



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

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015

1 8 JUN 2015

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 61081 del 19 de octubre de 2012³, modificada por la Resolución No. 7820 del 27 de febrero de 2013⁴, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir investigación formal y formular pliego de cargos en contra de **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S** (en adelante **CAPITAL SALUD**) y **SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO S.A.** (en adelante **SALUD TOTAL**), con el fin de determinar si actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Igualmente, en dichas Resoluciones se ordenó abrir investigación en contra de **MARTHA MILENA PORRAS SALAS**, Representante Legal de **SALUD TOTAL EPS-S S.A.S** (en adelante **SALUD TOTAL EPS-S**) entre 2010 y 2011, **MAURICIO TRUJILLO VILLEGAS**, Representante Legal de **CAPITAL SALUD** entre 2009 y 2011, **HENRY GRANDAS OLARTE**, Representante Legal de **SALUD TOTAL** entre 2007 y 2010, y **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**, Representante Legal de **SALUD TOTAL** desde 2011 a la fecha, con el fin de determinar si incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber autorizado, ejecutado o tolerado la conducta objeto de investigación.

Los hechos que dieron origen a la apertura de investigación se refieren a una fusión por absorción efectuada el 12 de julio de 2011 entre las sociedades **CAPITAL SALUD**, entidad promotora del régimen subsidiado (como entidad absorbente), y **SALUD TOTAL EPS-S**, entidad promotora del régimen subsidiado (entidad absorbida), que no fue informada a la **Superintendencia de Industria y Comercio** (en adelante **SIC**).

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Folios 243 a 257 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴ Folios 1087 a 1090 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 2

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

Los hechos fueron expuestos en el Informe Motivado en los siguientes términos:

"(...)

1. **CAPITAL SALUD** se concibió como una Entidad Promotora de Salud perteneciente al Distrito Capital, producto de una iniciativa del Concejo de Bogotá que se hizo efectiva mediante la aprobación del Acuerdo 308 de junio 9 de 2008, que autorizó al Gobierno Distrital para que procediera con la constitución de dicha EPS, en cumplimiento del plan de desarrollo Distrital.
2. El Distrito Capital, después de agotar un proceso de selección para escoger un socio estratégico, seleccionó a la sociedad **SALUD TOTAL** de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, para la creación de una Entidad Promotora de Salud como una sociedad de economía mixta, en el régimen subsidiado. Razón por la cual el 30 de junio de 2009 suscribieron un acuerdo marco de voluntades, en el cual se estipuló que **SALUD TOTAL** adelantaría un proceso de escisión con el fin de crear una nueva EPS para operar el régimen subsidiado y posteriormente, poderse fusionar con **CAPITAL SALUD**.
3. El 1 de julio de 2009 se constituyó **CAPITAL SALUD**, habilitada como EPS para la operación y administración de recursos del régimen subsidiado del sistema general de seguridad social, en Bogotá y el Departamento del Meta, mediante Resolución No. 1228 del 22 de julio de 2010 de la **SNS**.
4. Mediante escritura Pública 1227 de julio 27 de 2010 de la Notaría 77 del círculo de Bogotá se protocolizó la escisión del régimen subsidiado de **SALUD TOTAL** creando la nueva sociedad **SALUD TOTAL EPS-S**, habilitada como EPS operadora del régimen subsidiado, mediante Resolución No. 029 del 7 de enero de 2011 de la **SNS**.
5. La **SNS** autorizó la fusión por absorción entre **CAPITAL SALUD**, y **SALUD TOTAL EPS-S**, acto protocolizado mediante Escritura Pública No. 1595 de julio 12 de 2011 en la Notaria 51, y autorizado mediante Resolución No. 1117 de junio 10 de 2011 de la **SNS**.
6. **CAPITAL SALUD** inició operaciones el 12 de julio de 2011 prestando servicios en el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(...)⁵

Señala la Delegatura que la actuación administrativa fue iniciada de oficio con ocasión del reporte hecho a esta Superintendencia por la Cámara de Comercio de Villavicencio⁶, y que de acuerdo con los requerimientos previos hechos por la Delegatura y las actuaciones adelantadas en la averiguación preliminar, se concluyó que "(...) la operación realizada entre

⁵ Informe Motivado. Págs. 22 a 23.

⁶ Comunicación radicada con No. 11-137179-00 del 14 de octubre de 2011. Folios 1 a 12 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 3

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

SALUD TOTAL EPS-S y CAPITAL SALUD, correspondía a una fusión por absorción y que esta coincidía con los presupuestos de un proceso de integración (...)", por lo que se vinculó en calidad de investigada a **CAPITAL SALUD** y como personas naturales a **MARTHA MILENA PORRAS SALAS** y **MAURICIO TRUJILLO VILLEGAS**, en razón a su cargo de representantes legales de las sociedades intervinientes⁷.

Adicionalmente, se indica que la Resolución No. 7820 del 27 de febrero de 2013, por la cual se modificó y adicionó la Resolución No. 61081 del 19 de octubre de 2012, tuvo como fundamento el hecho que, de manera previa a la fusión referida, tuvo lugar una operación a través de la cual **SALUD TOTAL** se escindió y transfirió en bloque parte de su patrimonio (destinado a la operación del régimen subsidiado de salud) a la sociedad beneficiaria **SALUD TOTAL EPS-S**, y que tal operación se habría realizado presuntamente con el fin de efectuar posteriormente la fusión por absorción con **CAPITAL SALUD**. Fue en razón de esta operación que, a través de la citada Resolución No. 7820, decidió vincularse a **SALUD TOTAL** y a las personas naturales **HENRY GRANDAS OLARTE** y **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**⁸.

SEGUNDO: Que una vez notificadas las Resoluciones No. 61081 del 19 de octubre de 2012 y No. 7820 del 27 de febrero de 2013, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 76789 del 11 de diciembre de 2013⁹, y conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la Delegatura ordenó practicar las pruebas solicitadas y tener como pruebas las aportadas por los investigados, al igual que decretó las pruebas de oficio que consideró conducentes.

TERCERO: Que culminada la etapa probatoria, la Delegatura procedió a citar a la audiencia de descargos prevista por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, con el fin de que los investigados presentaran de manera verbal los argumentos que pretendieran hacer valer respecto de la investigación, diligencia que se llevó a cabo el 29 de agosto de 2014 en las instalaciones de la **SIC**¹⁰.

Los principales argumentos expuestos por los investigados se resumen a continuación:

Manifestaron que no existió infracción alguna al régimen de competencia, toda vez que no se configuraron los supuestos subjetivo y objetivo necesarios para que se activara el deber de información de integraciones empresariales. Señalaron que previo a la fusión, **CAPITAL SALUD** no se encontraba compitiendo con **SALUD TOTAL EPS-S** ni con **SALUD TOTAL**, ya que para ese momento no era un agente en el mercado, no reportaba ingresos operacionales, no tenía afiliados ni proveedores, ni tampoco la infraestructura necesaria como para ser una alternativa de elección para los usuarios del régimen subsidiado de salud.

⁷ Informe Motivado. Pág. 4.

⁸ Ibid. Págs. 4-5.

⁹ Folios 1099 a 1109 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹⁰ La grabación de la audiencia se encuentra en CD contenido a Folio 1754 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente y el acta respectiva a Folio 1755 del mismo Cuaderno.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 4

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

Afirmaron igualmente que la fusión simplemente constituyó un cambio de titular y no una integración que debiera informarse ante la SIC, ya que no intervinieron dos empresas que en ese momento se dedicaran a la misma actividad, lo cual se evidencia en que **CAPITAL SALUD** solo comenzó a reportar actividades operacionales de manera posterior a la operación y que, incluso, no se generaron cambios significativos en el mercado después de esta.

Con relación al supuesto objetivo, señalaron que como este se encuentra ligado a los activos e ingresos operacionales al momento de la operación de integración, y estableciendo la Ley que si en conjunto las empresas intervinientes cuentan con menos del 20% del mercado relevante la operación se entiende autorizada, en consecuencia en el presente caso no había participación ni mayor o menor a dicho porcentaje, ya que simplemente **CAPITAL SALUD** no se encontraba operando en el mercado.

Los investigados se refirieron igualmente al hecho de haberse abierto investigación respecto de la operación por la cual **SALUD TOTAL** se escindió y creó **SALUD TOTAL EPS-S**. Manifestaron que esta actuación contradice la doctrina de la SIC, ya que una escisión comprende un acto de desintegración, lo cual se opone totalmente a lo que es una concentración.

Respecto de la vinculación de **SALUD TOTAL** y de las personas naturales que ejercieron como Representantes Legales de la sociedad, **HENRY GRANDAS OLARTE** y **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**, los investigados manifestaron que esta empresa no tenía ninguna representación en el mercado relevante (Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud), y que sus representantes legales nunca tuvieron vínculo alguno con la sociedad interviniente en la fusión, es decir, **SALUD TOTAL EPS-S**.

En cuanto a las personas naturales vinculadas a la investigación que ejercieron como Representantes Legales de **CAPITAL SALUD**, **MARTHA MILENA PORRAS SALAS** y **MAURICIO TRUJILLO VILLEGAS**, los investigados indicaron que como no hubo ninguna infracción por parte de las empresas intervinientes en la fusión, no puede afirmarse una conducta tendiente a tolerar, ejecutar o participar en dicha presunta infracción.

En resumen, concluyeron los investigados que la fusión por absorción realizada entre **CAPITAL SALUD** y **SALUD TOTAL EPS-S**, comprendía una operación que no debía ser informada ni notificada a la SIC y que, en consecuencia, no se incurrió en infracción alguna frente al régimen de libre competencia.

CUARTO: Que una vez desarrollada la audiencia verbal en los términos descritos en el numeral anterior, la Delegatura, mediante Memorando radicado bajo el No. 11-137179--110-2 del 2015-01-28¹¹, presentó al Superintendente de Industria y Comercio (en adelante el **Superintendente**) el respectivo informe motivado¹², en el cual recomendó archivar la presente investigación, toda vez que no se encontró infracción alguna a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

¹¹ Folio 1808 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

¹² Folios 1764 a 1807 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 5

“Por la cual se ordena el cierre de una investigación”

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

A continuación, se presenta un resumen del análisis hecho por la Delegatura en el Informe Motivado:

Consideró la Delegatura que la operación de fusión por absorción realizada entre **CAPITAL SALUD** y **SALUD TOTAL EPS-S**, así como la escisión adelantada por **SALUD TOTAL**, no constituyeron actos integradores sobre los cuales recayera el deber legal de notificar o informar, previo a su ejecución, ya que no cumplen con los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Se indicó que si bien de conformidad con el supuesto subjetivo el deber de informar una integración está sujeto a que las empresas que se pretenden integrar se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado, o que se encuentren dentro de la misma cadena de valor respecto de dicho bien o servicio, este supuesto debe interpretarse de conformidad con los objetivos perseguidos por la libre competencia, lo cual implica que al momento de realizar la adecuación de la conducta deba verificarse que efectivamente las empresas intervinientes se encuentren ejerciendo paralelamente la misma actividad económica, o participando en la misma cadena de valor, dentro de un mismo mercado, constituyéndose así como competidores reales.

De esta manera, expone la Delegatura que conforme a las pruebas recaudadas en la investigación, si bien **CAPITAL SALUD** y **SALUD TOTAL EPS-S** tenían como objeto social la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud (POS) en el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo que podría indicar la verificación del supuesto subjetivo, esta actividad no era ejercida, ni previa ni concomitantemente a la realización de la integración, por parte de **CAPITAL SALUD**.

En efecto, se señala en el informe motivado que tal como consta en la información financiera aportada por la empresa y en el análisis adelantado por la Delegatura sobre el mercado del régimen subsidiado de salud en Bogotá D.C. y el Departamento del Meta, no se reportaban operaciones, ni afiliaciones al sistema por parte de **CAPITAL SALUD**, sino únicamente después de la operación de fusión. Igualmente, la Delegatura indica que la empresa no tenía antes de la fusión la capacidad (en término de activos, capital humano, capacidad financiera etc.), ni la firme intención o compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en el mercado en un futuro próximo previo a la fusión, sumado al hecho de que únicamente tenía planeado el inicio de operaciones cuando se materializara la fusión con **SALUD TOTAL EPS-S**.

La Delegatura también se refirió a la operación de escisión por parte de **SALUD TOTAL** y a la vinculación de esta a la investigación, señalando que la decisión de investigar dicha operación y de vincular a la empresa, fue en razón a que la realización de la escisión tenía como único propósito llevar a cabo la fusión posterior con **CAPITAL SALUD**. No obstante, se indica en el informe motivado, el análisis sobre la operación de escisión, que en sí misma no tiene el carácter de integración, pierde importancia al concluirse que la fusión para la cual sirvió de acto preparatorio no debía ser informada ni notificada.

Finalmente, con relación a los elementos objetivo y cronológico, se indica que en el presente caso resulta infructuoso proceder con el análisis de los mismos, ya que no se cumplió con el

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 6

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

supuesto subjetivo siendo necesaria la concurrencia de los tres supuestos para que se configure la obligación de informar la operación de integración.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegatura concluye que en el presente caso las empresas vinculadas, **CAPITAL SALUD y SALUD TOTAL**, no incurrieron en ninguna contravención frente lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, toda vez que al no cumplirse con el supuesto subjetivo exigido en la norma, no existía en cabeza de ellas la obligación de informar la operación de integración, razón por la cual recomienda al Despacho del Superintendente proceder con el archivo de la investigación. En consecuencia, tampoco resulta procedente imputar responsabilidad a las personas naturales vinculadas, **MARTHA MILENA PORRAS SALAS, MAURICIO TRUJILLO VILLEGAS, HENRY GRANDAS OLARTE y LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

QUINTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el 28 de enero de 2015 se dio traslado del Informe Motivado a los investigados¹³, quienes estando dentro del término legal para ello presentaron observaciones al mismo, con excepción de **CAPITAL SALUD**¹⁴.

