

Bogotá D.C.,

10

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Asunto: Radicación: 17- XXX -0000X-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Reciba cordial saludo.

Conforme a la Ley 1755 del 30 de junio de 2015 que sustituye los artículos 13 a 33, de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011, me permito dar respuesta a la consulta realizada en los siguientes términos:

1. CUESTIÓN PREVIA

1.1. Del alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta.

Antes de absolver la consulta realizada es importante advertir que a la Oficina Asesora Jurídica de esta Superintendencia no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-542 de 2005 señaló que:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”

2. OBJETO DE LA CONSULTA

Cra. 13 #27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 - PBX: (571) 5870000 - contactenos@sic.gov.co - Bogotá D.C., Colombia

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000 910165



En esta oportunidad se trata de resolver una consulta presentada ante esta Entidad con Rad. No. 17-131997- -00000-0000 del 24 de mayo de 2017 en la cual se señala:

“(…)

- 1. En el proceso de venta de Cafesalud EPS, esa Superintendencia ha sido consultada o ha emitido concepto alguno relacionado con el impacto que, en el mercado de la salud y en el desempeño general del Sistema de Salud, eventualmente podría generar este proceso de venta?*
- 2. Si no ha sido consultada, a la luz de la normatividad vigente, considera que ¿es competente esa Superintendencia para intervenir en operaciones del sector salud a fin de evitar o controlar que una transacción u operación pueda generar una concentración de poder económico en el mercado de la Salud?*
- 3. Si, según cifras oficiales, la EPS Cafesalud tiene 3.745.744 afiliados al Régimen Contributivo y 1.369.332 afiliados al Régimen Subsidiado, para un total de 5.115.076 ¿Cómo evalúa esa Superintendencia, la participación en el mercado frente a la libre y leal competencia en el sector salud, si los usuarios pasan a ser parte de otra entidad, convirtiendo esta última en la EPS más grande del país?*
- 4. En concepto de esa Superintendencia y atendiendo a que se trata de una de las transacciones de integración más grande del sector salud, ¿se puede distorsionar la competencia y derivar en un posible abuso de posición dominante, la compra de la EPS Cafesalud – por el número de afiliados -, bien en cabeza de una EPS existente o de un grupo de IPS?*
- 5. En materia de protección de la competencia, ¿podrían afectarse intereses de los consumidores y la libre competencia en el mercado del aseguramiento en salud, si en el proceso de venta de la EPS Cafesalud, se llegaren a establecer condiciones jurídicas inmodificables que impidan actuaciones posteriores de la administración?*

(…)”

Así las cosas, precisado el alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta y delimitado el objeto de la presente consulta se pasará a absolverla.

A continuación se expondrán aspectos fundamentales para la consulta realizada en términos de las prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia y del pronunciamiento de esta Entidad, con radicado 17-162660- -2-0, por medio del cual se descurre traslado a la solicitud de SUSPENSIÓN PROVISIONAL, dentro del medio de control de PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, proceso N° 25000-23-41-000-2017-00885-00 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A..



2.1. De la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

De manera general, y de conformidad al Decreto 4886 de 2011 y la Ley 1340 de 2009, son facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio:

(i) vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica;

(ii) imponer a personas jurídicas y naturales las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia;

(iii) decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia;

(iv) autorizar en los términos de la ley, los acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, a los que se refiere el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 o demás normas que la modifiquen o adicionen;

(v) conceder los beneficios por colaboración con la Superintendencia de Industria y Comercio;

(vi) pronunciarse en los términos de la ley, sobre la fusión, consolidación, adquisición del control de empresas e integración, cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada, y analizar el efecto de los procesos de integración o reorganización empresarial en la libre competencia.

2.2. En materia de prácticas comerciales restrictivas.

Desde el punto de vista constitucional a esta Superintendencia le corresponde velar por la protección del derecho a la libre competencia en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, es competente para “[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”.

De otra parte, 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.”.

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

2.3. De las prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963, dispone:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”

De acuerdo con lo anterior, las normas sobre prácticas comerciales restrictivas prohíben y establecen sanciones para quienes incurren en conductas que tengan por objeto o como efecto la alteración de la libre competencia en el mercado, las cuales pueden revestir la forma de actos o acuerdos anticompetitivos o de abuso de posición dominantes.

El numeral 1 del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define “acuerdo” como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”. Asimismo, el numeral 2 del citado Artículo define “acto” como “[t]odo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica”; y el numeral 5 define “posición dominante” como “[l]a posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.



El Decreto 2153 de 1992, en sus Artículos 47, 48 y 50 señala, de manera enunciativa, los acuerdos y actos que se consideran contrarios a la libre competencia y las conductas que constituyen abuso de posición dominante. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en la cláusula de prohibición general establecida en el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en concordancia con el Artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

2.3.1. Acuerdos contrarios a la libre competencia.

En términos de acuerdos contrarios a la libre competencia, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el Artículo 16 de la Ley 590 de 2000, dispone:

“Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

- 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;*
- 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros;*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores;*
- 4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro;*
- 5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos;*
- 6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos;*
- 7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones;*
- 8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción;*
- 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.*



10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”

2.3.2. Abuso de posición dominante.

El ostentar la posición de dominio en un mercado no constituye por sí sola infracción alguna a las normas de libre competencia. Es el abuso de la misma el que puede constituir una práctica anticompetitiva.

No obstante, resulta claro que para que se pueda hablar de abuso de posición dominante la empresa de la que se predica dicho abuso debe ostentar efectivamente dicha posición dentro del mercado, de tal suerte que para establecer si hay abuso es preciso determinar la existencia efectiva de la posición dominante.

Establecida la posición de dominio, se puede continuar con el estudio de los ingredientes normativos de las conductas que según el Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el Artículo 16 de la Ley 590 de 2000, constituyen abuso de la misma en el mercado, como sigue:

“1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos;

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas;

“3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones;

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrece a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”



2.3.3. Actos contrarios a la libre competencia.

Son actos contrarios a la libre competencia, de acuerdo con el Artículo 48 del Decreto 2153, los siguientes:

“1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

2. Influenciar a una empresa para que incremento los precios de sus productos o servicio o par que desista de su intención de rebajar los precios.

3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”.

2.4. Del régimen de concentración empresarial

Sea lo primero señalar que, las situaciones de control en las que pueden encontrarse las personas jurídicas responden a diferentes fuentes, a saber: legales, de hecho, derivadas de integraciones o situaciones preexistentes. Por su parte, se debe aclarar que las operaciones de concentración empresarial no son, en principio, contrarias a derecho, en efecto, son un ejercicio legítimo de los derechos a la libre competencia, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad de contratación, teniendo como finalidad la búsqueda de sinergias para un mejoramiento de procesos productivos o administrativos, la conquista de mercados, entre otros fines lícitos.

Sin perjuicio de lo anterior, algunas operaciones de concentración empresarial pueden desencadenar en una limitación excesiva de la competencia en el mercado, razón por la cual, por mandato legal contenido en el título II de la ley 1340 de 2009, estas operaciones deberán, “ex ante”, ser informadas a esta Entidad en concordancia con lo dispuesto en el Anexo 1 del título VII de la Circular Única de esta Superintendencia.

Para efectos de lo anterior, los sujetos que se encuentran vinculados al deber de informar serán aquellos que cumplan con los supuestos: objetivo y subjetivo; El artículo 2.1, 2.1.1 y 2.1.2 de la Circular Única de esta Entidad en su tenor dicta lo siguiente:

“2.1 Operaciones sujetas a este trámite Las operaciones empresariales de fusión, consolidación, adquisición de control o integración, cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada, deben ser informadas a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando concurren en ellas los siguientes supuestos:



2.1.1 Supuesto subjetivo

a) *Cuando las empresas intervinientes desempeñen la misma actividad económica, o*

b) *Cuando las empresas intervinientes se encuentre en la misma cadena de valor. Se entiende por empresas intervinientes: aquellas empresas que hacen parte de la operación de integración que se proyecta realizar y que ejercen una misma actividad económica o pertenecen a la misma cadena de valor y que puede tener efectos en el mercado nacional. Se entiende por cadena de valor: el conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De esta manera, cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final.*

2.1.2 Supuesto objetivo

a) *Cuando las Intervinientes, de manera conjunta o individualmente consideradas, hayan obtenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales superiores al monto que en salarios mínimos legales mensuales vigentes haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o*

b) *Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviese, en conjunto o individualmente, activos totales superiores al monto que en salarios mínimos legales mensuales vigentes haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio. Para efectos de calcular los ingresos operacionales y los activos totales señalados anteriormente, se tendrá en cuenta la sumatoria de los valores registrados en los estados financieros del año fiscal inmediatamente anterior a aquel en que se cumple con el deber de informar la operación de integración proyectada, de cada una las empresas intervinientes, incluyendo aquellas con quienes se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control. Para tal fin se tienen en cuenta las sociedades que se encuentren en el territorio nacional o fuera de él. De conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se entiende por control: “La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”*

En este orden de ideas, relativo al deber de informar, por la misma naturaleza jurídica de los deberes, es una carga imputable a los intervinientes en las operaciones de concentración. Aunado a lo anterior, Las empresas que se integren, fusionen o reorganicen y puedan acreditar la existencia de Grupo Empresarial o en las que las intervinientes se encuentren bajo una misma unidad de control en los términos del numeral 4 del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992,



estarán exentas del deber de notificación e información ante esta Superintendencia, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 4 de la Resolución No. 12193 de 2013, incorporada a la Circular Única.

Dentro de las operaciones de concentración pueden presentarse integraciones que sirven a la eficiencia de procesos productivos, es decir, que los sujetos de la concentración hacen parte de la misma cadena de valor (concentración vertical), a manera ilustrativa, cuando una sociedad adquiere la mayoría accionaria de quien utiliza su materia prima para elaborar productos finales.

2.5. Del pronunciamiento de esta Entidad respecto al caso en concreto.

En el pronunciamiento de esta Entidad, con radicado 17-162660- -2-0, por medio del cual se descubre traslado a la solicitud de SUSPENSIÓN PROVISIONAL, dentro del medio de control de PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, proceso N° 25000-23-41-000-2017-00885-00 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A., la Superintendencia de Industria y Comercio expuso su posición respecto al proceso de enajenación de CAFESALUD, el cual se resume en dos argumentos que se explicarán a continuación.

2.5.1. Respecto al cumplimiento de las exigencias legales frente a la concentración empresarial

Respecto al cumplimiento de las exigencias legales en el proceso de enajenación de CAFESALUD, resalta la Superintendencia de Industria y Comercio que éste proceso se rige por el reglamento de acreditación y venta de los activos, pasivos y contratos de dicha entidad (CAFESALUD), el cual establece en el numeral 6.8.1. lo siguiente:

“6.8. TRÁMITE ANTE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

6.8.1 En caso de que, de conformidad con los criterios señalados en el Artículo 9 y 10 de la Ley 1340 de 2009, el numeral 2 de la Resolución 10930 de 2015 y la Resolución 90556 de 2016, y las demás normas y reglamentos que las complementen, modifiquen o deroguen, legalmente se requiera, los interesados tendrán la obligación de presentar ante la Superintendencia de Industria y Comercio la solicitud de autorización o la notificación correspondiente, con el fin de que dicha entidad autorice previamente a la Fecha de Cierre la adquisición de las Acciones de una Newco y/o la adquisición de las Acciones de Esimed, según corresponda. De ser legalmente, necesario, la acreditación de la obtención de dicha autorización, sin objeción, o de acuse de recibo por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, según corresponda (la



“Autorización de Competencia”), será un requisito indispensable para poder presentar una Oferta”.

Es decir que, previo a la presentación de la oferta, los interesados en participar en el proceso de venta debían contar con la autorización o notificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Como se mencionó anteriormente, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 establece que las empresas intervinientes en una integración empresarial estarán obligadas a informar a esta Entidad sobre 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, siempre que se cumplan los supuestos mencionados en la Resolución 10930 de 2015. En consecuencia, las empresas que pretendan llevar a cabo un proceso de concentración empresarial, en cualquiera de sus modalidades, y cuya situación se enmarque en los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, deberán informar previamente la operación a la Superintendencia de Industria y Comercio.

En este orden de ideas, esta Entidad realizó un análisis de los denominados supuestos subjetivo y objetivo, para efectos de determinar la obligatoriedad de informar la operación de enajenación. Dentro de este análisis, esta Entidad determinó que se cumple el supuesto subjetivo en tanto las empresas intervinientes se dedican o a la misma actividad económica o hacen parte de la misma cadena. Por otro lado, respecto al supuesto objetivo, esta Entidad concluye que teniendo en cuenta que el salario mínimo legal mensual a partir del 01 de enero de 2017 es de setecientos treinta y siete mil setecientos diecisiete pesos m/cte (\$737.717), el valor de ingresos operacionales o activos totales a partir del cual se cumple el supuesto objetivo, corresponde a cuarenta y cuatro mil doscientos sesenta y tres millones veinte mil pesos m/cte (\$44.263.020.000), valor que es superado ampliamente por el valor de los activos de CAFESALUD¹. Así las cosas, se determinó que se cumplían ambos requisitos, y por ende, era necesario informar el interés de compra ante esta Superintendencia de manera previa a la formalización del proceso de venta y suscripción del contrato de venta.

Frente a la obligación de informar, respecto del proceso de enajenación de CAFESALUD, esta Superintendencia recibió notificaciones de las siguientes personas o empresas: i) Caja de Compensación Familiar Compensar, mediante radicado No 17-39309 del 15 de Febrero de 2017, acusando recibo el 01 de marzo de 2017; ii) Organización Sanitas Internacional SAS, mediante radicado No. 17-44936 del 21 de febrero de 2017, acusando recibo el 01 de marzo de 2017; iii) Consorcio de Hospitales y Clínicas Prestadoras de Salud en Colombia

¹ El valor total de los activos suman un total de \$1.990.434.576.000 según se explica en radicado 17-162660- -2-0, por medio del cual se descurre traslado a la solicitud de SUSPENSIÓN PROVISIONAL, dentro del medio de control de PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, allegado al proceso N° 25000-23-41-000-2017-00885-00 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A..



(PRESTASALUD), mediante radicado No. 17-84623 del 06 de marzo de 2017, acusando recibo el 04 de abril de 2017; y iv) Ribera Salud Grupo S.A., mediante radicado 17-39309 del 15 de febrero de 2017, acusando recibo el 27 de abril del mismo año². En este sentido, la empresa que resulta como adjudicataria, PRESTASALUD, cumplió el requisito de informar a esta Entidad la intención de adquirir CAFESALUD, acogiendo así a los requisitos establecidos por la ley.

2.5.2. Respecto a la vulneración de la libre competencia por la existencia de un oferente único integral

Resalta esta Entidad en el pronunciamiento allegado al Tribunal, lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C-909 de 2012 respecto de la libre competencia económica, al considerar lo siguiente:

“La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. [29] Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros [30]” (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo a lo anterior, al Estado le corresponde garantizar el libre acceso al mercado en igualdad de condiciones, y preservar dicha igualdad en el tratamiento de quienes ya accedieron al mismo.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado³ en relación a la libre competencia económica:

“Al Estado le corresponde preservar las condiciones que la garanticen, como lo son: (i) la posibilidad de acceso o ingreso a los mercados, representada en la ausencia de barreras de entrada, (ii) la igualdad de quienes concurren al mercado, expresada en pautas o reglas de juego generales e impersonales que no otorguen ventajas en favor de uno o

² Se aclara que Ribera Salud Grupo S.A. es una sociedad de origen español que al momento de presentación de la notificación no se encontraba activa en ningún mercado en Colombia, no realizaba exportaciones, ni poseía sucursales, razón por la cual no se encontraba sujeta al trámite de notificación por no cumplir el supuesto objetivo.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. N° proceso: 2016-0000, del 9 de marzo de 2017.



varios agentes en perjuicio de los demás, y, (iii) la inexistencia de abusos de posiciones dominantes y todas aquellas prácticas anti-competitivas que tengan por fin, o por efecto, limitar u obstaculizar la competencia de manera injustificada.”

Lo anterior implica que el Estado debe velar principalmente porque exista la posibilidad de acceder al mercado, en condiciones de igualdad y libre competencia, con lo cual el Estado no puede obligar a los competidores a que efectivamente participen en el mercado so pena de poner en riesgo, por esta vía, el derecho constitucional de la libre empresa.

Así pues, el Estado está encargado de preservar el núcleo esencial de la libre competencia económica, que se compone de la libertad de competencia y de la igualdad⁴, condiciones que si bien promueven e incentivan la participación de un mayor número de agentes en un mercado o subasta, no implican la obligatoriedad de que en estos escenarios siempre deba existir un número plural de competidores.

Por esta razón, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en particular la previamente citada en la que se estudió la legalidad de la venta de ISAGEN por unas razones sustancialmente similares, se pueden afirmar que la existencia de un único oferente en el marco de un proceso de contratación estatal, en las condiciones descritas, en especial de subasta pública, no es *per se* violatorio de la libre competencia económica.

Para el caso en concreto, al no existir una norma especial en materia del servicio de salud que demande la existencia de varios proponentes durante todo el proceso de enajenación (como si existía en el caso de la licitación del tercer canal de televisión privada), la regla a la cual debería darse aplicación es la regla general en materia de libre competencia económica, tal y como lo desarrolla el Consejo de Estado según el cual:

*“Por norma general, **no es imperativa la presentación plural de ofertas dentro del procedimiento contractual correspondiente, ya que la obligación de la administración es la de asegurar condiciones que garanticen una libre participación de los interesados no su efectiva competencia: obligar a los entes públicos o privados a participar en un proceso determinado vulnera, en principio, la libertad de empresa y, por ende, de competencia. De ahí que ante la competencia de un oferente único, siempre que se garanticen las condiciones dichas, sea factible su elección, cuando su oferta sea la más favorable para la administración por cumplir con los requisitos y condiciones objetivas dispuestas en el acto que regula el proceso”** (Negrilla fuera del texto)*

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. N° proceso: 2016-000, del 9 de marzo de 2017. Citando a su turno a la Corte Constitucional: Sentencia C-228 de 2010. Expediente: D-7875. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Así las cosas, para esta Entidad, en lo que respecta al proceso de enajenación de CAFESALUD y con fundamento en la información disponible, es posible afirmar que se preservó en cada una de sus etapas, la libre competencia económica en cuanto a los componentes que integran su núcleo esencial: i) libertad de concurrencia y ii) igualdad de condiciones.

De acuerdo con lo anterior, por una parte, la libre concurrencia se evidencia en la cantidad de agentes que se interesaron en el proceso y que de hecho iniciaron su participación. En efecto hubo veintitrés (23) potenciales interesados, de los cuales nueve (9) interesados fueron acreditados; posteriormente seis (6) agentes asistieron a las presentaciones de gerencia, y hubo dos (2) propuestas, una de las cuales fue integral, lo cual a todas luces evidencia que sí se permitió la participación plural durante el proceso de enajenación.

En cuanto a la igualdad de condiciones, no hay evidencia que permita concluir que el retiro de varios de los agentes interesados haya sido consecuencia del actuar del Estado o de la existencia de cláusulas o condiciones que buscaran limitar el acceso al proceso de forma irregular o injustificada.

Por último, cabe destacar que el resultado de la operación de enajenación sugiere que estuvo expuesto a una efectiva presión competitiva que fue de tal magnitud, que la oferta con la cual se adjudicó CAFESALUD al Consorcio PRESTASALUD fue de \$1,45 billones, mientras que el valor mínimo definido previamente había sido de \$0,75 billones, es decir, que la oferta que resultó ganadora ofertó casi el doble (cerca del 100% más) del valor mínimo establecido.

3. CONCLUSIONES.

La Superintendencia de Industria y Comercio, por mandato legal, es la encargada de velar por la libertad económica y la libre competencia, derechos constitucionales, que encuentran límite en el bien común. En este sentido, ésta Superintendencia vigila el cumplimiento de las normas sobre protección de la libre competencia, competencia desleal y protección al consumidor.

El ordenamiento jurídico en lo relativo a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas prohíbe y establece sanciones para quienes incurren en conductas que tengan por objeto o como efecto la alteración de la libre competencia en el mercado, las cuales pueden revestir la forma de actos o acuerdos anticompetitivos o de abuso de posición dominantes.

Respecto a las operaciones de concentración empresarial es importante aclarar que no son, en principio, contrarias a derecho, en efecto, son un ejercicio legítimo de los derechos a la libre competencia, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad de contratación, teniendo como finalidad la búsqueda de



sinergias para un mejoramiento de procesos productivos o administrativos, la conquista de mercados, entre otros fines lícitos. Sin embargo, algunas operaciones de concentración empresarial pueden desencadenar en una limitación excesiva de la competencia en el mercado, razón por la cual, por mandato legal contenido la ley 1340 de 2009, estas operaciones deberán, “ex ante”, ser informadas a esta Entidad en concordancia con lo dispuesto en el Anexo 1 del título VII de la Circular Única de esta Superintendencia y demás normas relativas.

Frente al caso concreto de la enajenación de CAFESALUD, esta entidad se pronunció mediante radicado 17-162660- -2-0, por medio del cual se descurre traslado a la solicitud de SUSPENSIÓN PROVISIONAL, dentro del medio de control de PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS, dentro del proceso N° 25000-23-41-000-2017-00885-00 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A. En este pronunciamiento, se esgrimen dos argumentos principales: (i) Luego de un análisis de los supuestos subjetivo y objetivo establecidos por la Circular Única de esta Entidad respecto del proceso de venta de CAFESALUD, se determinó que éste debía cumplir el requisito de informar a esta Superintendencia la intención de adquirir CAFESALUD; frente a esta obligación, se demostró que las empresas interesadas en la enajenación cumplieron el requisito de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre su intención de enajenación. (ii) Basada en la jurisprudencia del Consejo de Estado y la normatividad aplicable para el caso, esta Entidad consideró que la existencia de un único oferente en el marco de un proceso de contratación estatal en las condiciones de subasta pública no es per se violatorio de la libre competencia económica, en tanto se preservó, en cada una de las etapas del proceso de enajenación de CAFESALUD, la libre competencia económica en cuanto a sus componentes esenciales, a saber, libertad de concurrencia e igualdad de condiciones.

Así las cosas, esta Entidad concluye en este pronunciamiento que con fundamento en lo expuesto, y en línea con la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se han violado normas de concentración empresarial y no se advierte una vulneración de la libre competencia.

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://serviciosweb.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/ConceptosJuridicos/Conceptos.php>



Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: José Andrés Sánchez R.
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha

