENRY GRANDAS OLARTE** (Representante Legal de **FAMISANAR**), **MARÍA FERNANDA ISAACS CABRAL** (Representante Legal de **CRUZ BLANCA**) y **JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE** (Representante Legal de **NUEVA EPS**), quienes habían sido vinculados a la investigación en su condición de facilitadores de la conducta anticompetitiva que se les imputó a las **EPS**.

SEGUNDO: Que en el trámite de la investigación esta Superintendencia encontró que las **EPS** no incurrieron en la fijación indirecta del valor de la **UPC**, teniendo en cuenta las siguientes conclusiones de la Delegatura para la Protección de la Competencia, las cuales fueron acogidas íntegramente por este Despacho en la Resolución de Archivo: (i) no se encontraron señales de un comportamiento convergente y coordinado entre las **EPS** en los gastos que reportaron, pues si bien existieron valores por encima de los esperados en algunas de ellas, el comportamiento no era uniforme, ni mucho menos alcista como para influenciar el valor de la **UPC**; (ii) algunas **EPS** reportaban su información en la forma en que se los facilitaban sus sistemas y no de forma estandarizada, lo cual habría generado alguna de las inconsistencias encontradas entre ellas; (iii) algunos sistemas de reporte eran alimentados directamente por las mismas Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, lo cual no les permitía a las **EPS** interferir de alguna forma en los valores que reportaron; y (iv) algunos de los errores cometidos en el diligenciamiento de la

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

información se explican, en alguna medida, en la complejidad intrínseca del proceso de generación del reporte y en la falta de claridad ofrecida por el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** respecto a la forma en que debían reportar la información.

TERCERO: Que mediante escrito radicado con No. 11-1883-926 del 29 de abril de 2016, **ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO**, como persona natural investigada, interpuso oportunamente recurso de reposición contra de la Resolución de Archivo, argumentando lo siguiente:

- Existe una dolosa omisión por parte de la Superintendencia al no responder a todos y cada uno de los argumentos que presentó respecto al Informe Motivado. En particular, afirma que no se tuvo en cuenta la imposibilidad de que exista una conducta anticompetitiva por "objeto" frente a la fijación del valor de la **UPC**, cuando la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007 prevén un mecanismo automático para su fijación en caso de que la **COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD - CRES** no la haya determinado. Según se establece en la normatividad, el valor de la **UPC** se fijará automáticamente, de acuerdo al valor de la inflación, en aquellos casos en que a 31 de diciembre del año anterior la **CRES** no la haya definido.

Asimismo, y tal y como se desprende de los Acuerdos 19 de 2010 y 23 de 2011 de la **CRES**, la deficiencia de la información aportada por las **EPS** llevó a que esa Comisión aplicara este mecanismo, por lo que cualquier posibilidad de influenciar ese valor a través de la remisión de información inconsistente por parte de las **EPS** nunca hubiera podido afectar la **UPC**. Por ello, la Superintendencia adelantó una investigación durante cinco (5) años sobre una conducta de imposible ocurrencia.

- El archivo de la investigación no se da por la falta de pruebas sobre la conducta, como se aduce en la Resolución de Archivo, sino que se trata de una grave, dolosa y mal intencionada falla en el servicio por parte de la Superintendencia al haber actuado de forma sesgada y selectiva sobre un grupo particular de empresas, ignorando que los hechos investigados se presentaron también en el régimen subsidiado, sobre el cual no se hizo ni una mínima pesquisa.

- La Superintendencia hace una absurda manipulación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 al establecer que el momento en el que empieza a contarse la caducidad de su facultad sancionatoria es la fecha en que entró en vigencia el valor de la **UPC** de 2012, esto es, cuando el valor fijado con base en los datos presentados por las **EPS** para 2011 dejó de estar vigente en el mercado. Dicho momento no puede ser el que marque el inicio de la contabilidad del término de caducidad porque en este caso se investigaba una conducta por "objeto", y el "efecto" no puede determinar el momento en que empieza a correr la caducidad, máxime cuando la información no se utilizó para definir el valor de la **UPC** como lo plasmó la **CRES** en su Acuerdo No. 19 de 2010.

- La Superintendencia desconoce las sentencias C-616 de 2001 y C-1489 de 2000 de la Corte Constitucional en las que dicha corporación fue muy clara en decir que por razones de equidad en el **POS** no existe competencia en el "mercado" de la salud. En su Sentencia C-1489 la Corte establece que en el manejo del **POS** debe evitarse la introducción de ciertos mecanismos de competencia, a nivel de la prestación de los servicios de salud, que puedan traducirse en una inequitativa segmentación del servicio de salud.

Por lo anterior, al no existir un libre mercado en todos los ámbitos del sector de la salud, la Superintendencia no puede adelantar actuaciones en todo el sector. Así, al ser la entrega de la información de las **EPS** para la fijación de la **UPC** un ámbito que no fue previsto por el legislador para que estas entidades compitan libremente, no puede investigarse ninguna conducta restrictiva de la competencia, como lo sostiene la Superintendencia.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, el recurrente solicita que se modifiquen los fundamentos de la Resolución de Archivo.

CUARTO: Que una vez estudiados los argumentos expuestos por el recurrente, y de conformidad con el artículo 59 del Decreto 1 de 1984 (Código Contencioso Administrativo -CCA-), este Despacho pasa a resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 20706 del 22 de abril de 2016, en los siguientes términos:

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

4.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos del investigado relacionados con la supuesta imposibilidad de afectar la UPC debido a la existencia de un mecanismo automático

No son de recibo los argumentos del recurrente que se refieren a que no es posible que haya una conducta anticompetitiva por parte de las **EPS** en la determinación del valor de la **UPC**, teniendo en cuenta que en la ley se prevé una fijación automática de esta unidad en los casos en los que la información reportada sea inconsistente o inútil para su determinación.

La anterior afirmación no resulta cierta si se tiene en cuenta que el mecanismo automático consagrado en el artículo 7 de la Ley 1122 de 2007 establece que la fijación automática de la **UPC** aplica en los casos en que la **CRES**, a 31 de diciembre de cada año, no haya aprobado el incremento del valor de esta unidad. Al respecto el numeral 3 del artículo 7 de la mencionada ley establece:

"Artículo 7. Funciones. La Comisión de Regulación en Salud ejercerá las siguientes funciones:

(...)

3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen, de acuerdo con la presente ley. Si a 31 de diciembre de cada año la Comisión no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.

(...)"

Como puede observarse en el artículo citado, la consecuencia de la fijación automática del incremento de la **UPC** de un año a otro se aplica, exclusivamente, en aquellos casos en que la **CRES** no lo ha definido a 31 de diciembre de cada año. En ningún caso la ley establece que la **UPC** se fijará automáticamente ante conductas anticompetitivas de quienes provén la información con base en la cual la **CRES** define el incremento, pues la fijación automática del valor de la **UPC** es el resultado de una omisión y no de una fijación de esa entidad a partir de información preparada en virtud de un acuerdo con objeto ilícito, como puede ser el que celebren las **EPS** para inflar sus costos y, de esta forma, inducir a la **CRES** a determinar un mayor valor de la **UPC**.

Es claro que en el supuesto en el que la **CRES** determinara un valor de la **UPC** con base en información preparada por las **EPS** a partir de un acuerdo anticompetitivo, la fijación automática del incremento de esa unidad no aplicaría. Tampoco aplicaría en los casos en que, a pesar de detectar falencias en la información reportada, la **CRES** decidiera aplicar otros criterios para su determinación, pues el requisito obligatorio para que la fijación se automatice es la omisión de la **CRES** en definir el valor, no el insumo o el contenido de la información que se use para su fijación.

Por lo mencionado, este tipo de acuerdos tienen la capacidad abstracta de que el valor de la **UPC** se fije con base en la documentación preparada en virtud de este tipo de acuerdos anticompetitivos. Así, de fijarse el precio en virtud de esa información estaríamos ante un "efecto" anticompetitivo, conducta de resultado que proscribe la ley. De igual forma, en caso de no conseguir dicho efecto sobre la fijación del valor de la **UPC**, y con independencia del motivo por el cual no se logró -bien sea por la aplicación del mecanismo automático, el uso de otras fuentes, etc.-, la violación de la norma de protección de la competencia se daría por "objeto", la cual consiste en una infracción de mera conducta o de peligro.

En el presente caso, y contrario a lo afirmado por el recurrente en su escrito, la información aportada por las **EPS** sí fue empleada por la **CRES** para la fijación definitiva del valor de la **UPC** para 2011. Las citas descontextualizadas del contenido de los acuerdos 19 de 2010 y 23 de 2011 le permiten concluir al recurrente, erróneamente, que para la fijación de la **UPC** se utilizó el mecanismo automático descrito en párrafos anteriores.

En este sentido, debe recordarse que en el Acuerdo 19 de 2010, en el cual debió fijarse el incremento del valor de la **UPC** para 2011, se estableció que debido a las inconsistencias encontradas en la información remitida por las **EPS** la **CRES** decidió aplicar, de manera temporal - hasta el 31 de marzo de 2011-, el mecanismo automático mencionado, y definió el incremento de la **UPC** para 2011 en 4.25% (valor de la inflación causada a noviembre de 2010). Esta transitoriedad de la aplicación del mecanismo dejó abierta la posibilidad de que el valor de la **UPC** se fijara de

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

acuerdo con la información remitida de las **EPS** y, por ende, la potencialidad de que el efecto anticompetitivo se causara.

Vencido el plazo otorgado por el anterior Acuerdo, la **CRES** expidió el Acuerdo 22 de 2011, en el cual extendió el plazo inicialmente fijado de 3 meses para corregir las inconsistencias, hasta el 15 de mayo de 2011, manteniendo la potencialidad de generar el efecto hasta dicha fecha. Así, el 16 de mayo de 2011, la **CRES** expide su Acuerdo 23 y determinó, a partir de la información presentada por las **EPS** del régimen contributivo, el valor de la **UPC** que se aplicaría proporcionalmente a partir del 1 de abril de 2011 para ese año. Con esto, de haberse encontrado un acuerdo anticompetitivo entre las **EPS** para la remisión de esa información, se habría causado el efecto de la fijación indirecta de la **UPC**.

Por lo anterior, no es cierto que la información reportada por las **EPS** no haya sido utilizada para la determinación del incremento del valor de la **UPC** en el régimen contributivo, así como tampoco es cierto que haya operado la fijación automática del valor de esta unidad, pues el uso de esta alternativa fue temporal y transitorio, y solamente estuvo vigente en este régimen mientras se corregían algunas inconsistencias de la información entregada por las **EPS**.

En consecuencia, no son de recibo los argumentos del recurrente respecto a la imposibilidad de una conducta anticompetitiva en la determinación del valor de la **UPC**, teniendo en cuenta que en la ley se prevé una fijación automática de esta unidad en los casos de omisión de la **CRES** en su definición, cosa que para el régimen contributivo en 2011 no ocurrió.

4.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos del investigado relacionados con la inexistencia de investigaciones sobre el régimen subsidiado

Los argumentos presentados por el recurrente respecto a que no se investigó la misma conducta indagada en el presente caso, pero en el régimen subsidiado, no tienen ninguna incidencia en la definición de la responsabilidad de las personas investigadas en el caso que nos ocupa. Independientemente de que se iniciara o no una investigación a las **EPS** del régimen subsidiado por el mismo actuar, este hecho no habría afectado en nada las condiciones de modo, tiempo y lugar pertinente para la presente investigación, pues los hechos que aquí se resolvieron versaban exclusivamente sobre la determinación de la **UPC** para 2011 en el régimen contributivo.

Ahora bien, tampoco podría este Despacho extralimitarse en sus funciones y decidir sobre la conducta de unos agentes y un mercado que no hizo parte de la investigación iniciada por la Delegatura. Las funciones de una y otra dependencia de esta Superintendencia están claramente señaladas en la ley, por lo que el análisis de significatividad de los casos, inicio de las investigaciones, práctica de pruebas y formulación de recomendaciones al Superintendente en el Informe Motivado, así como todas las demás funciones que componen la instrucción de este tipo de trámites, están en cabeza exclusiva de la Delegatura para la Protección de la Competencia. Por su parte, la decisión final, la atención del recurso de reposición que sobre esta se presenten y las demás actuaciones propias de la etapa de decisión, sí son propias de este Despacho.

Teniendo en cuenta lo anterior, al no ser pertinente para el caso el argumento formulado, y por ser una función ajena a este Despacho determinar si sería procedente iniciar una investigación por los hechos acá abordados pero respecto del régimen subsidiado, no hay mérito alguno para modificar la decisión o los argumentos presentados en la Resolución de Archivo.

4.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos del investigado relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria

Tampoco resultan de recibo los argumentos del recurrente respecto a la "manipulación" de este Despacho de la caducidad de la conducta que investigaba. Para lo anterior, tal y como se explicó en detalle en la Resolución de Archivo, debe tenerse en cuenta que al estarse investigando una fijación indirecta del valor de la **UPC** para 2011, y atendiendo a que la información de las **EPS** fue efectivamente usada por la **CRES** para su determinación, el efecto de esa conducta habría durado todo el tiempo que el valor de la **UPC** estuvo definido con base en dicha información, es decir, hasta que se fijó un nuevo valor para 2012.

En el sentido expuesto, la caducidad respecto de una fijación de precios se mide desde el último momento en que ese precio, en este caso el valor de la **UPC** para 2011, estuvo vigente en el

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

mercado. Por ello la caducidad sólo hubiera operado, en caso de haberse encontrado probado el acuerdo, hasta el 1 de enero de 2017, esto es, 5 años desde que el valor de la **UPC** se fijó para 2012.

Al respecto este Despacho mencionó en la Resolución de archivo:

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

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

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

En adición a lo anterior, debe tenerse claro que las normas imputadas como infringidas por las **EPS** en la Resolución No. 26273 del 20 de mayo de 2011 fueron, entre otras, los numerales 1 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, los cuales establecen lo siguiente:

"Artículo 5. 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.

(...)

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.

(...)"

Como puede verse, ambas disposiciones proscriben la conducta anticompetitiva tanto por "objeto" como por "efecto", por lo que no puede afirmarse que en este caso no se les imputó haber generado u obtenido el efecto anticompetitivo prohibido. En estos términos, no es cierto que la presente investigación se haya agotado en la fijación indirecta de precios por objeto.

Por último, es necesario recordar las conclusiones presentadas en el numeral 4.1 de la presente Resolución, pues al haber sido usada la información de las **EPS** para el incremento definitivo de la **UPC** para 2011 por parte de la **CRES** -a través de su Acuerdo 23 de 2011-, la conducta, de haberse encontrado probada, habría generado el efecto anticompetitivo que se reprochaba. En este sentido, la caducidad de la conducta investigada se hubiera extendido hasta el 1 de enero de 2017, como ya se explicó en este acápite.

Por lo dicho, los argumentos expuestos serán rechazados por esta Superintendencia y los fundamentos de hecho y derecho empleados en la Resolución de Archivo no serán modificados.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

4.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos del investigado relacionados con el presunto desconocimiento de los pronunciamientos de la Corte Constitucional

No comparte este Despacho las afirmaciones del recurrente sobre una presunta inaplicación de los conceptos de la Corte Constitucional consagrados en sus sentencias C-616 de 2001 y C-1489 de 2000 por parte de esta Superintendencia. Como se mencionó en la Resolución de Archivo, la interpretación de dichos fallos por parte de **ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO** desnaturaliza y descontextualiza las intenciones de la Corte sobre este sector. Al respecto este Despacho afirmó lo siguiente:

*“Ahora bien, las afirmaciones de la Corte Constitucional citadas por **ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO** respecto a que “(...) resulta claro que el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia en materia de salud, sólo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y dentro de las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social (...)”¹; deben ser recibidas en el contexto en el que se manifestaron.*

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

“El Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado, dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta. En ese contexto y supuesto el espacio de competencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia.”

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

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

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

En esta oportunidad el recurrente intenta, nuevamente, argumentar la inaplicabilidad del derecho de la competencia en el mercado de la salud a través de unas interpretaciones sesgadas de las

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

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

afirmaciones y fines de la Corte Constitucional en su Sentencia C-616 de 2001, por lo que la conclusión de este Despacho no puede ser otra que la de ratificar sus afirmaciones al respecto. Sumado a lo anterior, **ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO** pretende desconocer la existencia de normas de protección de la competencia en el mercado de la salud por medio de la citación de la Sentencia C-1489 de 2000, en particular el siguiente aparte:

"... el establecimiento de planes únicos de salud, (el POS en el RC y el POS-S en el RS), financiados con las llamadas UPC en el RC (Unidades de Pago por Capitación) y las UPC-S en el RS, deberían evitar que la introducción de ciertos mecanismos de competencia, a nivel de la prestación de los servicios de salud, pueda traducirse en una inequitativa segmentación del servicio de la salud..."

A partir de lo anterior, concluye que, en la prestación de los servicios del **POS**, por razones de equidad constitucional, no hay competencia. Esta conclusión no sólo no es acertada frente a las palabras de la Corte, sino que no tiene nada que ver con la investigación que se adelantó en esta Superintendencia en el presente caso.

Por una parte, la corte afirma que hay ciertos criterios de competencia que deberían evitarse para la prestación del servicio de salud del **POS**, literalidad que evidencia la existencia de otros criterios de competencia en este mercado. Lo anterior resulta apenas lógico en la medida en que, al tratarse de un mínimo en salud para todos los ciudadanos, no puede permitírsele a los agentes intermediadores, en este caso las **EPS**, que compitan con la adición o eliminación de estos servicios básicos. Lo anterior, no elimina el proceso competitivo en la prestación del servicio de salud, pues existen otros criterios, como la calidad del servicio, que le permiten a las **EPS** tener mayor número de afiliados y, con ello, un mayor ingreso por concepto de la **UPC**, lo cual quedó confirmado cuando la Corte señala, en la misma Sentencia, que "[a]sí, en primer término, el subsidio a la demanda permite que el usuario escoja entre las distintas instituciones de prestación de servicios de salud, y esa libertad de selección premia a aquellas entidades que prestan servicios de mejor calidad".

Por lo anterior, la Corte en ningún momento ha sostenido que no existe mercado de la salud, o que no existan criterios de competencia al interior de la prestación de este servicio en el **POS**, simplemente reconoce que los servicios de salud mínimos no pueden verse afectados por el proceso competitivo.

Por otra parte, al hacer la Corte estas afirmaciones en el contexto de la garantía del mínimo de servicios médicos que deben prestarse a los ciudadanos según el **POS**, en nada se pronuncia respecto de la existencia de conductas anticompetitivas frente a la fijación de la **UPC**. No puede olvidarse que el valor de la **UPC** se hace con base en la información que reportan las **EPS** sobre sus costos, la cual debería ser reportada de forma independiente y fiel a los gastos en los que incurrieron, por lo que su conformación atiende a la efectiva oferta y demanda que afronta cada una de las **EPS**, lo cual puede afectarse a través de un acuerdo anticompetitivo. De esta forma, el Estado solo puede evaluar verazmente la suficiencia del reconocimiento económico que hace a las **EPS** para prestar dichos servicios, cuando su estudio se basa en la realidad competitiva y no, cuando se simula esta realidad competitiva para inflar el precio que las **EPS** cobran al Estado por cada afiliado.

Así las cosas, al ser esa **UPC** la contraprestación que reciben las **EPS**, esa unidad constituye el precio que el Estado les reconoce para garantizar la salud de sus afiliados y que se construye a partir de la realidad competitiva que enfrentan esas entidades en la prestación del servicio de salud; precio que es pagado por los cotizantes del sistema, como bien lo afirma la misma Corte cuando reconoce que "*mensualmente cada EPS o ARS recibe, por cada afiliado, el valor de una UPC (o UPC-S según el caso), que proviene de las cotizaciones de trabajadores y empleadores en el caso del RC y total parcialmente subsidiada por el Sistema de Salud, en el caso del RS.*"

Por lo anterior, y atendiendo a las normas imputadas como infringidas por las **EPS** investigadas, sí es posible la comisión de prácticas anticompetitivas en el mercado de la salud, por lo que, en el caso particular, la investigación se enfocó en la fijación indirecta de precios y en ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 20706 del 22 de abril de 2016.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO**, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR la presente Resolución a ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR CAFAM COLSUBSIDIO LIMITADA, SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A., SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP, CRUZ BLANCA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A., PROGRAMA COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A., JAIME SANTIAGO SALAZAR SIERRA, MIGUEL ÁNGEL ROJAS CORTÉS, JUAN PABLO CURREA TAVERA, NÉSTOR RICARDO RODRÍGUEZ ARDILA, GABRIEL MESA NICHOLLS, CARLOS GUSTAVO PALACINO ANTÍA, PIEDAD CECILIA PINEDA ARBELÁEZ, OCTAVIO DE JESÚS AYALA MORENO, HENRY GRANDAS OLARTE, MARÍA FERNANDA ISAACS CABRAL y JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., el 15 JUN 2016

El Superintendente de Industria y Comercio,


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Luis Alberto Castell Borrero
Revisó: Andrés Pérez Orduz
Aprobó: Pablo Felipe Robledo del Castillo

NOTIFICAR:

ANÍBAL RODRÍGUEZ GUERRERO
CC. 79.262.500
Carrera 10 No. 82 17 Apartamento 403
Bogotá D.C.

COMUNICAR:

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR CAFAM COLSUBSIDIO LIMITADA
NIT. 830.003.564-7
Apoderado
JAIME HUMBERTO TOBAR ORDÓÑEZ
CC. 79.300.924
T.P. 44.088 del C. S. de la J.
Carrera 7 No. 32 – 33 Piso 22
Bogotá D.C.

SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

NIT. 800.130.907-4

Apoderado

GUILLERMO SOSSA GONZÁLEZ

CC. 80.420.247

T.P. 86.452 del C. S. de la J.

Carrera 8 No. 69 - 48

Bogotá D.C.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.A.

NIT. 805.001.157-2

Apoderado

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

CC. 19.335.765

T.P. 30.633 del C. S. de la J.

Carrera 14 No. 93B – 32 Oficina 404

Bogotá D.C.

SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP

NIT. 800.250.119-1

Apoderado

LUIS FERNANDO VILLEGAS GUTIÉRREZ

CC. 79.143.242

TP. 35.355 del C. S. de la J.

Carrera 70A No. 6 - 24

Bogotá

CRUZ BLANCA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

NIT. 830.009.783-0

Apoderado

LUIS FERNANDO VILLEGAS GUTIÉRREZ

CC. 79.143.242

TP. 35.355 del C. S. de la J.

Carrera 70A No. 6 - 24

Bogotá

CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

NIT. 800.140.949-6

Apoderado

LUIS FERNANDO VILLEGAS GUTIÉRREZ

CC. 79.143.242

TP. 35.355 del C. S. de la J.

Carrera 70A No. 6 - 24

Bogotá

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.

NIT. 800.251.440-6

Apoderado

JORGE BERNARDO JAECKEL KOVÁCS

CC. 80.410.552

T.P. 64.720 del C. S. de la J.

Calle 90 No. 19A – 49 Oficina 803

Bogotá D.C.

PROGRAMA COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR

NIT. 860.066.942-7

Apoderado

LUIS ANDRÉS PENAGOS VILLEGAS

CC. 71.724.156

TP. 85.409 del C. S. de la J.

Calle 73 No. 10 – 83 Torre D Piso 9

Bogotá D.C.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.

NIT. 800.088.702-2

Apoderado

ANDRÉS JARAMILLO HOYOS

CC. 7.562.626

T.P. 75.015 del C. S. de la J.

Avenida Calle 72 No. 6 – 30 Piso 12

Bogotá D.C.

COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

NIT. 805.000.427-1

Apoderado

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

CC. 19.335.765
T.P. 30.633 del C. S. de la J.
Carrera 14 No. 93B – 32 Oficina 404
Bogotá D.C.

ALIANSA SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

NIT. 830.113.831-0

Apoderado

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

CC. 19.335.765
T.P. 30.633 del C. S. de la J.
Carrera 14 No. 93B – 32 Oficina 404
Bogotá D.C.

NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A.

NIT. 900.156.264-2

Presidente

JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE

CC. 79.267.821,
Complejo San Cayetano, Carrera 85K No. 46A – 66 Piso 2
Bogotá D.C.

PERSONAS NATURALES**JAIME SANTIAGO SALAZAR SIERRA**

CC. 10.280.019

Apoderado

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

CC. 19.335.765
T.P. 30.633 del C. S. de la J.
Carrera 14 No. 93B – 32 Oficina 404
Bogotá D.C.

MIGUEL ÁNGEL ROJAS CORTÉS

CC. 19.364.775

Apoderado

GUILLERMO SOSSA GONZÁLEZ

CC. 80.420.247
T.P. 86.452 del C. S. de la J.
Carrera 8 No. 69 - 48
Bogotá D.C.

JUAN PABLO CURREA TAVERA

CC. 19.455.639

Apoderado

JORGE BERNARDO JAECKEL KOVÁCS

CC. 80.410.552
T.P. 64.720 del C. S. de la J.
Calle 90 No. 19A – 49 Oficina 803
Bogotá D.C.

NÉSTOR RICARDO RODRÍGUEZ ARDILA

CC. 19.189.652

Apoderado

LUIS ANDRÉS PENAGOS VILLEGAS

CC. 71.724.156
TP. 85.409 del C. S. de la J.
Calle 73 No. 10 – 83 Torre D Piso 9
Bogotá D.C.

GABRIEL MESA NICHOLLS

CC. 70.569.935

Apoderado

ANDRÉS JARAMILLO HOYOS

CC. 7.562.626
T.P. 75.015 del C. S. de la J.
Avenida Calle 72 No. 6 – 30 Piso 12
Bogotá D.C.

CARLOS GUSTAVO PALACINO ANTÍA

CC. 19.369.145
Kilómetro 26 vía la Calera, Conjunto Pradera de Potosí No. 14
La Calera, Cundinamarca

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

PIEDAD CECILIA PINEDA ARBELÁEZ

CC. 43.017.413

Apoderado

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

CC. 19.335.765

T.P. 30.633 del C. S. de la J.

Carrera 14 No. 93B – 32 Oficina 404

Bogotá D.C.

OCTAVIO DE JESÚS AYALA MORENO

CC. 14.987.694

Apoderado

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

CC. 19.335.765

T.P. 30.633 del C. S. de la J.

Carrera 14 No. 93B – 32 Oficina 404

Bogotá D.C.

HENRY GRANDAS OLARTE

CC. 19.308.850

Apoderado

JAIME HUMBERTO TOBAR ORDÓÑEZ

CC. 79.300.924

T.P. 44.088 del C. S. de la J.

Carrera 7 No. 32 – 33 Piso 22

Bogotá D.C.

MARÍA FERNANDA ISAACS CABRAL

CC. 51.831.277

Apoderada

DIANA VICTORIA VARGAS MOLINA

CC. 1.032.378.486

TP. 183.588 del C. S. de la J.

Carrera 7 No. 71 – 52 Torre A Oficina 504

Bogotá D.C.

JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE

CC. 79.267.821,

Complejo San Cayetano, Carrera 85K No. 46A – 66 Piso 2

Bogotá D.C.