Los argumentos y observaciones presentadas dentro del término por los investigados, se resumen a continuación:

5.1. Por parte de **SALUD TOTAL, HENRY GRANDAS OLARTE y LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**. Manifestaron los investigados a través de su apoderado lo siguiente:

-La operación de fusión entre **SALUD TOTAL EPS-S y CAPITAL SALUD** no eliminó a ningún competidor en el mercado de aseguramiento de salud en el régimen subsidiado, ya que previo a dicha operación **CAPITAL SALUD** no participó en dicho mercado, al no disponer de la infraestructura en red de prestadores, profesionales de la salud y proveedores, necesaria para ejercer dicha actividad.

-Toda vez que **CAPITAL SALUD** no era participante en el mercado de aseguramiento de salud en el régimen subsidiado antes de la operación de fusión, esta no implicó en ningún momento una concentración de participaciones, ni generó ningún efecto de tipo vertical.

-No hubo afectación a los usuarios de los servicios de aseguramiento del régimen subsidiado de salud, ni a sus alternativas de elección frente a los diversos oferentes en este mercado.

¹³ Folios 1810 a 1812 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

¹⁴ El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia corrió traslado del informe motivado a CAPITAL SALUD, mediante comunicación radicada bajo el No. 11-137179-113-2 del 2015-01-28 dirigida a la Doctora SONIA CETARES PUENTES, apoderada de la empresa, en la dirección que figura en el expediente. La comunicación (con planilla de correo certificado No. 15 1378) fue devuelta a la SIC el 2015-02-04 con la anotación de "NO RESIDE". En razón a lo anterior, mediante radicado No. 11-137179-115-2 del 2015-02-12 y entregado el 2015-02-16, se comunicó directamente el informe motivado a la empresa CAPITAL SALUD a la dirección que figura en el expediente. Transcurrido el término de traslado correspondiente, la empresa CAPITAL SALUD no presentó observaciones.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 7

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

-La fusión realizada, tampoco implicó una concentración en la demanda de medicamentos, dispositivos médicos, contratación con IPS o profesionales de la salud, ya que **SALUD TOTAL EPS-S** y **CAPITAL SALUD** nunca fueron demandantes simultáneos de estos bienes y servicios.

-Afirman los investigados que la operación realizada entre **SALUD TOTAL EPS-S** y **CAPITAL SALUD**, no implicó una operación de integración económica, sino un cambio de titularidad del negocio de aseguramiento de salud en el régimen subsidiado.

-Como consecuencia de la falta de responsabilidad de **SALUD TOTAL EPS-S** y **CAPITAL SALUD**, no hay lugar a declarar la responsabilidad de las personas naturales vinculadas, **HENRY GRANDAS OLARTE** y **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**.

5.2. Por parte de MARTHA MILENA PORRAS SALAS y MAURICIO TRUJILLO VILLEGAS.

-Las empresas investigadas, **SALUD TOTAL EPS** y **CAPITAL SALUD**, no son responsables en los términos exigidos en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, ya que se demostró a lo largo de la investigación que en el presente caso no se cumplieron los supuestos subjetivo, objetivo y cronológico.

-Lo anterior, en razón a que las empresas intervinientes en la operación, **SALUD TOTAL EPS-S** y **CAPITAL SALUD**, en ningún momento participaron simultáneamente en el mercado de Aseguramiento en Salud del régimen Subsidiado, razón por la cual nunca fueron competidores y no representaban alternativas de elección para los usuarios en este mercado. Ello se refuerza en el hecho que, previo a la fusión con **SALUD TOTAL EPS-S**, **CAPITAL SALUD** no era un actor en el mercado, ya que no reportaba ingresos operacionales ni afiliados, no tenía proveedores ni infraestructura, y solo contaba con un empleado, aspectos que fueron indicados por la Delegatura en el informe motivado.

-Con relación a los efectos que pudo tener la operación en el mercado, señalan los investigados que la operación simplemente implicó un cambio de titularidad a través de una transferencia en bloque, por lo que no se eliminó a ningún competidor en el mercado, ni se produjo una concentración de participaciones. Ello se demuestra con que **CAPITAL SALUD**, empresa absorbente, no tenía participación en el mercado con anterioridad al año 2011, iniciando operaciones una vez fue efectuada la fusión con **SALUD TOTAL EPS-S**. Se concluye entonces, que nunca existió el deber de informar dicha operación ante la SIC de conformidad con lo dispuesto en 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

-Teniendo en cuenta que no existía deber de informar la operación ante la SIC en cabeza de las empresas intervinientes, se concluye igualmente que las personas naturales investigadas, **MARTHA MILENA PORRAS SALAS** y **MAURICIO TRUJILLO VILLEGAS**, en su calidad de representantes legales de **SALUD TOTAL EPS-S** y **CAPITAL SALUD EPS** respectivamente, no son responsables en los términos del numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

5.3. Por parte de CAPITAL SALUD. Habiéndose corrido traslado del informe motivado a la empresa investigada **CAPITAL SALUD**, esta no presentó observaciones al mismo dentro del término correspondiente.

SEXTO: Agotadas las etapas señaladas para el procedimiento aplicable a este tipo de actuaciones, este Despacho procederá a resolver el presente caso en los siguientes términos:

6.1. COMPETENCIA

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

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

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 dispone que *"[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas"*.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

6.2. MARCO NORMATIVO

De acuerdo con las Resoluciones No. 61081 del 19 de octubre de 2012¹⁵ y No. 7820 del 27 de febrero de 2013¹⁶, mediante las cuales se ordenó abrir investigación y formular cargos en contra de **CAPITAL SALUD** y **SALUD TOTAL**, este Despacho procedió a examinar, en el presente caso, una presunta infracción al artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 9. Control de Integraciones Empresariales. El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 quedará así:

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que

¹⁵ Folios 243 a 247 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

¹⁶ Folios 1087 a 1090 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 10

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

de Pago por Capitación (UPC), que es un valor per cápita reconocido a cada EPS por organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud contemplados en el **Plan Obligatorio de Salud (POS)**.

3. Las **Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud (IPS)**, las cuales se encargan directamente de prestar el servicio de salud a los usuarios del sistema (hospitales, clínicas, laboratorios, recursos profesionales etc.,)

Sobre este punto, resulta importante mencionar que el sistema de aseguramiento se divide a su vez en los regímenes contributivo y subsidiado. De esta manera, participan en este mercado del Sistema de General de Seguridad Social en Salud las EPS del Régimen Contributivo, las EPS del Régimen Subsidiado, las IPS y las Empresas Sociales del Estado (ESE).

Los Usuarios o afiliados al sistema se clasifican, a su vez, como cotizantes o beneficiarios.

El Régimen Subsidiado de Salud

Para efectos de la presente investigación se ha tomado en cuenta el mercado referente al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual se encuentra estructurado mediante un subsidio proporcionado por el Estado, con el fin de que la población más vulnerable y sin capacidad de pago pueda acceder a los servicios de salud contemplados en el POS¹⁹.

Este se subdivide en dos mercados que a saber son:

1. Mercado de Aseguramiento: en este, las EPS del régimen subsidiado reciben del Estado una prima (**UPC**), a cambio de garantizar la prestación de los servicios del POS a sus afiliados, que actúan como tomadores y beneficiarios a la vez, estando facultados para incluir a su núcleo familiar.

2. Mercado de provisión de servicios de salud: En este se encuentran los proveedores directos de los servicios de salud, las IPS, que actúan como vendedores de los servicios de salud a las aseguradoras, quienes por su parte son compradoras de dichos servicios en representación de sus afiliados. Las aseguradoras, es decir las **EPS-S**, negocian y seleccionan entre los proveedores, que pueden ser públicos o privados, los servicios con los mejores precios y calidad posibles para la prestación del servicio.

Actualmente, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1438 de 2011²⁰, la **UPC** es liquidada de manera centralizada por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, el cual recibe el reporte mensual que realizan las **EPS-S** sobre el monto que tienen que pagar anticipadamente a sus redes prestadoras, información que es validada con la **Base de Datos Única de Afiliados (BDUA)** aportada por las Entidades Territoriales, para luego

¹⁹ Artículo 212 de la Ley 100 de 1993.

²⁰ La Ley 1438 de 2011 estableció un nuevo esquema para la operación del régimen subsidiado, eliminando la intermediación de los entes territoriales en la validación y liquidación de la UPC, así como la intermediación de los recursos entre el nivel central y las EPS-S.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 11

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

generar la **Liquidación Mensual de Afiliados (LMA)**²¹. Con base en esta última, se obtiene la **UPC** que se define como el valor per cápita que deberán girar los entes territoriales a las EPS-S como retribución por la prestación de los servicios del POS; finalmente, las **EPS-S** efectúan los pagos correspondientes a las redes prestadoras (de las que hacen parte las IPS) que tienen contratadas.

De acuerdo con lo descrito en el Informe Motivado, es dentro del contexto correspondiente al mercado de aseguramiento del Régimen Subsidiado de Salud, particularmente en la ciudad de Bogotá D.C y en el Departamento del Meta (zonas que constituyen el mercado geográfico afectado), donde se llevó a cabo la operación de fusión por absorción entre **CAPITAL SALUD** y **SALUD TOTAL EPS-S** en julio de 2011, razón por la cual se toman en cuenta las cifras que corresponden a la participación de las empresas intervinientes en dicho mercado entre los años 2010 y 2014.

Así, en el informe motivado se indica que con anterioridad a la operación de fusión, y de acuerdo a la **Base Única de Afiliados (BDU)** para los años comprendidos en el periodo arriba referido, **SALUD TOTAL EPS-S** reportaba los siguientes resultados en cuanto a número y porcentaje de afiliados en el Régimen Subsidiado de Salud:

-Con Corte a 31 de diciembre de 2010, reportaba 437.641 afiliados en cuatro zonas departamentales: Bogotá con 349.014 (79.75%); Meta con 88.500 (20.22%); Guaviare con 94 (0.02%); y Vaupés con 33 (0.01%). El total de afiliados representaba un 2.02% de todos los afiliados al régimen subsidiado en el país.

-Con corte a 31 de diciembre de 2011, reportaba 473.047 afiliados en dos zonas departamentales: Bogotá con 367.872 (77.77%); y Meta con 105.175 (22.23%), con una participación del 2.12% de los afiliados al régimen subsidiado en el país.

-De los años 2012 en adelante, la empresa no registra participación en cuanto a afiliaciones dentro el régimen subsidiado de salud.

La anteriores cifras, se representan en la siguiente gráfica:

Participación de afiliación en el Régimen Subsidiado por parte de SALUD TOTAL EPS-S. 2010-2014²²



²¹ La LMA "determina el número de afiliados por los que se liquida la Unidad de Pago por Captación y el monto a girar a cada EPS por fuente de financiación para cada entidad territorial". Artículo 7 del Decreto 971 de 2011.

²² Elaboración SIC, con base en la BDU del Ministerio de Salud y Protección Social.

“Por la cual se ordena el cierre de una investigación”

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

Con respecto a la situación de **CAPITAL SALUD EPS-S**, de acuerdo con la **Base Única de Afiliados (BDU)** para el periodo comprendido entre 2010 y 2014, se obtuvieron los siguientes resultados en cuanto al número de afiliados y porcentaje de participación en el régimen subsidiado de salud:

-Desde su creación el 1 de julio de 2009 y en los años anteriores a 2012, la empresa no registra afiliaciones al régimen subsidiado de salud.

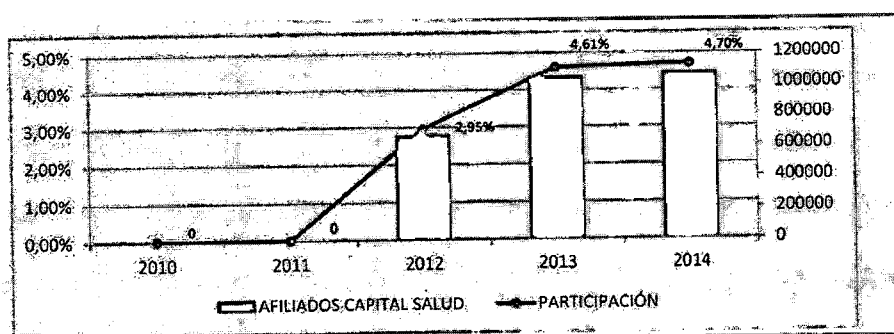
-Con corte al 31 de diciembre de 2012, se reportan 667.424 afiliados en dos zonas departamentales: Bogotá con 528.700 (79.22%); y Meta con 138.724 (20.78%), con una participación del 2.95% de los afiliados al régimen subsidiado en el país.

-Con corte a 31 de diciembre de 2013, se reportan 1.043.970 afiliados en dos zonas departamentales: Bogotá con 875.969 (83.91%); y Meta con 168.001 (16.09%), con una participación del 4.61% de los afiliados al régimen subsidiado en el país.

-Para el primer trimestre del 2014, se reportan por parte de la empresa 1.067.311 afiliados en dos zonas departamentales: Bogotá con 884.903 (82.88%); y Meta con 182.708 (17.12%), con una participación del 4.7% de los afiliados al régimen subsidiado en el país.

Lo anterior, se representa en la siguiente gráfica:

**Participación de afiliación en el Régimen Subsidiado por parte de CAPITAL SALUD.
2010-2014²³**



Conforme a lo anterior, se concluye en el informe motivado que las empresas intervinientes en la fusión por absorción objeto de la presente investigación, **CAPITAL SALUD** y **SALUD TOTAL EPS-S**, presentan participaciones en el mercado de aseguramiento en el Régimen Subsidiado de Salud en diferentes periodos de tiempo, por lo que se deduce que no compitieron entre ellas por el mismo mercado.

6.3.2. Deber de información previa de la operación.

Según lo dispuesto en el citado artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o

²³ Elaboración SIC, con base en la BDU del Ministerio de Salud y Protección Social.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 13

“Por la cual se ordena el cierre de una investigación”

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

participen en la misma cadena de valor, cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan al monto establecido por la **SIC**, tendrán la obligación de informar ante la Entidad las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada.

De conformidad con lo anterior, el deber de informar recae sobre las empresas que cumplan los siguientes dos supuestos:

a) El supuesto subjetivo: Implica que las empresas que se pretendan integrar se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un determinado bien o servicio, o que participen en una misma cadena de valor. De esta forma, deben verificarse dos situaciones: i) que exista una pluralidad de empresas a integrarse; y ii) que estas empresas desarrollen la misma actividad económica o que se encuentren en la misma cadena de valor.

b) El supuesto objetivo: Comprende igualmente la verificación de dos situaciones: En primer lugar, que las empresas intervinientes presenten en el año fiscal inmediatamente anterior a la operación, bien sea individualmente o en su conjunto, activos o ingresos operacionales superiores a un monto mínimo establecido por la **SIC**. Así, debe tenerse en cuenta que para la época de los hechos sujetos a examen, el monto establecido por la Superintendencia era de 150.000 SMMLV en ingresos operacionales o activos totales²⁴. En segundo lugar, se requiere determinar si las empresas pretenden la fusión, consolidación, adquisición de control o integración entre ellas, sin importar la forma jurídica de la operación. En caso afirmativo, las empresas tendrán en su cabeza la obligación de informar previamente a la **SIC**, su intención de llevar a cabo tal operación.

Conforme a lo anterior, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, establece un deber legal de información, que constituye el punto de partida para el control *ex ante*, por medio del cual la **SIC**, de manera previa a la realización de una integración, procede a analizar los impactos que pueda tener dicha operación sobre las condiciones del mercado. Se trata entonces de una labor preventiva que adelanta la Autoridad de Competencia, con el fin de evitar restricciones indebidas de la competencia que puedan ser ocasionadas por la operación de concentración, todo de conformidad con los postulados de la Constitución Política²⁵. De esta manera, el deber de información lleva inmerso una obligación de no hacer, que se incumple cada vez que las empresas intervinientes, que se adecuan a los tres supuestos arriba descritos, proceden a ejecutar la operación de integración sin informarlo previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio.

²⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 73849 del 31 de diciembre de 2010.

²⁵ Señala el artículo 333 de la Constitución Política: “[...] la libre competencia económica es un derecho de todos -agregando que- 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”. (Subrayado nuestro).

En consecuencia, las empresas que pretenden llevar a cabo un proceso de integración empresarial, cualquiera que sea la forma jurídica que se adopte, y cuya situación se enmarque dentro de los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, se encuentran obligadas a comunicar previamente la operación a esta Superintendencia, con el objetivo de determinar la procedencia o no de su ejecución.²⁶

6.3.3. Adecuación de la conducta

Tal como se señaló anteriormente, para que una operación de integración deba ser informada a la **SIC** se requiere que sobre la misma concurren los supuestos subjetivo y objetivo, razón por la cual se procederá a su estudio para el presente caso, con el fin de determinar si existía o no la obligación de informar:

6.3.3.1. Supuesto subjetivo

Como se señaló líneas arriba, este supuesto comprende la verificación de los siguientes aspectos:

a) Pluralidad de empresas

El término empresa ha sido definido como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios²⁷. Abarca **cualquier tipo de organización capaz de establecer de manera autónoma su comportamiento sobre el mercado**, independientemente de si esta unidad económica es conformada por varias personas jurídicas, o del carácter directo o indirecto de su intervención.

Así las cosas, en el presente caso se encuentra, de una parte, **CAPITAL SALUD**, constituida mediante documento privado del 1 de julio de 2009, y cuyo objeto social principal es "(...) *actuar como EPS del Régimen Subsidiado dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), incluyendo la promoción de la afiliación de los habitantes de Colombia al SGSSS en su ámbito geográfico y régimen de influencia, administrar el riesgo de salud de sus afiliados, pagar los servicios de salud a los prestadores con los cuales tenga contrato, organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en los Planes Obligatorios de Salud del régimen subsidiado. En consecuencia deberá afiliarse y carnetizar a la población beneficiaria de subsidios en salud y administrar el riesgo de salud en esta población. (...)*", tal como consta en el respectivo certificado de existencia y representación legal obrante en el expediente²⁸.

De otra parte, en la operación de integración se encuentra **SALUD TOTAL EPS-S**, constituida por escritura pública del 27 de julio de 2010, en virtud de la escisión de **SALUD TOTAL**, y cuyo objeto social principal es "(...) *organizar y garantizar directa o indirectamente*

²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8315 de marzo 28 de 2003.

²⁷ Código de Comercio, artículo 25.

²⁸ Folios 23 a 27 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 15

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

la prestación del Plan Obligatorio de Salud (POS) a los afiliados del régimen subsidiado (...)", tal como consta en el correspondiente certificado de existencia y representación legal, el cual obra en el expediente²⁹.

De esta manera, en el presente caso existe en principio una pluralidad de empresas autónomas, y que tienen un objetivo específico, el cual es organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud contemplados en el POS a afiliados dentro del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La creación de estas empresas fue autorizada por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, conforme a la Ley.

Sin embargo, lo anterior no implica necesariamente que al momento de efectuarse la integración las dos empresas intervinientes cumplieran con el supuesto subjetivo necesario para que la operación fuera reportada, ya que adicionalmente debe demostrarse que estas empresas efectivamente participaran como agentes en la misma actividad económica o en la misma cadena de valor.

b) Que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor.

Como se ha señalado, de conformidad con lo estipulado en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, las empresas que se dedican a la misma actividad económica o participan en la misma cadena de valor, tienen la obligación de informar ante esta Entidad las operaciones de integración que proyecten realizar, cuando además cumplan el supuesto objetivo.

Bajo este contexto, corresponde entonces al Despacho determinar si en el caso objeto de estudio las empresas investigadas se dedicaban a la misma actividad económica, o si tenían una relación de carácter vertical, al participar en la misma cadena de valor.

El Despacho observa que de conformidad con el objeto social de las dos empresas intervinientes, **CAPITAL SALUD** y **SALUD TOTAL EPS-S**, estas se constituyeron para ejercer una misma actividad económica comprendida en el aseguramiento de la prestación de servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS) en el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo que en principio indicaría la verificación del supuesto subjetivo requerido para que la integración deba informarse.

No obstante lo anterior, y para efectos de determinar si las empresas intervinientes efectivamente participaban en el mercado al momento de efectuarse la operación de integración, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, lo observado por la Delegatura en el informe motivado, en el sentido que **CAPITAL SALUD** no reportaba ingresos operacionales, ni tampoco afiliaciones al sistema del régimen subsidiado para la fecha en que ocurrió la fusión. Se señala en el informe motivado lo siguiente:

"(...)

²⁹ Folios 49 a 52 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 16

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

Sin embargo, como se evidencia en la información financiera aportada por CAPITAL SALUD que fue cotejada con el "Catalogo de Cuentas" de la SNS tales operaciones no eran ejercidas por CAPITAL SALUD ni previo ni concomitante a la materialización de la operación.

En efecto, para 2010 año inmediatamente anterior a la fecha de fusión, **CAPITAL SALUD** no reportaba ingresos operacionales de conformidad con el Estado de resultados reportado por **CAPITAL SALUD**, en el que se vislumbra como total de ingresos \$0.

En adición, para la fecha de fusión **CAPITAL SALUD** tampoco tenía afiliados (ver gráfica No. 9). De hecho, tal como se ilustra en las gráficas No. 7 y 8 de este informe, **CAPITAL SALUD** reporta afiliados solo después de la operación de fusión.

En el mismo sentido, al comparar los datos correspondientes a los años 2010 y 2011 expuestos en las gráficas No. 8 y 9, que dan cuenta de los agentes que participaban en el mercado del régimen subsidiado en salud en Bogotá D.C. y en el Departamento del Meta, así como de su porcentaje de participación en este mercado, se observa que: a) para el año 2011 continuaron operando el mismo número de EPS que operaban durante el año 2010 en la administración del régimen subsidiado para Bogotá D.C. y el Departamento del Meta; b) no se eliminó ni agregó ningún competidor posterior a la operación de fusión, y c) los porcentajes de participación del mercado en términos del número de afiliados al régimen subsidiado, para cada uno de los agentes del mercado no tuvo variaciones significativas.

Así, se observa que después de llevada a cabo la operación empresarial de fusión por absorción entre **CAPITAL SALUD** y **SALUD TOTAL EPS-S**, no se produjo ninguna alteración en la estructura y la dinámica del mercado de aseguramiento en salud del régimen subsidiado en Bogotá D.C. y el Departamento del Meta, no se produjo una concentración empresarial que afectara la libre competencia.

En este punto es oportuno resaltar que además de las pruebas mencionadas de las que se deriva que **CAPITAL SALUD** no operaba en el mercado en 2010 ni antes sino únicamente después de la fusión, tal circunstancia fue informada de tal manera en las declaraciones practicadas.

(...)

De acuerdo con estos supuestos, no resulta posible aplicarlos en el presente caso, pues respecto del presupuesto (i), CAPITAL SALUD antes de la fusión por absorción no realizaba actividades comerciales ni directamente ni a través empresa alguna. Ahora bien, frente al presupuesto (ii), CAPITAL SALUD no tenía antes de la fusión capacidad en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras, o la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en un futuro cercano, actuando como una sociedad autónoma y con independencia de la proyectada operación de fusión.

(...) (Subrayado fuera del texto original)

El Despacho está de acuerdo con la conclusión expuesta por la Delegatura frente a que la operación objeto de estudio no constituyó una integración empresarial desde el punto de vista del derecho de la competencia, razón por la cual no se incumplió el deber de informar. No obstante lo anterior, el Despacho considera relevante resaltar las razones por las cuales **CAPITAL SALUD** no se encontraba operando en el régimen subsidiado del Sistema General

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 17

“Por la cual se ordena el cierre de una investigación”

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

de Seguridad Social en Salud para el momento de la operación. Lo anterior debido a que la conclusión de que **CAPITAL SALUD** no se encontraba participando en el mercado al momento de la operación, no solo se explica por el hecho de que no reportaba ingresos operacionales, sino también del hecho de que no tenía la capacidad en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, etc. para participar en el mercado.

Para la **SIC**, un agente económico participa en un mercado determinado cuando se verifica al menos uno de los siguientes supuestos: **(i)** que el agente económico realice actividades comerciales en dicho mercado (sea directamente o a través de una empresa sobre la cual ejerce un determinado control); o **(ii)** que aunque en el momento específico de la integración el ente económico no obtenga ingresos en el mercado referenciado, exista evidencia de que tiene la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano.³⁰

De la anterior noción se desprende que la definición de participante en el mercado incluye a aquellos **agentes económicos o negocios que hacen parte de la oferta en el mismo**, dada su capacidad de entrar de manera relativamente rápida y efectiva en el mercado, en razón a sus activos, recursos humanos, capacidad financiera etc., con independencia que al momento específico de la integración, por cualquier circunstancia, no se encuentren operando ni obteniendo ingresos.

Con relación al presente caso, de acuerdo con lo anteriormente señalado, un agente participante en el mercado podría ser una EPS del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que en un determinado momento no se encuentre realizando actividades tendientes a asegurar la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud, no tenga afiliados a su cargo y no reporte ingresos operacionales, pero que tenga los suficientes activos (tales como instalaciones, infraestructura, redes de prestadores de los servicios de salud), el capital humano (personal capacitado como administradores, médicos, etc.) y la capacidad financiera requerida para iniciar las actividades de aseguramiento en el régimen subsidiado en cualquier momento.

Ahora bien, cabe precisar que para que un agente económico califique en la categoría de participante en el mercado, no es suficiente que tenga la capacidad y las facilidades para realizar transacciones en el mercado referenciado, sino que además es necesario demostrar que, o bien ha realizado transacciones en el pasado (sea directamente o a través de empresas que se encuentran bajo su control al momento de realizar la integración), o bien tiene, al momento de realizarse la operación de integración, el firme propósito o la capacidad de iniciar en un futuro cercano la producción de bienes o prestación de servicios en dicho mercado.

Aceptar una posición contraria a la anteriormente señalada implicaría reconocer que casos como la compra de activos de una empresa en quiebra que dejó de realizar transacciones, o de una empresa recién constituida que no ha iniciado operaciones en el mercado, no tendrían que informarse ante esta Superintendencia, no obstante la potencialidad que tienen de generar modificaciones en el mercado que pueden afectar, eventualmente, a los consumidores y la eficiencia económica.

³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 5545 de 2014.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 18

“Por la cual se ordena el cierre de una investigación”

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

Y es que precisamente la finalidad del control previo de integraciones que ejerce la **SIC** es prevenir la consolidación de estructuras económicas que pudieran resultar nocivas para el mercado, los competidores y los consumidores en general, los cuales podrían verse reducidos o afectados por estrategias jurídicas o económicas de quienes participan en el mercado.

Por esta razón, es fundamental que la Superintendencia ejerza su función de control de integraciones, de manera que pueda verificar que la operación que se pretende adelantar no comporte una concentración indebida del mercado al generar una restricción de la oferta, la eliminación o exclusión de los competidores, una posición dominante de la empresa integrada, ni ninguna otra alteración que pueda afectar el mercado respectivo. De esta manera, no puede la Superintendencia faltar a su deber legal de analizar previamente las operaciones de integración económica que tengan la potencialidad de generar modificaciones en el mercado.

Partiendo de lo anteriormente expuesto, este Despacho procede a analizar, con fundamento en la información obrante en el expediente, la situación de **CAPITAL SALUD** al momento de efectuarse la fusión por absorción con **SALUD TOTAL EPS-S**, y definir si efectivamente se encontraba en una condición de agente económico participante en el mercado, de conformidad con los dos supuestos que hacen parte de la noción:

i) Realización de actividades comerciales en el mercado (directa o indirectamente) al momento de la integración.

En aplicación de este primer supuesto, para este caso es claro que **CAPITAL SALUD** no reporta actividades comerciales dentro del mercado relevante al momento de efectuarse al operación de integración con **SALUD TOTAL EPS-S**. En efecto, la fusión por absorción fue autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución No. 01117 del **10 de junio de 2011**³¹, fecha en la cual **CAPITAL SALUD** no reportaba ingresos operacionales desde su constitución el 1 de julio de 2009, tal como consta en los estados financieros que obran en el expediente y que dan cuenta que a diciembre de 2009, diciembre de 2010 y junio de 2011, estos ingresos eran equivalentes a \$0, reportándose ingresos operacionales únicamente en diciembre de 2011³², información que fue certificada por la Superintendencia Nacional de Salud a través de oficio No. 2-2014-007304 del 14/02/2014 obrante en el expediente³³.

Adicionalmente, de acuerdo con la información obtenida sobre la participación de afiliación en el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud de la base de datos del Ministerio de Salud y Protección Social³⁴, únicamente se reportan afiliaciones por

³¹ Folios 370 a 400 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³² Folios 73 a 110 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³³ Folios 1305 a 1306 del Cuaderno público No. 7 del expediente.

³⁴ Informe motivado: Gráficas 4, 5, 6 y 7. Págs. 33 a 36.

RESOLUCIÓN NÚMERO 31142 DE 2015 Hoja N°. 19

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

parte de **CAPITAL SALUD** a partir de 2012, es decir de manera posterior a la fecha de fusión por absorción con **SALUD TOTAL EPS-S**.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, y dado que no se reportaban afiliaciones ni ingresos operacionales, previamente o al momento de fusionarse con **SALUD TOTAL EPS-S**, en el presente caso no se cumple con el primer supuesto para llegar a demostrar que **CAPITAL SALUD** era un agente participante en el mercado al momento de efectuarse la operación de integración.

(ii) Capacidad (en término de activos, recursos humanos y financieros, etc.) para realizar transacciones en el mercado y firme intención o compromiso de realizarlas:

De acuerdo con el segundo supuesto para la aplicación de la noción de "Agente Económico Participante en el Mercado", se requiere que el ente económico interviniente en una operación de integración empresarial, a pesar de no reportar ingresos en el mercado relevante correspondiente al momento de la operación, tenga la capacidad (en términos de activos, capital humano y recursos financieros) para realizar transacciones y entrar de manera rápida y efectiva en el mercado, además de tener la firme intención o compromiso de hacerlo en el futuro cercano.

En el presente caso, si bien en el informe motivado la Delegatura señala que **CAPITAL SALUD** no tenía antes de la fusión capacidad en términos de activos, capital humano y capacidad financiera para ser un agente participante en el mercado³⁵, debe precisarse que, de acuerdo con los estados financieros obrantes en el expediente, la empresa contaba con activos que ascendían a \$24.853.872.000.00 con corte a 31 de diciembre de 2009, a \$25.689.719.000.00 con corte a 31 de diciembre de 2010, y a \$25.553.852.000.00 con corte a junio 30 de 2011³⁶, lo cual podría indicar una capacidad para intervenir como agente participante en el mercado. No obstante, estos activos se representaban principalmente en cuentas bancarias, inversiones (CDT's) e intangibles (software), y no en instalaciones físicas equipos o infraestructura que se pudieran destinar a la actividad aseguradora del servicio de salud en el régimen subsidiado. Igualmente, tampoco obra prueba de que **CAPITAL SALUD** contara con el recurso humano necesario, ni que tuviera redes de prestadores propias o contratadas para la prestación del servicio, como para iniciar dicha actividad.

Ahora bien, resulta también claro para el Despacho que en el presente caso no puede afirmarse que **CAPITAL SALUD** haya tenido una firme intención o compromiso de iniciar operaciones dentro del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en un futuro cercano y previo a la realización de la operación de integración con **SALUD TOTAL EPS-S**. Claramente, **CAPITAL SALUD** tenía la restricción para funcionar como Administradora de recursos del Régimen Subsidiado de manera previa a la fusión por absorción, ya que solamente podía entrar a operar una vez se consumara la integración y obtuviera la correspondiente habilitación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

³⁵ Informe motivado Pág. 40.

³⁶ Folios 65 a 121 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 20

“Por la cual se ordena el cierre de una investigación”

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

Lo anterior consta en documentos tales como el acuerdo marco suscrito entre el Distrito Capital de Bogotá y **SALUD TOTAL**, en el cual se acordó la creación de una sociedad de economía mixta organizada como una S.A.S y con el fin de que operara como EPS administradora del régimen subsidiado dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En este documento se contempló además el compromiso de **SALUD TOTAL** de adelantar el proceso de escisión para crear una nueva persona jurídica que opere el régimen subsidiado de salud o efectuar la transferencia en bloque del patrimonio dedicado a la administración de este régimen a una sociedad ya existente³⁷. De esta manera, se contempló en el acuerdo marco que se procedería a la absorción de la sociedad escindida por parte de la nueva Sociedad de Economía Mixta y que de no obtenerse autorización por parte de la Superintendencia Nacional de Salud para esta operación el acuerdo se resolvería *“(…) retrotrayendo las situaciones jurídicas a su estado inicial, incluida la disolución de la SEM³⁸ y la devolución de las inversiones efectuadas por todo concepto (…)”³⁹*, lo cual indica que si la escisión no era perfeccionada la nueva sociedad no podría entrar a funcionar.

Igualmente, en la citada Resolución No. 01117 del 10 de junio de 2011, mediante la cual la Superintendencia Nacional de Salud aprobó la fusión por absorción entre **CAPITAL SALUD** y **SALUD TOTAL EPS-S**, se indicó en la parte resolutive lo siguiente:

“(…)

ARTÍCULO SÉPTIMO: HABILITACIÓN DE LA ENTIDAD ABSORBENTE: *La habilitación de la entidad absorbente, esto es de CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO como ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO, deberá hacerse una vez efectuada la fusión, ya que para el lleno de los requisitos de habilitación, la habilitación es un derecho personalísimo y no puede traspasarse ni heredarse.*

Para obtener la habilitación para operar como ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la entidad absorbente, esto es CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO, deberá entregar la solicitud de habilitación, en un término de un mes, contado a partir de la suscripción de la escritura que autoriza la fusión, a la Superintendencia Delegada de Atención en Salud.

“(…)

PARÁGRAFO PRIMERO: *En ningún caso la entidad absorbente, esto es, CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO como ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO podrá operar sin cumplir el requisito de habilitación previsto en la Ley por fuera del término aquí establecido.*

“(…)

³⁷ Folio 295 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³⁸ Sociedad de Economía Mixta.

³⁹ Folio 300 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

ARTÍCULO DÉCIMO: REVOCATORIA DE LA FUSIÓN: *En caso que la entidad absorbente, esto es **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO**, no cumpla con los requisitos de habilitación para operar como **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO** en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, luego de la fusión por absorción aquí autorizada, (...) se revocará la autorización de fusión proferida y se procederá al traslado de los usuarios a cada una de las **ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO** partes de la fusión, de las cuales eran afiliados, garantizando, en todo caso, la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público esencial de seguridad social en salud a los afiliados.(...)*

(...)⁴⁰ (Subrayado fuera del texto original).

En cumplimiento de lo arriba citado, **CAPITAL SALUD**, una vez efectuada la fusión por absorción con **SALUD TOTAL EPS-S**, procedió a presentar el 23 de febrero de 2010 la correspondiente solicitud de habilitación ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de poder actuar como Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado⁴¹. Esta habilitación finalmente se dio mediante Resolución No. 003869 del 21 de diciembre de 2011, documento en el cual se reitera que dicho trámite "(...) debía hacerse una vez efectuada la fusión (...)" y que "(...) en ningún caso la entidad absorbente (...) podía operar sin cumplir el requisito de habilitación previsto en la Ley (...)"⁴².

De acuerdo con lo anterior, queda claro para el Despacho que la habilitación y entrada en funcionamiento de **CAPITAL SALUD**, como administradora de recursos del régimen subsidiado de salud para Bogotá D.C. y el Departamento del Meta, dependía de que la misma operación de fusión por absorción con **SALUD TOTAL EPS-S** fuera aprobada y efectivamente realizada, además del diligenciamiento de la correspondiente solicitud de habilitación ante la Superintendencia Nacional de Salud, la cual debía hacerse una vez efectuada la fusión.

Conclusión sobre la verificación del supuesto subjetivo

De conformidad con el anterior análisis respecto de la condición de **CAPITAL SALUD**, el Despacho concluye que de las pruebas obrantes en el expediente no se puede considerar que esta empresa, en su calidad de Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se haya adecuado al supuesto subjetivo, ya que no se demuestra su participación efectiva en el mercado relevante al momento de efectuarse la operación de fusión por absorción.

Lo anterior, con base en las siguientes razones:

(i) Si bien **CAPITAL SALUD** fue constituida el 1 de julio de 2009, y teniendo como objeto social principal la prestación de los servicios del Plan Obligatorio de Salud (POS) en el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, esta no reportaba afiliaciones al sistema, ni ingresos operacionales, previamente o al momento de fusionarse

⁴⁰ Folios 398 y 399 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴¹ Folios 1307 a 1308 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁴² Folios 1477 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

con **SALUD TOTAL EPS-S**. Claramente, su inicio de operaciones fue posterior a la fusión por absorción y una vez obtuvo la habilitación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

(ii) A pesar de que **CAPITAL SALUD** contaba con una serie de activos antes de absorber a **SALUD TOTAL EPS-S**, estos no eran suficientes para iniciar operaciones como Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Adicionalmente, tampoco contaba la empresa con el capital humano, ni la red de prestadores del servicio, requeridos para hacerlo. Igualmente, se demostró que **CAPITAL SALUD** no tenía una firme intención, ni compromiso de participar en el mercado en un futuro próximo previo a la operación de integración. Es claro que la empresa tenía la restricción para funcionar de manera previa a la fusión, ya que únicamente podía entrar a operar una vez se consumara la integración y obtuviera la correspondiente habilitación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

6.3.3.2. Supuestos objetivo

Toda vez que esta Superintendencia ha señalado que, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, la obligación de informar una operación de integración económica únicamente se origina cuando sobre la misma concurren simultáneamente los supuestos subjetivo y objetivo, se concluye que en la presente investigación no se da tal concurrencia, en razón a que no se verificó el cumplimiento del primer supuesto, es decir el subjetivo.

En consecuencia, encuentra este Despacho que resulta innecesario proceder con el análisis de los supuestos objetivo y cronológico, respecto de la operación de integración efectuada por las empresas **CAPITAL SALUD** y **SALUD TOTAL EPS-S**.

6.4. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS INVESTIGADAS

De acuerdo con las anteriores consideraciones y al no encontrarse prueba en el expediente mediante la cual se demuestre que las empresas vinculadas a la presente investigación, **CAPITAL SALUD** y **SALUD TOTAL**, incurrieron en una práctica violatoria de las disposiciones sobre protección de la competencia, consistente en el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración, en los términos del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho se abstendrá de sancionar a las empresas mencionadas y, acogiendo la recomendación hecha por la Delegatura en su informe motivado, procederá con el archivo de la investigación, tal como se reflejará en la parte resolutive del presente acto administrativo.

6.5. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS

De conformidad con el numeral 12 del Artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para *"Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley. (...)"*

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 23

“Por la cual se ordena el cierre de una investigación”

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

Por su parte, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece que al Superintendente le corresponde la función de *“Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio. (...)”*.

Así, para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido de manera previa la responsabilidad de las empresas a las que pertenecen.

Tal y como lo ha sostenido esta Superintendencia en diferentes oportunidades, la responsabilidad personal a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 es subsidiaria a la responsabilidad de la empresa que representa. En consecuencia, teniendo en cuenta que este Despacho se abstendrá de sancionar a **CAPITAL SALUD y SALUD TOTAL** por las conducta inicialmente imputada en las Resoluciones que decretaron la Apertura de la investigación, tampoco habrá lugar a sancionar a las personas naturales vinculadas, **MARTHA MILENA PORRAS SALAS, MAURICIO TRUJILLO VILLEGAS, HENRY GRANDAS OLARTE y LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**, como se reflejará en la parte resolutive del presente acto administrativo.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S**, identificada con N.I.T. 900298372-9, y **SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO S.A.**, identificada con N.I.T 800130907-4, no incurrieron en la violación del deber previo de informar una operación de integración contenido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, **ORDENAR** la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante Resolución No. 61081 del 19 de octubre de 2012, modificada por la Resolución No. 7820 del 27 de febrero de 2013, en contra de la sociedades **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S**, y **SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO S.A.**, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que **MARTHA MILENA PORRAS SALAS**, identificada con C.C. No. 52.455.876 (Representante Legal de **SALUD TOTAL EPS-S S.A.S** entre 2010 y 2011), **MAURICIO TRUJILLO VILLEGAS**, identificado con C.C. No. 19.347.214 (Representante Legal de **CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S** entre 2009 y 2011), **HENRY GRANDAS OLARTE**, identificado con C.C. No. 19.308.850 (Representante Legal de **SALUD TOTAL EPS S.A.** entre 2007 y 2010), y **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**,

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 24

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

identificado con C.C. No. 70.565.200 (Representante Legal de **SALUD TOTAL EPS S.A.** desde 2011), no incurrieron en hechos que generen la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, **ORDENAR** la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante **ORDENAR** la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante Resolución No. 61081 del 19 de octubre de 2012, modificada por la Resolución No. 7820 del 27 de febrero de 2013, en contra de **MARTHA MILENA PORRAS SALAS, MAURICIO TRUJILLO VILLEGAS, HENRY GRANDAS OLARTE** y **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S, SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO S.A., MARTHA MILENA PORRAS SALAS, MAURICIO TRUJILLO VILLEGAS, HENRY GRANDAS OLARTE** y **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **18 JUN 2015**

El Superintendente de Industria y Comercio (E),


JOSÉ ALEJANDRO BERMÚDEZ DURANA

Proyectó: Carlos Andrés Bernal
Revisó y aprobó: Felipe Serrano

NOTIFICACIONES:

CAPITAL SALUD EPS-S S.A.S

Representante Legal
Doctor

RESOLUCIÓN NÚMERO - 3 1 1 4 2 DE 2015 Hoja N°. 25

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 11-137179

VERSIÓN ÚNICA

JOSÉ MAURICIO MELO CÁRDENAS
CALLE 77A No. 12A-35
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

SALUD TOTAL EPS S.A
HENRY GRANDAS OLARTE
LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA

Apoderado

Doctor

GUILLERMO SOSSA GONZÁLEZ
CARRERA 8 No. 69-48
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

MARTHA MILENA PORRAS SALAS
MAURICIO TRUJILLO VILLEGAS

Apoderada

Doctora

MARIA PAULA DIAGO ECHEVERRI
CALLE 101 No. 68D-31
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA