

INFORME MOTIVADO

Radicación: 09- 74322

Referencia: Investigación por Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia.

Conductas investigadas: Artículo 1 de la Ley 155 de 1959; artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 y numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Investigados:

Persona jurídica:

- **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE ANTIOQUIA** (en adelante **AESA**), identificada con NIT 811009660-4¹.

Persona natural:

- **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.683.485, en su calidad de Director Ejecutivo de **AESA**.

En cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011², en las investigaciones adelantadas por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, una vez instruida la investigación se presenta al Superintendente de Industria y Comercio un Informe Motivado respecto de si ha existido o no una infracción a las normas sobre protección de la competencia por parte de las personas jurídicas y naturales investigadas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012³, una vez se ha desarrollado la audiencia verbal se correrá traslado del informe motivado por 20 días hábiles a los investigados y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

¹ Folio 1620 del Cuaderno Publico No. 8 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado con el No. 09-74322.

² **"ARTÍCULO 9. FUNCIONES DEL DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA.** Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:

(...)

6. *Presentar al Superintendente de Industria y Comercio una vez instruida la investigación, informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal".*

³ **"ARTÍCULO 155. PROCEDIMIENTO POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS.** El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, quedará así:

(...)

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

(...)"

El presente documento se refiere a la investigación por Prácticas Comerciales Restrictivas de la Libre Competencia económica iniciada mediante la Resolución No. 60273 del 28 de octubre de 2011⁴, en contra de **AESA** y de **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**.

1. INICIO DE LA ACTUACIÓN

La actuación se inició por denuncia relacionada con presuntas Prácticas Restrictivas de la libre y leal Competencia económica en el mercado de la prestación del servicio de salud en el departamento de Antioquía, la cual se relaciona a continuación:

1.1. HECHOS DENUNCIADOS

1.1.1. Escrito radicado con el No. 09-25348 del 12 de marzo de 2009⁵

La presente actuación tuvo como inicio la queja allegada a esta Entidad, mediante escrito radicado con el No. 09- 25348 del 12 de marzo de 2009, en el cual **LUIS FERNEY MORENO**, actuando en nombre y representación de la **CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES** (en adelante **CAPRECOM**), presentó denuncia en contra de **AESA**, la **ASOCIACIÓN DE HOSPITALES y CENTROS DE SALUD DE CALDAS** (en adelante **AHCSC**), de la **ASOCIACIÓN DE HOSPITALES DEL VALLE** (en adelante **ASOHOSVAL**), por presuntos acuerdos contrarios a la libre competencia y contra las **EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO** (en adelante **ESE**)⁶ que operan en los departamentos de Antioquía, Caldas y Valle del Cauca por

⁴ Folios 637 a 654 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵ Folio 5 del Cuaderno Publico No.1 del Expediente.

⁶ A continuación se relacionan las **ESE** del Departamento de Antioquia que fueron denunciadas por **CAPRECOM**: E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, E.S.E HOSPITAL NUEVO HORIZONTE, E.S.E HOSPITAL LUIS FELIPE ARBELAEZ, E.S.E HOSPITAL SAN FERNANDO, E.S.E HOSPITAL EL CARMEN, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL, E.S.E HOSPITAL LA MISERICORDIA, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE ANORI, E.S.E HOSPITAL SAN FRANCISCO DE ASIS, E.S.E HOSPITAL ANTONIO ROLDAN BETANCUR, E.S.E HOSPITAL PEDRO NEL CARDONA DE ARBOLETES, E.S.E HOSPITAL SAN JULIAN, E.S.E HOSPITAL SAN MARTIN DE PORRES, E.S.E HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL, E.S.E BELLO SALUD, E.S.E HOSPITAL MARCO FIDEL SUAREZ, E.S.E HOSPITAL MENTAL DE ANTIOQUIA, E.S.E HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO, E.S.E HOSPITAL SAN ANTONIO, E.S.E HOSPITAL GERMAN VELEZ GUTIERREZ, E.S.E HOSPITAL EL SAGRADO CORAZON, E.S.E HOSPITAL SAN ANTONIO, E.S.E HOSPITAL ISABEL LA CATOLICA, E.S.E. HOSPITAL GUILLERMO GAVIRIA CORREA, E.S.E HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL, E.S.E HOSPITAL LA SAGRADA FAMILIA, E.S.E HOSPITAL SAN CARLOS, E.S.E HOSPITAL SAN PIO X, E.S.E HOSPITAL SAN ANTONIO, E.S.E HOSPITAL FRANCISCO LUIS JIMENEZ MARTINEZ, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL, E.S.E HOSPITAL CESAR UIRBE PIEDRAHITA, E.S.E HOSPITAL MARIA AUXILIADORA, E.S.E HOSPITAL SAN ANTONIO CISNEROS, E.S.E HOSPITAL LA MERCED, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, E.S.E HOSPITAL JOSE MARIA CORDOBA, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, E.S.E HOSPITAL SANTA MARGARITA, E.S.E HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL PERPETUO SOCORRO, E.S.E HOSPITAL FRANCISCO ELADIO BARRERA, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL, E.S.E HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DEL CARMEN, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, E.S.E HOSPITAL PRESBITERO EMIGDIO PALACIO, E.S.E. HOSPITAL MANUEL URIBE ANGEL, E.S.E ENVISALUD, E.S.E HOSPITAL DE SANTA LUCIA, E.S.E HOSPITAL MARIA ANTONIA TORO DE ELEJALDE, E.S.E HOSPITAL SAN ISIDRO, .S.E HOSPITAL SAN RAFAEL, E.S.E HOSPITAL SANTA ISABEL, E.S.E HOSPITAL PADRE CLEMENTE GIRALDO, E.S.E HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE GUADALUPE, E.S.E HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE LA CANDELARIA, E.S.E HOSPITAL LA INMACULADA, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DEL SUROESTE, E.S.E HOSPITAL DEL SUR GABRIEL JARAMILLO PIEDRAHITA, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL-ITAGUI, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, E.S.E HOSPITAL GABRIEL PELAEZ MONTOYA, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL JERICO, E.S.E HOSPITAL DE LA CEJA, E.S.E HOSPITAL LA ESTRELLA, E.S.E HOSPITAL ANTONIO ROLDAN BETANCUR, E.S.E HOSPITAL SAN ROQUE, E.S.E HOSPITAL SAN LORENZO, E.S.E HOSPITAL MARCO A. CARDONA, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, E.S.E METROSALUD, E.S.E HOSPITAL LA MARIA, E.S.E HOSPITAL GENERAL DE MEDELLIN - LUZ

incurrir en abusos de la posición dominante y en acuerdos contrarios a la libre competencia.

Se hace énfasis en las conductas desplegadas por las diferentes **ESE** de los Departamentos de Caldas y Valle del Cauca a través de sus asociaciones, donde estas pretendieron realizar negociaciones colectivas poniéndose de acuerdo en los porcentajes de contratación en los servicios de salud de cada departamento en perjuicio de las **ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD** (en adelante **EPS**) tal y como se indica a continuación:

"En el Departamento de Caldas, se evidencia que las ESE acuerdan a través de la Asociación de Hospitales y Centros de Salud de Caldas realizar negociación colectiva poniéndose de acuerdo en los porcentajes mínimos de contratación, por lo general aspiran a contratar el 60 del 100% del gasto de salud, sin tener en cuenta que cada una de ellas tiene su propia capacidad resolutoria, sus propios indicadores de calidad, sus indicadores de gestión y sus tarifas (...)"⁷.

Así mismo, contra **ASOHOSVAL**, en el departamento del Valle del Cauca en la cual no solo existe concertación con las **ESE** a través de su Asociación para determinar las condiciones de la contratación con las **EPS** sino que además ordenan la suspensión del servicio de salud a los afiliados del régimen subsidiado, tal y como se demuestra a continuación:

"Las ESE no solamente se ponen de acuerdo para imponer condiciones de contratación a CAPRECOM- EPS y a otras EPS, sino también abusan de su posición dominante al ordenar la suspensión del servicio de salud a los afiliados del régimen subsidiado de CAPRECOM- EPS, sin fundamento o justificación diferente a la de obligar la firma de los contratos con los porcentajes de su interés (...)"⁸.

Los anteriores hechos no son objeto de análisis en este informe motivado, toda vez que los mismos ya fueron resueltos de fondo por esta Entidad⁹.

CASTRO DE GUTIERREZ, E.S.E HOSPITAL SAN BARTOLOMÉ, E.S.E HOSPITAL LA ANUNCIACION, E.S.E HOSPITAL SAN JOAQUIN NARIÑO ANTIOQUIA, E.S.E HOSPITAL LA MISERICORDIA, E.S.E HOSPITAL SAN SEBASTIAN DE URABA, E.S.E HOSPITAL SAN MIGUEL, E.S.E HOSPITAL SAN FRANCISCO, E.S.E HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL, E.S.E HOSPITAL LA CRUZ, E.S.E HOSPITAL OCTAVIO OLIVARES, E.S.E HOSPITAL LA PAZ, E.S.E HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, E.S.E HOSPITAL GILBERTO MEJÍA MEJÍA, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE RIONEGRO, E.S.E HOSPITAL SAN PEDRO, E.S.E HOSPITAL VENANCIO DÍAZ DÍAZ, E.S.E HOSPITAL SAN JOSE, E.S.E GUSTAVO GONZALEZ OCHOA, E.S.E HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL, E.S.E HOSPITAL SAN FRANCISCO DE ASIS, E.S.E HOSPITAL SAN LUIS BELTRAN, E.S.E HOSPITAL LAUREANO PINO, E.S.E HOSPITAL HECTOR ABAD GOMEZ, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL, E.S.E HOSPITAL SANTA ISABEL, E.S.E HOSPITAL OSCAR EMIRO VERGARA CRUZ, E.S.E HOSPITAL PABLO ALONSO MARÍA GIRALDO, E.S.E HOSPITAL MUNICIPAL SAN ROQUE, E.S.E HOSPITAL MUNICIPIO DE SAN VICENTE, E.S.E HOSPITAL SANTAMARIA, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE SANTA ROSA DE OSOS, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE SANTO DOMINGO, E.S.E HORACIO MUÑOZ SUESCUN, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, E.S.E HOSPITAL SAN ANTONIO, E.S.E HOSPITAL SAN PABLO, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, E.S.E HOSPITAL PEDRO CLAVER AGUIRRE YEPES, E.S.E HOSPITAL FRANCISCO VALDERRAMA, E.S.E HOSPITAL TOBIAS PUERTA, E.S.E HOSPITAL IVAN RESTREPO GOMEZ, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS VALDIVIA, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DIOS, E.S.E HOSPITAL SAN CAMILO DE LELIS, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL, E.S.E HOSPITAL ATRATO MEDIO ANTIOQUEÑO, E.S.E HOSPITAL LA MISERICORDIA, E.S.E HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS YARUMAL, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL DE YOLOMBO, E.S.E HOSPITAL HÉCTOR ABAD GÓMEZ, E.S.E HOSPITAL SAN RAFAEL.

⁷ Folio 9 del Cuaderno Público No.1 del Expediente.

⁸ Folio 10 del Cuaderno Público No.1 del Expediente.

⁹ Teniendo en cuenta la diferencia observada en los hechos denunciados y empresas posiblemente investigadas, se consideró pertinente atenderlas de forma separada en los siguientes expedientes: Valle del Cauca radicados con el No. 09-75161 y Caldas con el No. 09-25348. La **SIC** mediante

Por último, denuncia que **AESA** habría interferido en las negociaciones y condiciones de contratación en la prestación de los servicios de salud entre **CAPRECOM** y las **ESE** del Departamento de Antioquia al instruirle respecto de las tarifas a cobrar y subordinar la prestación de los servicios médico-asistenciales a la contratación de los medicamentos. Tal y como se describe a continuación:

(...)

“En efecto se dan instrucciones de contratar con tarifas que no son competitivas y órdenes de subordinar la contratación de los servicios de salud a la aceptación de servicios adicionales como la de contratación de medicamentos

(...)¹⁰.

1.1.2. Escrito radicado con el No. 09- 74322 del 16 de julio de 2009¹¹

Mediante memorando radicado con el No. 09-74322 del 16 de julio de 2009, la Secretaria General de la Entidad solicitó el traslado de copias del expediente radicado con el No. 09- 25348 del 12 de marzo de 2009 con destino al expediente objeto de análisis por la cual se inició la presente investigación, teniendo en cuenta únicamente los hechos en contra de **AESA**.

Así las cosas, la Delegatura da inicio a la presente actuación teniendo en cuenta que **AESA** habría interferido en las negociaciones y condiciones de contratación en la prestación de los servicios de salud entre **CAPRECOM** y las **ESE** del Departamento de Antioquia al instruirle respecto de las tarifas a cobrar y subordinar la prestación de los servicios médico-asistenciales a la contratación de los medicamentos.

1.1.3. Escrito radicado con el No. 11-62178, de 20 mayo de 2011¹²

Por otro lado, mediante escrito radicado con el No. 11-62178, de mayo 20 de 2011, **OSMEIDA SALGADO CARRASCAL**, actuando en calidad de Directora Territorial de **CAPRECOM** Antioquia, presentó queja contra **AESA** y las **ESE** que operan en aquel departamento, por la presunta realización de conductas de abuso de posición dominante y acuerdos contrarios a la libre competencia, previstos en los artículos 47 y 50 del Decreto 2153 de 1992 y, particularmente, se señalan las conductas descritas en los artículos 4, 5 y 9 del Decreto 1663 de 1994. Dada la conexidad de los hechos aquí denunciados con los descritos en el expediente No. 09-74322, esta queja se acumuló a aquél¹³.

1.2. ACTUACIONES ADELANTADAS DURANTE LA ETAPA DE ESTUDIO DE ADMISIBILIDAD DE LA DENUNCIA

Teniendo en cuenta las denuncias presentadas por **CAPRECOM**, la Delegatura adelantó algunas actuaciones administrativas con el objeto de determinar si existía mérito para adelantar una averiguación preliminar o investigación formal con pliego de cargos por la presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

Resolución No. 24836 del 6 de marzo del 2012 sancionó a **AHCSC** y Resolución No. 2585 del 30 de enero del 2013 sancionó a **ASHOSVAL**.

¹⁰ Folio 9 del Cuaderno Público No.1 del Expediente.

¹¹ Folios 1 a 4 del Cuaderno Público No.1 del Expediente.

¹² Folios 468 a 626 del Cuaderno Público No.3 del Expediente.

¹³ Folio 633 del Cuaderno Público No.3 del Expediente.

En desarrollo de las facultades otorgadas a esta Entidad y conforme a lo dispuesto en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011¹⁴, la Delegatura efectuó las actuaciones que se relacionan a continuación:

1.2.1. Visitas Administrativas

El 17 de abril de 2009, el Jefe del Grupo de Promoción de la Competencia, delegó a funcionarios de esta Superintendencia, para realizar visita administrativa en las instalaciones de **AESA**.

Dicha visita administrativa se llevó a cabo el 22 de abril de 2009, según consta en el acta de inspección que obra en el expediente¹⁵. En el transcurso de la misma, se recaudaron documentos físicos y electrónicos, que reposan como material probatorio en el expediente.

1.2.2. Documentales

Que mediante memorando radicado con el No. 09- 74322 del 16 de julio de 2009¹⁶ la Delegatura solicitó a la Secretaría General de la Entidad trasladar copias de la información recaudada con respecto a **AESA** en la actuación administrativa radicada con el No. 9-25348 del 12 de marzo de 2009, así como la correspondiente certificación de autenticidad de dichas copias, al trámite de la referencia.

2. LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PRELIMINAR

Mediante comunicación radicada con el No.09- 74322 del 12 de febrero de 2010¹⁷, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia decidió iniciar averiguación preliminar con el fin de establecer la existencia de evidencia que determinara la necesidad de iniciar una investigación administrativa por presuntas prácticas comerciales restrictivas por parte de **AESA**.

¹⁴"**ARTÍCULO 1.** (...)La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones.

(...)"

¹⁵ Acta de Visita Administrativa radicada con el No. 09-025348-15, incluyendo anexos. Folio 38 a 252 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁶ Folio 1 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁷ Folio 253 y 254 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

2.1. ACTUACIONES REALIZADAS DURANTE LA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR

En desarrollo de las facultades otorgadas a esta Entidad, conforme lo dispuesto por los numerales 62¹⁸, 63¹⁹ y 64²⁰ del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esta Delegatura efectuó los requerimientos de información que se relacionan a continuación:

2.1.1. Requerimientos de información

- a) A **AESA**, mediante comunicación radicada con el No. 09-74322-2 del 5 de marzo de 2010²¹.
- b) A la **DIRECCIÓN SECCIONAL DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL DE ANTIOQUIA**, comunicación radicada con el No. 09-74322-3 del 5 de marzo de 2010²².
- c) A **CAPRECOM**, comunicación radicada con el No. 09-74322-4 del 5 de marzo de 2010²³.
- d) A **COMFENALCO ANTIOQUIA**, comunicación radicada con el No. 09-74322-5 del 5 de marzo de 2010²⁴.
- e) A **COMFENALCO TOLIMA**, comunicación radicada con el No. 09-74322-6 del 5 de marzo de 2010²⁵.
- f) A **COMFAMA ANTIOQUIA**, comunicación radicada con el No. 09-74322-7 del 5 de marzo de 2010²⁶.

¹⁸ **Artículo 1. Numeral 62.** "Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley".

¹⁹ **Artículo 1. Numeral 63.** "Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones".

²⁰ **Artículo 1. Numeral 64.** "Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones".

²¹ Folios 259 a 260 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Se recibió respuesta de dicho requerimiento el 23 de marzo de 2010 (documento visible a folios 341 a 363 del cuaderno 2 del expediente).

²² Folios 261 a 262 del Cuaderno Público No.1 del Expediente. Se recibió respuesta de dicho requerimiento el 25 de marzo de 2010 (Folios 443 a 444 (CD) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente).

²³ Folios 263 a 264 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Se solicitó prórroga para atender dicho requerimiento y se recibió respuesta del mismo el 8 de abril de 2010 (Folios 457 a 458 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente).

²⁴ Folios 265 a 266 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Se recibió respuesta de dicho requerimiento el 25 de marzo de 2010 (Folio 446 a 455 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente).

²⁵ Folios 267 a 268 del Cuaderno Público No.1 del Expediente. Se recibió respuesta de dicho requerimiento el 14 de abril de 2010 (Folio 467 a 363 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente).

²⁶ Folios 269 a 270 del Cuaderno Público No.1 del Expediente. Se recibió respuesta de dicho requerimiento el 24 de marzo de 2010 (Folios 372 a 441 del Cuaderno Público No.2 del Expediente).

- g) A **EMDISALUD ESP**, comunicación radicada con el No. 09-74322-8 del 5 de marzo de 2010²⁷.
- h) A la **ASOCIACIÓN MUTUAL LA ESPERANZA**, comunicación radicada con el No. 09-74322-9 del 5 de marzo de 2010²⁸.
- i) A **ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD DEL NORTE DE SOACHA**, comunicación radicada con el No. 09-74322-10 del 5 de marzo de 2010²⁹.
- j) A **SALUDVIDA S.A. EPS**, comunicación radicada con el No. 09-74322-11 del 5 de marzo de 2010³⁰.
- k) A **CAFESALUD EPS**, comunicación radicada con el No. 09-74322-12 del 5 de marzo de 2010³¹.
- l) A **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR**, comunicación radicada con el No. 09-74322-13 del 5 de marzo de 2010³².

2.2. Conclusión de la averiguación preliminar

Habiendo analizado la información y documentación recaudada, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, facultado para ello, consideró que existía mérito suficiente para abrir una investigación por presuntas conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 019 de 2012.

3. INICIO DE LA INVESTIGACIÓN FORMAL Y FORMULACIÓN DE PLIEGO DE CARGOS

3.1. Resolución No. 60273 del 28 de octubre de 2011³³

Mediante la Resolución No. 60273 del 28 de octubre de 2011, esta Delegatura ordenó abrir una investigación formal y formular pliego de cargos en contra de **AESA**, por la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

Igualmente, este Despacho abrió investigación en contra de **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, en su calidad de Representante Legal de **AESA** y como persona natural, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el

²⁷ Folios 271 a 272 del Cuaderno Público No.1 del Expediente.

²⁸ Folio 273 a 274 del Cuaderno Público No.1 del Expediente. Se recibió respuesta de dicho requerimiento el 19 de marzo de 2010 (Folios 282 al 284 del Cuaderno Público No.1 del Expediente).

²⁹ Folios 275 a 276 del Cuaderno Público No.1 del Expediente. Se recibió respuesta de dicho requerimiento el 23 de marzo de 2010 (folios 324 a 337 del Cuaderno Público No.2 del Expediente).

³⁰ Folios 277 a 278 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Se recibió respuesta de dicho requerimiento el 26 de marzo de 2010 (Folio 456 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente).

³¹ Folios 279 a 280 del Cuaderno Público No.1 del Expediente. Se recibió respuesta de dicho requerimiento el 23 de marzo de 2010 (Folios 366 a 370 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente).

³² Folios 281 a 282 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Se recibió respuesta de dicho requerimiento el 23 de marzo de 2010 (Folios 288 a 323 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente).

³³ Folios 637 a 654 del cuaderno Publico No.3 del Expediente.

numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber autorizado, ejecutado tolerado la conducta imputada a **AESA**.

3.1.1. Consideraciones hechas en la apertura de investigación

A continuación, se resumen las principales consideraciones efectuadas por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación referida:

La apertura de la investigación inicia haciendo una presentación de los hechos que fueron denunciados por **LUÍS FERNEY MORENO**, actuando en nombre y representación de **CAPRECOM** en contra de **AESA**, entre otras asociaciones³⁴, hechos que daban cuenta de la presunta realización de conductas abusivas de una posición dominante y acuerdos contrarios a la libre competencia adelantados por la agremiación denunciada.

Adicionalmente, en la denuncia presentada por **CAPRECOM**, se afirma que **AESA** habría interferido en las negociaciones y condiciones de contratación en la prestación de los servicios de salud entre **CAPRECOM** y las **ESE** del Departamento de Antioquia al instruirles respecto de las tarifas a cobrar a las **EPS** del régimen contributivo y el régimen subsidiado, resultando afectada por dicha situación, así como por estar subordinando la prestación de los servicios médico-asistenciales a la contratación de los medicamentos. Por último, se indica que las **ESE** del Departamento de Antioquia han aplicado condiciones discriminatorias respecto a diferentes **EPS** que se encuentran en condiciones equivalentes.

Ahora bien, en la Resolución de Apertura de Investigación también se hace referencia al escrito presentado mediante comunicación radicada con el No. 11-62178, de mayo 20 de 2011³⁵, en el cual **OSMEIDA SALGADO CARRASCAL**, actuando en calidad de Directora Territorial de **CAPRECOM ANTIOQUIA**, presentó denuncia en contra **AESA** y las **ESE** que operan en aquel departamento, por la presunta realización de conductas de abuso de posición dominante y acuerdos contrarios a la libre competencia, previstos en los artículos 47 y 50 del Decreto 2153 de 1992 y, particularmente, se señalan las conductas descritas en los artículos 4, 5 y 9 del Decreto 1663 de 1994.

Como ya se mencionó la Delegatura evaluó las denuncias presentadas y dada la conexidad de los hechos que fueron denunciados en los diferentes escritos, dicha denuncia se acumuló a la presentada en la actuación administrativa radicada con el No. 09-74322.

Por otro lado, luego de la exposición de los hechos denunciados, la Delegatura efectúa una presentación de la estructura del mercado en la que se adelantaron las presuntas conductas anticompetitivas, el análisis de la Delegatura parte con la descripción de la estructura del **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD** (en adelante **SGSSS**), el cual tiene su raíz en la Ley 100 de 1993, y su cabeza en el **MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL**, en dicha descripción se tuvo en cuenta a cada uno de los actores, que participan en el mercado como las entidades promotoras de salud del régimen contributivo (en adelante **EPS**), las

³⁴ En la comunicación de la referencia fueron señaladas, además, las asociaciones de hospitales de los departamentos de Antioquia, Caldas y Valle. Teniendo en cuenta la diferencia observada en los hechos denunciados y empresas posiblemente investigadas, consideró pertinente atenderlas de forma separada en los siguientes expedientes: Valle del Cauca No. 09-75161, Antioquia No. 09-74322 y Caldas No. 09-25348.

³⁵ Folios 468 a 490 del Cuaderno Público No.3 del Expediente.

entidades de salud del régimen subsidiado (en adelante **ESE**) y las instituciones prestadoras de salud (en adelante **IPS**), dentro del mercado geográfico de Antioquia.

Con el fin de continuar con el análisis, la Delegatura encontró que **AESA** es una persona jurídica de derecho privado, constituida bajo el régimen legal de las instituciones de utilidad común sin ánimo de lucro, regida por sus propios Estatutos³⁶, el cual se señala como objetivo específico de la agremiación, el siguiente:

(...)

OBJETIVOS ESPECIFICOS: En desarrollo del objeto descrito, la Asociación tiene como fin cumplir el logro de los siguientes objetivos:

e. Asesorar la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud (se subraya)

(...)"

Con base en lo anterior, la Delegatura procedió a analizar las actuaciones de **AESA**, fijando su acción sobre las condiciones de contratación, y la conducta de la asociación que al parecer estaría adoptando decisiones e impartiendo instrucciones a sus miembros, relacionadas con las tarifas de capitación entre otras condiciones contractuales tales como, la forma de pago, objeto del contrato y servicios prestados.

Posterior a ello, se efectuó el análisis del suministro de medicamentos a los usuarios de **CAPRECOM** por las **ESE** afiliadas a **AESA**, teniendo en cuenta las pruebas y consideraciones sobre la conducta de la asociación la cuales indicaban que al parecer las **ESE** asociadas a **AESA** actuaban bajo las directrices de dicha asociación, ejecutando presuntas prácticas que impiden y restringen los servicios de salud.

En este escenario, la Delegatura procede a determinar cuáles fueron los mercados sobre los que recaían las decisiones e instrucciones presuntamente adoptadas por **AESA** para luego identificar la potencial afectación de los mercados de la salud, identificando dos mercados a saber: i) mercado de proveedores de la salud y ii) mercado de prestación de servicios de salud concluyendo que la conducta por parte de **AESA** podría estar afectando la competencia en estos mercados por cuanto las condiciones pactadas en los contratos, podrían no corresponder con el nivel de precios, cantidades, calidades u otras variables del mercado, que podría alcanzarse en un escenario de libre competencia.

Los anteriores hechos permitieron inferir razonablemente, que la actuación de **AESA**, posiblemente habría configurado una infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. Así mismo, **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, posiblemente habría infringido lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

3.2. De la notificación de la resolución de apertura

Dando cumplimiento a lo establecido en el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 019 de 2012³⁷, se

³⁶ Folios 41 a 45 del Cuaderno Público No.1 del Expediente.

³⁷ Para la época en la que la Delegatura para la Protección de la Competencia expidió la Resolución de Apertura de Investigación No. 60273 del 28 de octubre de 2011, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 no había sufrido ninguna modificación.

procedió a notificar la Resolución de Apertura de Investigación No. 60273 del 28 de octubre de 2011, a los investigados, lo cual se verificó de la siguiente forma:

3.2.1. Mediante notificación personal

Ninguno de los investigados se notificó personalmente, por lo que esta Superintendencia procedió a fijar el edicto correspondiente.

3.2.2. Mediante edicto

Mediante edicto No. 21996 fijado el 9 de noviembre de 2011 y desfijado el 11 de noviembre de 2011, se notificó a **AESA**, y a **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, en su calidad de Representante Legal de **AESA** y como persona natural investigada³⁸.

3.3. Publicación

El artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, señala el deber a cargo de los investigados de realizar la publicación de un aviso en un diario de amplia circulación del acto administrativo que contiene la apertura de la investigación. En este caso, el **ARTÍCULO CUARTO** de la Resolución No. 60273 del 28 de octubre de 2011, señaló dicho deber para las personas jurídicas y personas naturales investigadas, cuyo cumplimiento fue atendido de la siguiente manera:

Tabla No. 1
Publicación en diario oficial por parte de los investigados

Investigados	Publicación	Folios
AESA LUIS ALBERTO MARTÍNEZ S.	Periódico EL MUNDO , 22 diciembre 2011.	687 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

Fuente: Elaboración SIC con base en la información que obra en el Expediente.

3.4. Terceros interesados

Una vez realizadas las publicaciones, conforme lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 157 del Decreto Ley 19 de 2012, la Resolución de Apertura de Investigación en su **ARTÍCULO CUARTO**, ordenó publicar en la página web de esta Entidad un aviso informando sobre la expedición de la Resolución No. 60273 del 28 de octubre de 2011, con el fin de que dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la fecha de dicha publicación, los competidores, consumidores o en general, aquel que acreditara un interés directo en la investigación aportará las consideraciones y pruebas que quisiera hacer valer.

Así las cosas, una vez vencido el término establecido, no se presentaron solicitudes de reconocimiento de terceros interesados para hacerse parte en la investigación.

4. ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LOS INVESTIGADOS

Mediante comunicación radicada con el No. 09- 74322-36 del 24 de noviembre de 2011³⁹, **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, actuando en calidad de investigado y en ejercicio de su derecho constitucional y legal de defensa, solicitó

³⁸ Folios 635 y 636 del cuaderno Publico No. 3 del Expediente.

³⁹ Folio 659 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

prórroga para aportar pruebas a la presente investigación, dicha prórroga le fue concedida por esta Delegatura mediante comunicación radicada con el No. 09-74322-37 del 1 de diciembre de 2011, hasta el 9 de diciembre de 2011.

Así las cosas, mediante comunicación radicada con el No. 09-74322-44 del 13 de diciembre de 2011⁴⁰, encontrándose dentro del término legal para ello **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, en calidad de Director Ejecutivo de **AESA** y como persona natural investigada, presentó solicitud de las pruebas que consideró relevantes para desvirtuar las imputaciones jurídicas efectuadas con la expedición de la Resolución No. 60273 del 28 de octubre de 2011. Es de anotar, que el escrito antes mencionado, no contenía argumentos o descargos frente a las imputaciones efectuadas por la Delegatura.

5. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DE LA LEY 640 DE 2001

De acuerdo con el inciso primero del artículo 33 de la Ley 640 de 2001:

"Artículo 33. Conciliación en procesos de competencia. En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados".

De la norma anteriormente transcrita, se aprecia con claridad la procedencia del trámite conciliatorio cuando en la actuación administrativa que por prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia económica o competencia desleal administrativa que inicie la **SIC** medie petición de parte, esto es, que exista una queja o denuncia de la conducta presuntamente violatoria del régimen de competencia.

Así las cosas, esta Delegatura mediante comunicación radicada con el No. 09-74322-52 del 26 de enero de 2012⁴¹, citó para el 15 de febrero de 2012 a audiencia de conciliación a **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, como representante legal de **AESA**, y como personal natural investigada, a **CARLOS TADEO GIRALDO GÓMEZ**, como Director General de **CAPRECOM**, a **OSMEIDA SALGADO CARRASCAL**, como Directora Territorial de **CAPRECOM** Antioquia y a **LUIS FERNEY MORENO**, como apoderado de **CAPRECOM**.

Llegado el día y la hora previstos, se surtió la anterior diligencia sin que las partes involucradas llegasen a un acuerdo conciliatorio⁴² respecto de sus intereses particulares, razón por la cual se dio por terminada esta etapa.

6. NULIDAD DE OFICIO

Mediante Resolución No. 21463 del 25 de abril del 2013⁴³, la Delegatura de Protección de la Competencia procedió a revocar y por consiguiente dejar sin efectos los actos administrativos que se había expedido hasta dicho momento al interior de la investigación⁴⁴, por cuanto los mismos no habían sido notificados en debida forma, los hechos que motivaron la revocatoria fueron los siguientes:

⁴⁰ Folio 672 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁴¹ Folio 688 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁴² Folios 707 a 709 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁴³ Folios 1510 a 1515 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁴⁴ Resolución No. 18590 del 28 de marzo del 2012, Resolución No. 35770 del 7 de junio del 2012 y Resolución No. 46631 del 31 de julio del 2012.

En los documentos que obran en el expediente radicado con el No. 09-74322, la Delegatura encontró que a folio 754, reposa copia de la comunicación radicada con el No. 09-74322-59 del 4 de abril del 2012, remitido al representante legal de **AESA** que contenía la citación a la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 019 de 1992, cuya entrega fue reportada como correo devuelto por parte del operador de correo 472, que adicionalmente tenía adherido el sticker de devolución de correo señalando como causal la siguiente: "no existe número"

Se procedió entonces a cotejar la dirección de **AESA** a la cual se había enviado la citación en comento, con la dirección que se encontraba contenida en Resolución de Pruebas No. 18590 del 28 de marzo de 2012, así como en las posteriores resoluciones que la modificaron y adicionaron, verificando que la existencia de un error mecanográfico, el número de la Carrera se señaló de manera equivocada. Es decir, en la Resolución de Pruebas se señaló que la dirección correspondía a la Carrera 24 No. 24-104 de Medellín, cuando en realidad, la dirección correcta era la Carrera 48 No. 24-104 de Medellín.

Como consecuencia de lo anterior, la notificación de la Resolución que decretó pruebas así como la comunicación de sus posteriores modificaciones, no se llevó a cabo en las condiciones señaladas en la Ley. La circunstancia de no haber llevado a cabo la notificación y comunicación de los mencionados actos administrativos en los términos señalados en la ley, implica que **AESA** y la persona natural investigada, no tuvieron oportunidad de conocer el contenido de los mismos, ni de interponer los medios de impugnación que legalmente procedían en cada caso. Adicionalmente, la falta de notificación limitó la oportunidad que tuvieron los investigados de estar presentes en la práctica de pruebas decretadas de oficio y a solicitud de ellos mismos, coartando así su derecho para controvertir las pruebas.

Por las razones expuestas, esta Delegatura, encontró que la falta de notificación de la Resolución No. 18590 del 28 de marzo de 2012, que abrió a pruebas la investigación, así como la indebida comunicación de las resoluciones que posteriormente la modificaron resultan contrarias a la ley, por lo cual se configura la causal prevista en numeral 1 del artículo 93 del Código Contencioso Administrativo⁴⁵, y en consecuencia la Delegatura encontró procedente declarar, de oficio, la revocatoria directa de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No.18590 del 28 de marzo de 2012⁴⁶, que abrió a pruebas la Investigación.
- Resolución No. 35770 del 7 de junio de 2012⁴⁷, por la cual se reprogramó un interrogatorio y se limitaron algunos testimonios.
- Resolución No. 46631 del 31 de julio de 2012⁴⁸, por la cual se modificó el acto de pruebas en el sentido de ordenar la práctica de visitas administrativas a las instalaciones de **AESA** y de **COHAN**.

⁴⁵ Código Contencioso Administrativo, Artículo 93. "Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley. (...)"

⁴⁶ Folios 747 a 753 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁴⁷ Folios 760 a 762 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁴⁸ Folio 781 a 782 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

En razón a lo anterior, como consecuencia de la expedición de la Resolución No. 21463 del 25 de abril del 2013, la investigación administrativa volvió a la etapa procesal en la que se encontraba antes de que se expidieran los actos administrativos revocados, esto es previo al inicio de la etapa de instrucción y el correspondiente decreto de pruebas dentro de la investigación.

7. ETAPA PROBATORIA

7.1. Resolución No. 36389 del 18 de junio de 2013⁴⁹

La Delegatura para la Protección de la Competencia, mediante la Resolución No. 36389 del 18 de junio de 2013, decretó de oficio la práctica de pruebas dentro de esta investigación, así como algunas solicitadas por los investigados, rechazando de la siguiente manera, la práctica de otras que no resultaban conducentes o pertinentes para la investigación:

7.1.1. Pruebas de Oficio

- Estados Financieros y Balance General de **AESA**, correspondiente a los años 2011 y 2012 certificado por contador y revisor fiscal⁵⁰.
- Certificado de Ingresos y Retenciones, o en su defecto Certificado de Honorarios Sufragados por **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, en calidad de representante legal y director ejecutivo de **AESA**⁵¹.

7.1.2. Interrogatorio de Parte

Diligencia de interrogatorio practicada el 23 de enero de 2014⁵² a **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA** en su calidad de representante legal de **AESA** y como persona natural investigada.

7.1.3. Visitas Administrativas

- Visita de inspección con exhibición de documentos a las instalaciones de **COHAN** en Medellín. Esta visita fue realizada el 29 de enero de 2014⁵³.
- Visita de inspección con exhibición de documentos a las instalaciones de la **AESA** en Medellín. Esta visita fue realizada el 28 de enero de 2014⁵⁴.

⁴⁹ Folios 1525 a 1530 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁵⁰ Folios 1690 a 1691 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

⁵¹ Folio 1751 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Toda vez que en el curso de la visita administrativa adelantada en las instalaciones de **AESA** el 28 de enero de 2014, se solicitó y obtuvo copia de la información relacionada en los numerales 2.2.1.1 y 2.2.1.2 de la Resolución No. 36389 del 18 de junio de 2013, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 246 del Código de Procedimiento Civil, la misma se incorporó a la presente actuación administrativa. Información que obra a folios 1690 a 1691 y 1751 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

⁵² Folios 1555 a 1556 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁵³ Folios 1559 a 1561 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁵⁴ Folios 1586 a 1593 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

8. AUDIENCIA FINAL PREVISTA EN EL DECRETO 019 DE 2012

En atención a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia mediante comunicación radicada con el No. 09-74322-107 del 21 de febrero de 2014, citó a los investigados a una audiencia que se llevaría a cabo el 4 de marzo de 2014, con el fin de que expusieran los argumentos que pretendieran hacer valer respecto de la investigación.

Llegados el día y la hora señalados, se hicieron presentes en las instalaciones de esta Entidad los investigados citados y se dio inicio a la audiencia de alegatos finales programada. El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia instaló y dirigió la diligencia.

Las consideraciones que se expusieron en la intervención de **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, representante legal de **AESA**, se citan a continuación:

(...)

*AESA que tiene 17 años se crea para defender las nacientes empresas del estado, el gobierno las tira que compitan con el sector privado, sin embargo la gran mayoría de los hospitales públicos el 75% de los hospitales públicos que hay en el país no tienen competencia, no tienen competencia porque son hospitales que están insertados en municipios de menos de 25.000 habitantes, donde no hay competencia privada especialmente en servicios que no son rentables, los servicios de urgencias, hospitalización, atención materno infantil, atención de partos entonces no hay ninguna competencia, es un monopolio público, es un monopolio público que sin embargo la legislación lo pone a que contrate con cuatro o con cinco o seis **EPS** y hay tenemos gran parte de las dificultades que tiene el sistema.*

*La ley 1438 del 2011 que reforma por tercera vez el sistema de salud colombiano, introduce unos elementos muy importantes para avanzar en una cosa que se denomina el cuidado integral de la salud, eso tiene que ver con que se trate de eliminar barreras de acceso y metodologías de contratación, de negociación etcétera que limite la atención integral de la población, y dice en su articulado la norma, que está prohibido cualquier método, cualquier tipo de negociación, de contratación que fragmente la atención y entonces obviamente aquí **CAPRECOM** estaba fragmentando la atención porque si llega y dice usted paciente antes recibía medicamentos aquí en el hospital al lado del consultorio y si ya saca los medicamentos y lo tira a otro lugar del municipio a otro municipio incluso pues el paciente se va ir deambulando con su formulita y se le ponen trabas al acceso.*

(...).

Hoy hay que recordar que tenemos 540 hospitales del país de los casi 1000 que hay, hospitales públicos que están en riesgo financiero medio y alto que proviene en gran parte de que no se le paga lo que hacen, entonces es muy difícil que cualquier empresa sobreviva si no le pagan, cualquiera que no se le pague está condenada a morir. En el departamento de Antioquia son 83 hospitales de 133 que están en riesgo financiero medio y alto y están amenazados por convivencia y van a ser liquidados si no salen de ese riesgo fiscal y financiero hoy tenemos 5 en proceso de liquidación

(...)⁵⁵.

9. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA

Conforme con la Resolución de Apertura de Investigación No. 60273 del 28 de octubre del 2011, se abrió investigación en contra de **AESA** por, presuntamente,

⁵⁵ Folios 1755 a 1756 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

haber restringido la libre competencia, por actuar en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

El artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, en desarrollo de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, prohíbe a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud afectar negativamente la competencia en el sector salud, en el desarrollo de sus actividades, en los siguientes términos:

"Artículo 4. Prohibición a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas, se prohíbe a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud al desarrollar su actividad, el adoptar decisiones o políticas internas que tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito."

Cabe aclarar que, a la luz del artículo citado, no todas las decisiones o políticas internas adoptadas por una asociación, tendrán la potencialidad de constituirse en una violación a las normas de libre competencia. Para que el comportamiento de dichas personas jurídicas pueda ser considerado como una conducta anticompetitiva, deben cumplirse los elementos contemplados en la norma en referencia. Esto es, que dichas medidas acordadas al interior de una asociación, o sociedad científica, o de profesionales o auxiliares del sector salud, deben tener *por objeto o como efecto*, dentro del mercado de servicios de salud, al menos uno de los siguientes:

- i) Impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia.
- ii) Abusar de una posición de dominio.
- iii) Impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

De acuerdo con las normas de libre competencia, cierto tipo de conductas podrán configurarse tanto por objeto como por su efecto en el mercado. En relación con el objeto, se entiende que la conducta se perfecciona con la intencionalidad que tiene el sujeto al infringir la norma; es decir, con el simple propósito de cometer el acto anticompetitivo.

De otra parte, en relación con el efecto, vale la pena resaltar que para que este se presente en la comisión de una conducta anticompetitiva se requiere que por parte del sujeto activo, es decir, quien comete la conducta, se observe una efectiva restricción de la competencia en el mercado, ya sea que esta afecte a los consumidores (por efectos explotativos) o a los competidores (por efectos exclusorios).

Esta entidad se ha referido en diversas ocasiones pronunciado sobre la conducta del objeto. En el caso **ANATO** al referirse al objeto de las normas y su aplicación, la **SIC** indicó que la norma analizada proscribía tanto el objeto como el efecto de la conducta, de manera que la simple configuración de cualquiera de estos aspectos es suficiente para considerar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia definiendo el objeto de la siguiente manera: la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado o el fin con que se produce una acción u operación sin ser necesario que el resultado se produzca. En el año 2002, en el caso **ASONAV** la **SIC** al imponer sanciones a algunos agentes navieros sostuvo que:

"El objeto en la norma es entendido como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado anticompetitivo se

produzca, tenemos que este elemento se hace plausible con el comportamiento realizado, pues sin más miramientos, surge de bulto un acuerdo por parte de los agentes marítimos investigados para fijar un valor único a la divisa que es utilizado para la cancelación de fletes"

De igual manera la **SIC** se ha pronunciado en ocasiones anteriores en relación con la diferencia entre el objeto y el efecto de las normas anticompetitivas señalando lo siguiente:

"La proposición citada encierra dos supuestos facticos (sic) distintos e independientes, cada uno susceptible de configuración propia. Se trata del objeto y el efecto, en este caso atinentes a la fijación de precio. Estamos frente a una misma preposición jurídica que contiene dos supuestos facticos distintos e independiente, "...que tenga por objeto o tengan como efecto..." donde cada uno tiene vida y efectos propios, siendo disyuntiva la "o" que los separa de suerte que la prohibición podrá estructurarse bien sea a partir de su objeto, y por virtud de su efecto, como sucedió en el presente caso... Por su parte y como se expresara en la resolución impugnada, el efecto se traduce en el resultado que tenga la actividad desplegada dentro de un mercado, con lo cual se produce una modificación o un alteración en el mundo exterior"⁵⁶.

Resulta manifiesto que en el caso que nos ocupa es evidente que **AESA** mediante el actuar como asesor y órgano dinamizador de los agremiados ha restringido la voluntad individual de las **ESE** del departamento de Antioquia, para la negociación de la contratación de los servicios de salud.

En este orden de ideas, con que se cumpla al menos uno de los dos requisitos mencionados en la norma, ya sea el objeto o el efecto en el mercado, podrá concretarse una conducta restrictiva de la competencia.

Habiendo desarrollado la definición y requisitos de la conducta investigada en la presente investigación, a continuación procederá la Delegatura a efectuar una presentación del mercado en el que se habrían adelantado las conductas anticompetitivas, para de manera posterior analizar si la injerencia de **AESA**, sobre sus agremiadas, trasciende el ámbito del mero asesoramiento, de tal manera que se constituya o no, una práctica restrictiva de la competencia. Es decir, la Delegatura estudiará si los supuestos contenidos en la norma citada se encuentran acreditados en el presente trámite administrativo.

De la misma manera esta Entidad se ha pronunciado en varias oportunidades frente a las actuaciones de las agremiaciones en diferentes mercados que infringen las normas de libre competencia, tal fue el caso de la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE CENTROS DE DIAGNÓSTICO AUTOMOTOR** en el cual mediante la Resolución No. 13483 del 9 de marzo de 2012 y Resolución 37033 del 14 de julio del 2011, se sancionó, la influenciación de la asociación al establecer y publicar tarifas sugeridas de la revisión tecno mecánica y de gases para los años 2007, 2008 y 2009, y en la promoción y participación directa en las reuniones que tenían como finalidad que los Centros de Diagnóstico Automotor aplicaran tales tarifas, las cuales les eran informadas mediante la remisión de circulares informativas y correos electrónicos por parte de la agremiación.

Por último es importante indicar que el Decreto 1663 de 1994, es una norma especial y posterior al decreto 2153 de 1992, razón por la cual el artículo 10 de dicho Decreto facultó a la **SIC** para que conociera de los mercados de los Servicios de Salud, en materia de libre competencia.

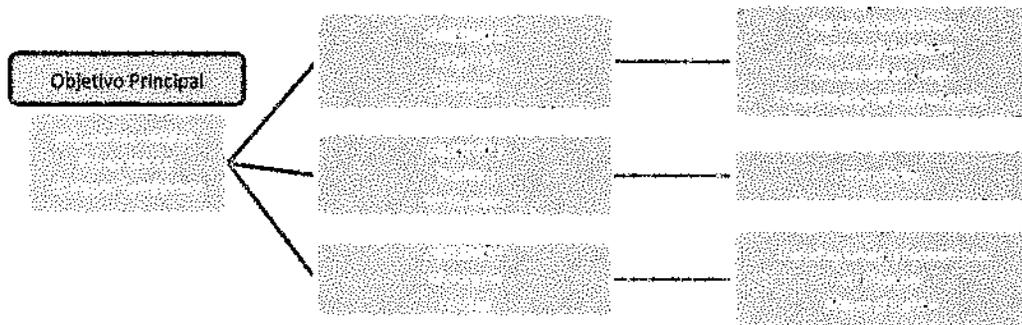
⁵⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución de sanción No. 46111 del 30 de agosto del 2011, en contra de **ACEMI**.

9.1. MERCADO DE SALUD EN COLOMBIA

La ley 100 de 1993⁵⁷ definió la reforma que dio lugar al **SGSSS** en Colombia y sentó las bases para la prestación de los servicios de salud a través una red de instituciones privadas y públicas que compiten por el aseguramiento de la población, bajo la supervisión y regulación del Estado. Dicho esquema, conocido en la literatura como "Competencia Regulada"⁵⁸, se caracteriza por vincular activamente a los agentes privados para la provisión de un servicio público esencial como es la atención en salud⁵⁹.

La Ley 100 de 1993 introdujo tres principios fundamentales en la prestación de los servicios de salud: la eficiencia, la universalidad y la solidaridad. De esta manera, la Ley promovió la competencia entre las aseguradoras y las **IPS** o **ESE** para mejorar la eficiencia del sistema y la calidad de los servicios prestados.

Diagrama No. 1 Objetivos SGSSS en Colombia



Fuente: Elaboración SIC con base en el estudio "EL SECTOR SALUD EN COLOMBIA: IMPACTO DEL SGSSS DESPUÉS DE MÁS DE UNA DÉCADA DE REFORMA". Consulta realizada el 2 de Mayo de 2014⁶⁰

9.1.1. Descripción del sistema general de seguridad social en salud en Colombia

El sistema de salud colombiano está compuesto por un amplio sector de seguridad social y un decreciente sector exclusivamente privado. Su eje central es el **SGSSS** con sus dos regímenes, el régimen contributivo (en adelante **RC**) y el régimen subsidiado (en adelante **RS**). El **RC** afilia a los trabajadores asalariados y pensionados y a los trabajadores independientes con ingresos iguales o superiores a un salario mínimo. El **RS** afilia a todas las personas sin capacidad de pago. Los regímenes especiales (en adelante **RE**) afilian a los trabajadores de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Empresa Colombiana de Petróleos (**ECOPETROL**), el Magisterio y las universidades públicas.

El **RC** opera con base en una cotización de sus afiliados. El **RS** opera con base en un subsidio cruzado del **RC** más otros fondos fiscales procedentes de impuestos generales. La afiliación al **SGSSS** es obligatoria y se hace a través de las **EPS**,

⁵⁷ Modificada por la Ley 797 del 29 de enero de 2003 y Ley 1328 del 15 de julio 2009.

⁵⁸ Competencia regulada basada en el aseguramiento universal de la población y el fomento de la competencia en los mercados de aseguramiento y provisión de servicios. Con este modelo se busca abordar problemas de acceso, ineficiencia y calidad en los servicios de salud. La competencia regulada y la calidad de la atención desde la perspectiva del usuario. *Evidencia del sistema de salud colombiano*. Diana Margarita Pinto Masís Harvard School of Public Health Octubre de 2002.

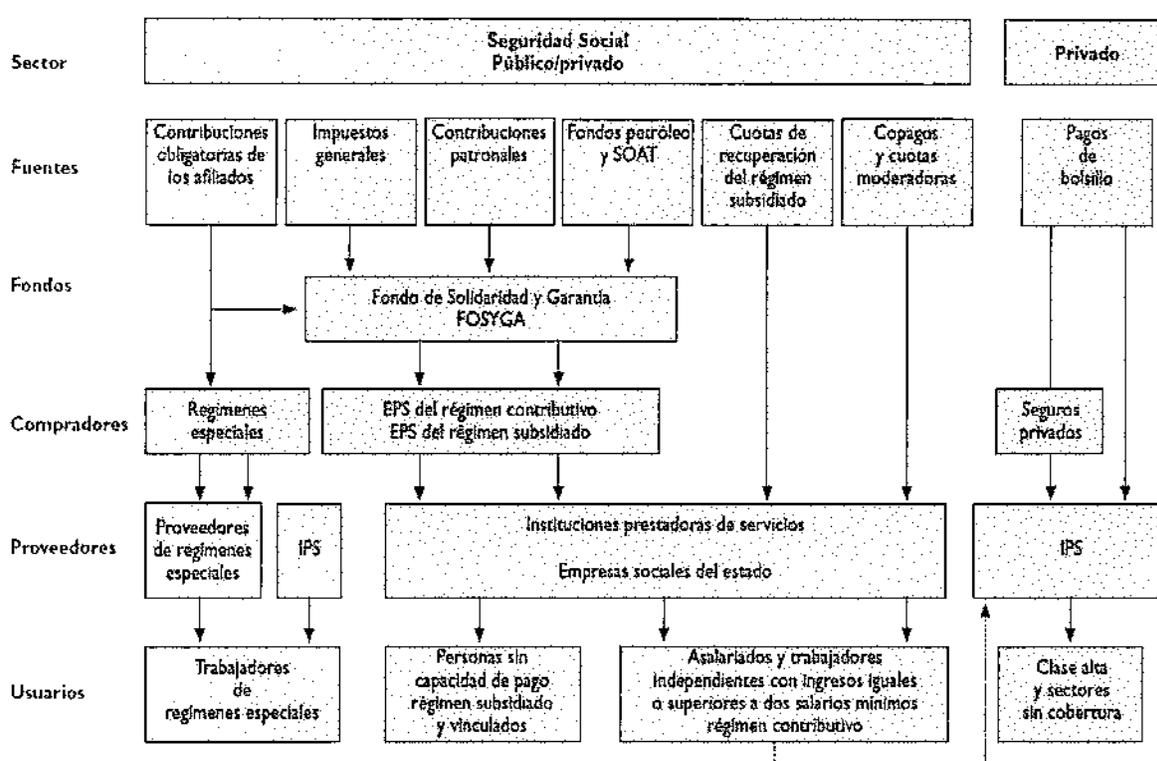
⁵⁹ CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD PARA EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EN COLOMBIA Julio Mario Orozco Africano MD. MSc Cartagena, agosto de 2006.

⁶⁰ http://www.med-informatica.net/FMC_CMCB/VeeduriaCiudadana/CIDMEDvcacelapss/SaludRetosRegulacion_MauricioSantamaria_cap2.pdf

públicas o privadas, que se encargan de ofrecer, como mínimo, el Plan Obligatorio de Salud (en adelante **POS**) o bien el **POS-S** para los afiliados al **RS**. Las **EPS** entregan los fondos reunidos de las cotizaciones al Fondo de Solidaridad y Garantía (en adelante **FOSYGA**), el cual devuelve a las **EPS** el monto equivalente a la unidad de pago por capitación (**UPC**) ajustado por riesgo, de acuerdo con el número de afiliados que tengan. El pago capitado en el **RS** es análogo (aunque no se ajusta por riesgo) y se denomina **UPC-S**. Los proveedores de atención son las instituciones prestadoras de servicios (IPS), que pueden estar o no integradas a las **EPS**, pero que en todo caso son contratadas por éstas⁶¹.

El sector exclusivamente privado es utilizado preponderantemente por la clase alta que, aun cotizando en alguna **EPS**, contrata seguros privados o acude a la consulta privada. Una porción de la población de ingresos medios, por carecer de cobertura o por no tener acceso oportuno al **SGSSS**, se ve obligada a acudir a la consulta privada haciendo pagos de bolsillo⁶².

El siguiente diagrama describe los diferentes estabones de la cadena del **SGSSS**, en el cual se tiene en cuenta las diferentes fuentes de ingresos y su distribución.



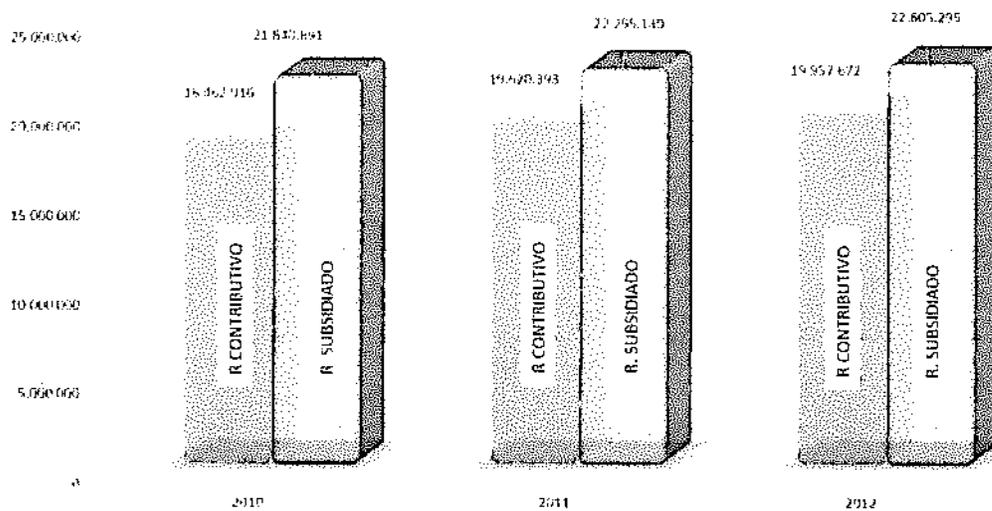
Fuente: Artículo SISTEMA DE SALUD DE COLOMBIA por Ramiro Guerrero, M en C, Ana Isabel Gallego, BS, Victor Becerril-Montekio, Lic en Ec, M en Soc y Johanna Vásquez, M Sc. Consulta realizada el 2 de mayo de 2014 en la WEB <http://www.scielosp.org/pdf/spm/v53s2/10.pdf>.

En cuanto al número de usuarios inscritos en los dos regímenes antes descritos, la gráfica No.1 presenta la evolución de los usuarios que se han incorporado en los últimos años.

⁶¹ : Artículo SISTEMA DE SALUD DE COLOMBIA por Ramiro Guerrero, M en C, Ana Isabel Gallego, BS, Victor Becerril-Montekio, Lic en Ec, M en Soc y Johanna Vásquez, M Sc. Consulta realizada el 2 de mayo de 2014 en la WEB <http://www.scielosp.org/pdf/spm/v53s2/10.pdf>.

⁶² *ibidem*

Grafica No. 1 Número de afiliados al régimen contributivo y subsidiado para los años 2010 a 2012



Fuente: Elaboración SIC con base en los datos del Ministerio de Salud y Protección Social, consulta realizada el 2 de mayo de 2014⁶³.

En conclusión, tenemos que el **SGSSS** está compuesto de multiplicidad de agentes que buscan obtener beneficios diariamente y en el que la dificultad primordial radica en la cobertura del sistema, la multiplicidad de usuarios y de proveedores del servicio. Aunado a un aumento en la cobertura en salud en los últimos tres años, que hace que el sistema adquiera mayores compromisos para atender oportunamente el mercado.

9.1.2. Mercado Afectado

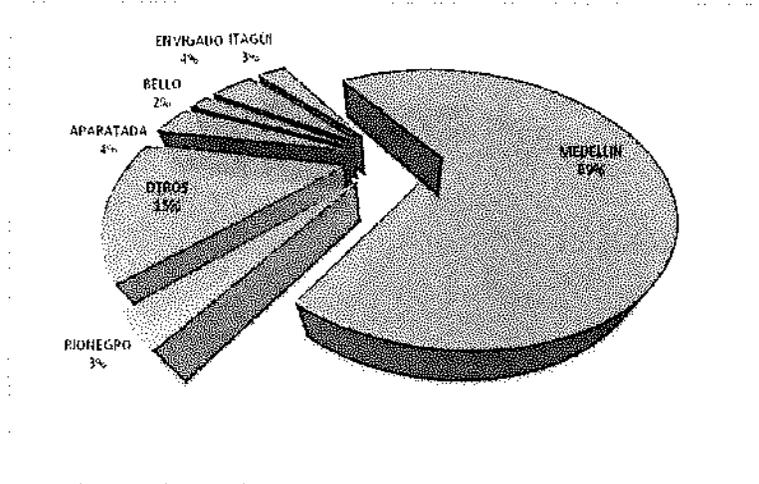
De lo descrito anteriormente, se desprende la existencia de un mercado de servicios de salud incluidos en el **POS** para afiliados al **SGSSS**, en el cual los oferentes son las **IPS** debidamente habilitadas para la prestación de los mismos y los demandantes son las **EPS**, quienes deben constituir una red para sus afiliados a través de la contratación con las **IPS**, ya sean de naturaleza pública (en adelante, **ESE**), privada o mixta.

Pese a la diferenciación existente por ley entre las **ESE** y las **IPS** de naturaleza mixta o privada, los servicios de salud ofrecidos por estas últimas, tienen las mismas características esenciales que aquellos prestados por las **ESE**, en la medida en que estas cuentan con la habilitación exigida por ley para ser prestadores. Por lo tanto, los servicios prestados por la red privada y mixta de **IPS** son sustitutos de aquellos ofrecidos por las **ESE**.

Ahora, de acuerdo con la información disponible en la página de la **SUPERINTENDENCIA DE SALUD** (en adelante **SUPERSALUD**) la red de **IPS** habilitadas en el departamento de Antioquia, está compuesta de la siguiente forma: existen más de 940 prestadores de servicios de salud públicas y privadas (142 públicas y 806 privadas) destacando en primer lugar la existencia de **ESE** públicas en cada uno de los municipios del departamento, en segundo lugar las **IPS** privadas se encuentran en 51 municipios de los 125, principalmente Medellín con el 69%, como lo muestra la gráfica No. 2.

⁶³ <http://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/R%C3%A9gimenContributivo.aspx>
<http://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/CoberturasdelR%C3%A9gimenSubsidiado.aspx>

Gráfica No. 2 Participación IPS privadas en el departamento de Antioquia en el año 2013



Fuente: Elaboración SIC con base en datos de <http://www.supersalud.gov.co>

Por lo anterior, la contratación por parte de las **EPS** con prestadores de servicios de salud diferentes a la **ESE** municipal se encuentra restringida por la falta de oferta de **IPS** alternativas.

De manera adicional a la restricción ocasionada por reducido número de **IPS** en los municipios del departamento de Antioquia, existe una restricción normativa, proveniente del artículo 16 de la Ley 1122 de 2007, el cual establece lo siguiente:

“Contratación en el Régimen Subsidiado (...). Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutive. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%) (...).”

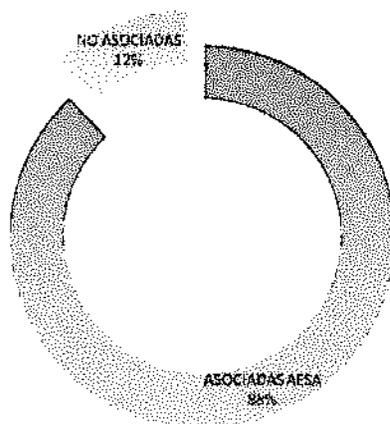
La condición citada aplica únicamente para las **EPS** del régimen subsidiado, lo cual permite que aquellas del régimen contributivo cuenten con mayor libertad en el momento de la conformación de la red de servicios de salud para sus afiliados.

El análisis precedente permite a esta Delegatura concluir que el mercado producto para la presente investigación, está conformado por los servicios de salud incluidos en el **POS-S**, ofrecidos por las **IPS** (públicas, privadas y mixtas) y contratados por las **EPS-S** para la atención de sus afiliados.

Ahora bien, desde el punto de vista geográfico, es necesario identificar la zona en la cual tienen influencia las decisiones y políticas adoptadas por **AESA** en relación con la contratación de los servicios de salud entre las **EPS-S** y las **ESE** del departamento de Antioquia.

Según la información aportada por el investigado en vista realizada el 28 de enero de 2014 actualmente **AESA** agremia a 125 **ESE** de las 142 que existen en el departamento de Antioquia.

Grafica No. 3 Porcentaje de ESE asociadas AESA respecto a la red pública de Antioquia



Fuente: Elaboración SIC con base en los Folios 1709 a 1711 del cuaderno público No. 8

9.1.3. Conclusión de la definición preliminar del mercado presuntamente afectado

Con base en lo hasta aquí expuesto, esta Delegatura ha determinado inicialmente que el mercado relevante es la contratación de la prestación de servicios de salud entre las **ESE** públicas del departamento de Antioquia que se encuentran afiliadas a **AESA** y las diferentes **EPS** del departamento, dentro de este análisis no se tendrán en cuenta las **IPS** de naturaleza privada pues no se encuentran agremiadas a **AESA**.

9.2. DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS IMPUTADAS A LA AGREMIACIÓN AESA

En relación con la conducta desplegada por **AESA** y que es objeto de la presente investigación, resulta relevante presentar algunas consideraciones sobre la actividad que desempeñan las asociaciones y agremiaciones, a efectos de establecer en qué casos su conducta puede exceder los límites del ejercicio del derecho de asociación previsto en la Constitución Política y la Ley y que puede llegar a encuadrarse dentro de las prohibiciones que establece la normatividad vigente en materia de competencia en el caso en el que la misma pueda afectar la libre competencia en un mercado.

En este sentido, si bien la libertad de asociación y la libertad de empresa son derechos fundamentales, su ejercicio no puede ser abusivo, arbitrario, ni contrario a derecho, ya que los mismos, no son absolutos. Por esto, se ha reconocido que las asociaciones tienen límites legales en el ejercicio de su labor, los cuales deberán ser desarrollados por el legislador, dentro de los cuales no es extraño el régimen de protección de la competencia en Colombia.

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, las acciones realizadas por las asociaciones o agremiaciones deberán analizarse con una doble perspectiva:

- En primer lugar, dichas personas jurídicas tienen un obrar propio, que las pone como un agente de un mercado determinado, por ejemplo, cuando las mismas adquieren bienes o proveen servicios de consultoría;
- En segundo lugar, las asociaciones y los gremios, desarrollan actividades para y con objeto de representar los intereses de sus asociados, de manera tal que, o bien sus recomendaciones, directrices, decisiones o bien su

carácter de escenario o instrumento de representación de sus asociados, propicie o traiga consigo la realización de actos contrarios al régimen de protección de la libre y leal competencia.

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

Muchas de las actividades que algunas asociaciones y gremios desarrollan en pro del gremio, pueden restringir la libre competencia o pueden ir en contra de los intereses de los consumidores, y, por tanto, de los intereses del derecho de la competencia.

Las asociaciones y gremios, en vista de los límites del derecho de la competencia, deben abstenerse de tomar decisiones, implementar normas o recomendaciones o desarrollar otras actividades que puedan tener el potencial para restringir o falsear la libre y leal competencia conforme con lo dispuesto por la Ley 155 de 1959, y las disposiciones relacionadas de la Ley 1340 de 2009. Conforme con la doctrina y las guías publicadas por otras autoridades de competencia, existen un conjunto de actividades que los gremios deben abstenerse de desarrollar o deben desarrollar con absoluta cautela y cuidándose de convertirse un nodo de decisión colectiva de los asociados que termine facilitando el juego de oferta y demanda.

Así, sin ser una lista exhaustiva, pueden llegar a considerarse restrictivas las decisiones de asociaciones o gremios relacionadas con precios, publicidad, compras o ventas conjuntas a través de la asociación, estándares técnicos, certificación, normas de conducta e intercambio de información. Con todo, quizá los tipos más preocupantes para el derecho de la competencia son las recomendaciones relacionadas con precio o las prestaciones de contratos uniformes, compras conjuntas, publicidad e intercambio de información.

Respecto de los precios o prestaciones de contratos uniformes, las asociaciones deben abstenerse de decidir, recomendar o sugerir a sus asociados cualquier tipo de precio, lista de precios, lista de descuentos o promociones permitidas a sus asociados, en razón a que dichos actos pueden llegar a considerarse como acuerdos o actos restrictivos de la competencia⁶⁴. Del mismo modo, no deben las asociaciones recomendar, sugerir o constituirse en un nodo para decidir conjuntamente el contenido de las prestaciones de contratos uniformes, en vista que dichas decisiones, sugerencias o recomendaciones, pueden llegar a ser restrictivas de la competencia.

Así las cosas, la Delegatura procederá a estudiar si la influenciación de **AESA** hacia sus agremiadas, sobre la negociación y contratación de los servicios de salud, tuvo por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

⁶⁴ Resolución No 25420 de 2002, confirmada por La Resolución No. 35523 de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

9.2.1. De la influenciación efectuada por AESA sobre las condiciones de contratación de las ESE

Frente a la influenciación de **AESA** en el mercado de la contratación del servicio de la salud, se pudo establecer que se trata de una agremiación del orden departamental, con poder de influencia en el mercado donde opera las **ESE** las cuales son afiliadas a la misma, y se concretó de la siguiente manera.

En primer lugar en los artículos 4 y 5 de los estatutos se pudo determinar que desde la época de los hechos por lo menos hasta el 30 de diciembre de 2013, no ha sido modificado el objeto y los objetivos específicos de **AESA**⁶⁵, los cuales establecen que la Asociación puede asesorar la negociación y la contratación de la prestación de los servicios de salud con las **ESE** afiliadas a la misma indicando lo siguiente:

"ARTÍCULO 4°. OBJETO: Posibilitar el desarrollo institucional de sus asociados, dentro del orden técnico, científico y jurídico, para que la gestión y el proceso administrativo de cada uno, respondan a las necesidades específicas de mejoramiento y en consecuencia, contribuir con el fortalecimiento del sector salud en general y de las Empresas Sociales del Estado en particular, propendiendo por su interacción efectiva con los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por el mejor posicionamiento en los mercados de prestación de servicios de salud"

"ARTÍCULO 5°. OBJETIVOS ESPECÍFICOS: En desarrollo del objeto descrito, la Asociación tiene como fin cumplir el logro de los siguientes objetivos:

(...)

d. Negociar los empréstitos y contratos para la financiación de proyectos dirigidos al desarrollo institucional de las Empresas Sociales del Estado.

e. Asesorar la negociación y contratación de la prestación de servicios de salud

(...)

g. Conforma o hacer parte de Entidades Promotoras de Salud, de venta de servicios ó compra de suministros⁶⁶.

Por otra parte, en el certificado de existencia y representación legal de **AESA**, recaudado dentro de la vista realizada el 20 de abril de 2009⁶⁷, se evidenció que dentro de sus objetivos específicos se encuentra el de asesorar la negociación y contratación de la prestación del servicio de salud. Dicho objetivo está vigente como lo demuestra el certificado de existencia y representación de fecha 20 de enero de 2014⁶⁸

Adicionalmente, **AESA** para dar cumplimiento a sus objetivos específicos, ha emitido folletos publicitarios que informan la misión, visión, y servicios de **AESA**, en donde les manifiesta a sus agremiados la capacidad que tiene para asesorarlos en temas de contratación de los servicios de la salud así:

"REPRESENTACIÓN GREMIAL

- Entidades administradoras de planes de beneficios.*
- Administradoras de Riesgos Profesionales.*
- Proveedores*

⁶⁵ Folio 1692 a 1708 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

⁶⁶ Folio 1692 a 1693 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

⁶⁷ Folio 43 a 45 del Cuaderno Publico No. 1 del Expediente

⁶⁸ Folio 1620 a 1622 del Cuaderno Publico No. 8 del Expediente

- Fondos de pensiones y cesantías.
- Entidades de inspección, vigilancia y control departamental y nacional.
- Congreso de la República.
- Prensa y medios de comunicación.
- Definición de lineamientos unificados.
- ACESI: Asociación Colombiana de Empresas Sociales y Hospitales Públicos.

ASESORÍA CONJUNTA

- Jurídica.
- Contratación.
- Planes de beneficios.
- Cartera
- Gestión hospitalaria
- Calidad
- Comunicaciones⁶⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Delegatura tiene claro que para **AESA**, es indispensable incluir dentro de sus funciones el asesorar a sus agremiadas en la negociación y la contratación de los servicios de salud.

Por otra parte, esta Delegatura encontró que **AESA** además de llevar a cabo sus funciones de asesoramiento a sus **ESE** agremiadas, unificaba criterios para que dichas **ESE** contrataran con las **EPS** el servicio de salud. Lo anterior, se evidencia en un artículo titulado "**AESA: inicios y logros**", publicado en la revista **ANEL HOSPITALARIO ENERO-JUNIO 2010**, obtenido durante la visita administrativa a las instalaciones de **AESA**:

(...)

"Igualmente, reconoce como algunos de los principales logros obtenidos de la gestión gremial de AESA el de la unificación de criterios para contratar con los diferentes actores que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el posicionamiento de la asociación en las diferentes instancias de decisión, como los consejos nacional y departamental de seguridad social en salud y la participación en escenarios de discusión para la producción de normas que propenden por el fortalecimiento institucional de las ESE"⁷⁰.

Con respecto a lo anterior, es importante mencionar que, labores desarrolladas por la agremiación tales como unificar los lineamientos o los criterios para contratar, y exigir el cumplimiento de un estatuto de contratación a sus afiliadas, constituyen evidencia de que **AESA** ha participado en la negociación de las condiciones contractuales de sus agremiados hasta la fecha actual y desde hace varios años.

Cabe anotar que la Delegatura no reprocha que **AESA** ejerza su función legítima de asesoramiento a sus agremiadas, toda vez que, en principio, el asesoramiento en sí mismo no resulta violatorio de las normas de libre competencia, lo que resulta contrario a las normas de libre competencia es que la agremiación imponga y dirija a sus agremiadas los criterios de negociación de los contratos a suscribir con las **EPS**, así como la imposición de las condiciones contractuales de prestación de los servicios de salud a sus agremiadas, unificado así, la conducta de las **ESE** en detrimento de la libre competencia, pues corresponde a cada **ESE**, de manera individual determinar la forma en la que va a desarrollar su actividad en el mercado, sin que la misma obedezca al cumplimiento de instrucciones de la agremiación.

⁶⁹ Folio 1614 del Cuaderno Público No.7 del Expediente.

⁷⁰ Folio 1617 del Cuaderno Público No 8 del Expediente. tomado de la revista ANEL HOSPITALARIO ENERO-JUNIO 2010. Sección Gremial. Ana Julieth Osorio Cardona. AESA: inicios y logros. Pg. 56.

Ahora bien, el acervo probatorio recaudado en desarrollo de la investigación adelantada en contra de **AESA**, permitió a esta Delegatura establecer que la agremiación investigada trascendió su función de mero asesoramiento, excediendo la labor permitida por la Ley a las asociaciones, en la medida en que ha definido y ha unificado los lineamientos de negociación y contratación de sus agremiadas, coartando así, la libertad de las **ESE** para contratar, en perjuicio de las normas de libre competencia, conducta que ha venido siendo desarrollada por **AESA** desde el 2008 tal y como consta en las actas de reunión de Junta Directiva, las actas de Asamblea General de la agremiación, comunicaciones cruzadas entre las **ESE** y las **EPS**, y que corresponden a documentos que hacen parte del expediente, así como de otro material probatorio que se presenta a continuación.

En primer lugar, esta Delegatura encontró que **AESA** adelantaba reuniones periódicas con sus agremiados en las que se discutían, entre otros temas, la definición de las condiciones de contratación con las **EPS** por parte de las **ESE** agremiadas. Es así como, en el Acta de Asamblea General No. 11 del 25 de abril de 2008, **AESA** expone el plan de desarrollo 2006 a 2008 y define como proyecto prioritario el acompañamiento en los procesos de contratación:

"De acuerdo al plan de desarrollo 2006-2008, las actividades ejecutadas en el 2007 se fundamentaron en 5 programas:

3. Definir lineamientos y acompañamiento recuperación de cartera y contratación"⁷¹.

Así las cosas, para esta Delegatura es claro que desde el año 2008 **AESA** se encontraba participando activamente en la definición de lineamientos y acompañamiento a sus **ESE** agremiada respecto de las condiciones de contratación con las **EPS**. En efecto, como producto de esta participación de la agremiación, para el año 2009 ya existían casos concretos de **EPS** respecto de las cuales se había llevado a cabo una gestión por parte de la agremiación en el direccionamiento en la negociación y contratación de los servicios de salud. Prueba de este hecho, se encuentra contenida en el Acta de Junta Directiva de **AESA**, del 17 de julio de 2009, en la que se listan las **EPS** con las que ya se adelantó el respectivo proceso de negociación en la contratación, así:

"(...) GESTIÓN DE CONCERTACIÓN, NEGOCIACIÓN Y CONTRATACIÓN.

Con algunas de las siguientes EPS-S se realizó procesos de negociación entre estas y los asociados:

- **COMFENALCO**
- **COMFAMA**
- **ASMETSALUD**
- **COMFAMILIAR CAMACOL**
- **COOSALUD**
- **CAPRECOM⁷²**

Una vez adelantado el proceso de negociación con diferentes **EPS**, esta Delegatura encontró que **AESA** definió de manera clara en reunión del 26 de febrero de 2010, algunas condiciones que debían ser tenidas en cuenta por las **ESE** agremiadas en relación con la contratación de éstas con las **EPS**. Es así como, en Acta de Reunión de la misma fecha⁷³, suscrita por **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, en

⁷¹ Folio 170 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷² Folio 356 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁷³ Folio 393 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

su calidad de Director Ejecutivo de **AESA** realizada en la sede de **COMFAMA**, reunión en la cual se contó con la participación de varios directivos, se propuso:

"3. ACCIONES CONCERTADAS:

- *Se propone que de manera conjunta se evalúen las generalidades y condiciones que deberán cumplirse con el ánimo de determinar lineamientos generales para la contratación de la vigencia contractual 2010-2011.*
- *De igual forma, se propone definir de manera conjunta los lineamientos que se utilizarán para el seguimiento y evaluación del cumplimiento de las metas de cobertura, resolutivez y oportunidad definidas por la Resolución 3253 de 2009, teniendo en cuenta que su no cumplimiento exige la imposición de sanciones que aún no están definidas".*

De lo anterior se desprende que además de impartir directrices en relación con la forma de contratación con las **EPS**, la agremiación anunció a las **ESE** agremiadas a ésta, que el no cumplimiento de las acciones concertadas en dicha reunión implicaría la imposición de sanciones a las **ESE** que se apartaran de las decisiones adoptadas por **AESA**. Este hecho en particular, resulta reprochable pues la agremiación no solo se encuentra excediendo su labor legítima de asesoramiento a sus agremiadas, sino que, además de estar impartiendo instrucciones a las **ESE** sobre la forma en la que deben desarrollar su actividad, está informando que el no acatamiento de las directrices acarreará sanciones internas a los asociados, coartando aún más la libertad que cada una de ellas tiene en el desarrollo de su actividad y su consecuente participación en el mercado de prestación de los servicios de salud en el Departamento de Antioquia.

Adicionalmente, esta Delegatura encontró que en reunión llevada a cabo al interior de la agremiación contenida en el Acta de Junta Directiva del 15 de marzo de 2010, **AESA** en cabeza de **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA** continuó adelantando actos tendientes a influenciar y direccionar las condiciones de contratación de las **ESE** con respecto a las **EPS**, en dicha reunión realizó aclaraciones a los lineamientos generales de contratación propuestos por la **EPS COMFAMA** con el fin de contratar los servicios de salud de las **ESE**, lineamientos que debían ser adoptados en conjunto por las **ESE**, así:

"Aclaraciones de los lineamientos generales propuestos por COMFAMA EPS-S para la contratación de servicios con las Empresas Sociales del Estado para la vigencia contractual 2010-2011"⁷⁴.

En efecto, del Acta en mención esta Delegatura verificó que **AESA**, en representación de sus agremiados, informó a **JUAN BERNARDO GARCÉS HOLGUÍN**, Jefe de Prestaciones de Servicios de la **EPS COMFAMA**, cuáles serían los lineamientos que se tendrían en cuenta por parte de las **ESE** agremiadas para contratar la prestación de servicios de salud con dicha **EPS**, en efecto, en la reunión se definieron temas relacionados con las metas de resolutivez, oportunidad y cobertura para el mecanismo de pago por capitación, los cambios que se realizarían en los acuerdos de voluntades, los descuentos aplicados por la **EPS COMFAMA** a las **ESE**, la aclaración y actualización de los planes obligatorios de salud, la concertación de la base de contratación **UPC-S** para la vigencia 2010-2011, entre otros.

De lo anterior, es evidente para la Delegatura, que los temas discutidos por **AESA** en representación de sus agremiados, excede a todas luces el desarrollo de su papel como asociación, pues indicó de manera clara a la **EPS COMFAMA**, cuáles

⁷⁴ Folio 417 del Cuaderno Público No 2 del Expediente.

son los lineamientos que todas sus **ESE** agremiadas tendrían en cuenta para prestar sus servicios a dicha **EPS**, sin que exista evidencia alguna que permita establecer que cada **ESE** tuvo la oportunidad de negociar de manera individual la prestación de sus servicios.

Para el año 2011, **AESA** continua sugiriendo a sus agremiados la posibilidad de contratar un paquete de servicios por regiones para abolir los contratos en el régimen subsidiado, es decir, propone una contratación sectorizada tal y como se demuestra en acta de junta directiva del 17 de junio de 2011 en la que se indica:

"El director Ejecutivo plantea hacer la propuesta de abolir los contratos en reg. (sic) subsidiado y definir un paquete de servicios >U.P.C por regiones- se aprueba para estudio >análisis"⁷⁵.

Como se puede observar **AESA** a través de su Director Ejecutivo delimita el actuar de sus agremiados al proponer la definición de paquetes de servicios que fueron aprobados y firmados durante dichas reuniones⁷⁶.

El contenido de las citadas actas del 2008 a 2011, permitió a esta Delegatura verificar de manera inequívoca que, a través de **AESA** se adoptaron decisiones he impartieron instrucciones a sus agremiadas, relacionadas con lineamientos en procesos de negociación en la contratación de servicios de salud. En consecuencia, esta Delegatura encontró que **AESA** estaría excediendo las facultades permitidas en virtud del derecho de asociación, al participar activamente en las negociaciones referidas a las condiciones de contratación adelantadas por sus agremiadas.

Además de haber encontrado que las reuniones adelantadas al interior de la agremiación eran utilizadas por **AESA** para influenciar la toma de decisiones de sus **ESE** agremiadas en relación con la prestación de sus servicios de salud, esta Delegatura encontró otro tipo de material probatorio que da cuenta de la existencia de dicha conducta anticompetitiva por parte de la agremiación.

En efecto, en comunicaciones del 14 de mayo de 2008, **ULDARICO SOTO ROJAS**, asesor jurídico de **ECOOPSOS**, envía un saludo de agradecimiento a **JOSÉ DARÍO ROJAS ESTRADA**, Director Ejecutivo de **AESA** para la época de los hechos, por la participación e intermediación de la asociación en los procesos de negociación con dicha **EPS**, sin embargo la **EPS** se niega a aceptar esa intermediación manifestando su voluntad de negociar con cada una de las **ESE** del departamento de Antioquia tal y como se evidencia a continuación:

"(...) agradecemos su propuesta de intermediación para el proceso de negociación entre nuestra EPS-S y las Empresas Sociales del estado de Antioquia en relación con la prestación de servicios de salud del régimen subsidiado de nuestros usuarios en éste Departamento, entendiendo su buena voluntad e interés para facilitar este proceso, de lo cual quedamos agradecidos"

"No obstante, le manifestamos nuestra expresa voluntad de negociar los contratos de prestación de servicios de salud correspondientes a nuestra red pública en el Departamento de Antioquia directamente con cada una de las Empresas Sociales del Estado ubicadas en el marco geográfico o territorial donde administramos recursos en salud"⁷⁷..

⁷⁵ Folio 1637 del Cuaderno Público No 8 del Expediente.

⁷⁶ Folios 1635 y 1636 del Cuaderno Público No 8 del Expediente.

⁷⁷ Folios 102 a 103 del Cuaderno Publico No. 1 del Expediente.

De lo anterior, esta Delegatura verificó que **AESA**, pretendía negociar los contratos de prestación de servicios de salud en atención sus lineamientos y políticas internas que habían sido impuestos a sus **ESE** agremiadas. Sin embargo, y pese a la participación activa de **AESA** durante el proceso de negociación, la **EPS ECOOPSOS**, rechazó los actos ejecutados por la agremiación y manifestó de manera vehemente que su intención no era otra que adelantar el proceso de negociación de manera individual y directa con la **ESE** y no con la agremiación.

Igualmente, la Delegatura observó cómo nuevamente **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA** en nombre de **AESA**, y teniendo en cuenta que se acercan las negociaciones de los servicios de salud con las **EPS**, manifestó su interés en reunirse con las mismas para lograr firmar los contratos para la prestación de servicios de salud, señalando que uno de sus propósitos era que de la suscripción de los mismos se pudieran llegar a establecer acuerdos que beneficien a las partes, tal y como se demuestra en la comunicación del 8 de octubre de 2008 suscrita por **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA** y dirigida a **SANTIAGO PÉREZ VALENCIA**, así:

"Ya se aproxima la nueva contratación con las diferentes Empresas Sociales del Estado del Departamento de Antioquia, queremos tener un acercamiento con ustedes para hablar sobre dicho tema, aclarar términos y lograr firmar los contratos en el tiempo correspondiente.

Por lo anterior queremos solicitarle una reunión, para establecer acuerdos de voluntades beneficiosos para las partes"⁷⁸.

De lo anterior se desprende que **AESA** buscaba reunir a las **EPS** con las que sus **ESE** agremiadas suscribirían la prestación de los servicios de salud en el Departamento de Antioquia, para que al interior de dichas reuniones se unificaran los criterios de contratación. En efecto, obran en el expediente diversas comunicaciones en las que las **EPS** manifiestan la existencia de una participación activa por parte de **AESA** en la negociación de las condiciones de contratación.

Así mismo, se encontró el correo electrónico remitido por **ALINA CADAVID** del usuario acadavid@aesa.org.co, funcionaria de **AESA** dirigido a los hospitales del Departamento de Antioquia tal y como se muestra a continuación⁷⁹:

(...)

De: AESA - Alina Cadavid acadavid@aesa.org.co

Enviado el: martes, 17 de marzo de 2009 11:57 a.m.

Para: ANGOSTURA; CAMPAMENTO; CAROLINA; DON MATIAS; ENTRERRIOS; GUADALUPE; ITUANGO; 'LUIS HERNAN SANCHEZ'; SAN ANDRES DE CUERQUIA; SAN JOSE DE LA MONTAÑA; SAN PEDRO; SANTA ROSA; YARUMAL

CC: EBEJICO; 'EBEJICO2'; ese.hospitalsanluisbeltran@gmail.com; FRONTINO; GIRALDO; HELICONIA; HOSPITAL BURITICA; HOSPITAL CAICEDO; HOSPITAL CAÑASGORDAS; HOSPITAL DABEIBA; JORGE CASTRO; LIBORINA; 'marta Restrepo -dabeiba'; OLAYA; PEQUE;

⁷⁸ Folio 68 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷⁹ El correo antes citado fue hallado en la visita realizada el 28 de enero de 2014 a las instalaciones de **AESA**, en la bandeja de salida del computador portátil asignado a **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, que corresponde al usuario director@aesa.org.co, al cual se le realizó el procedimiento de la imagen forense con el programa FTK imager que arrojó la siguiente huella: MD5 HASH 61caef3c6488e75c16dba68f2597474 y para el SHA1 el código 5610649aeccff035b46e1a509e8322f831.



SABANALARGA; SANTA FÉ DE ANTIOQUIA; SOPETRAN; URAMITA;
'vilogo '

Asunto: CONTRATACIÓN CON C. CAMACOL, ASMETSALUD, CONDOR

Medellín, 16 de marzo de 2009

Doctor (a)
GERENTE (A)
E.S.E. Hospital
Municipio

Cordial saludo,

Las entidades que tengan contratación con CONFAMILIAR CAMACOL, ASMETSALUD y/o CONDOR queremos invitarlos a una reunión el miércoles 18 de Marzo en las instalaciones del auditorio del Centro Comercial Punto Clave ubicado en la Calle 27 No 46-70 Piso 3 en el horario de 10:00 a 11:00 a.m. con el fin de acordar lineamientos generales de negociación

Esperamos contar con su asistencia.

Cordialmente,

LUIS ALBERTO MARTINEZ SALDARRIAGA
Director Ejecutivo"

Lo anterior permite acreditar que la participación de **AESA** en la negociación de la contratación entre las **ESE** y las **EPS-S** era una participación activa, que trascendió el campo del mero asesoramiento, dado que era quien lideraba su desarrollo, proponiendo ofertas y acuerdos para la contratación.

Ahora bien, la Delegatura encontró, durante el desarrollo de la presente investigación que **AESA** ha venido desarrollando la conducta imputada por esta Entidad de manera continuada a través del tiempo, en efecto, se verificó que desde el año 2008 hasta el año 2013, fue y continúa siendo la agremiación quien se ha encargado de influenciar la toma de decisiones de sus **ESE** agremiadas, afectando así la libre competencia en el mercado, tal y como se demuestra en el correo electrónico remitido por **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA** lmartinez@aesa.org.co director ejecutivo de **AESA** dirigido a **GLORIA MIRELIS MONSALVE** 'gloriami2008@hotmail.com' del 19 de diciembre de 2013⁸⁰

La continuidad en el desarrollo de la conducta anticompetitiva por parte de **AESA**, tiene como consecuencia que los efectos que la misma tuvo en el mercado se hayan prolongado en el tiempo, pues la suscripción de los contratos para la prestación de los servicios de salud celebrados entre las **ESE** y las **EPS** no tuvieron como uno de sus elementos de constitución, la libertad de voluntades, pues, de un lado, se encontraban las **ESE** quienes se encontraban en un extremo de la relación contractual en la que se exponían a la imposición de sanciones por parte de la agremiación en caso de no atender las instrucciones en las condiciones de negociación con las **EPS** y, de otro lado, se encontraban las **EPS**, quienes pese a proponer y adelantar procesos de negociación de manera individual con cada **ESE**, se veían obligadas a adelantar dichos procesos con la agremiación, quien presentaba una política unificada de las **ESE** y no permitía rango alguno en la negociación y posterior suscripción de los contratos.

Adicionalmente, esta Delegatura dentro de la presente investigación consideró oportuno requerir a **CAPRECOM**⁸¹ para que le informara si **AESA** había participado

⁸⁰ Correo electrónico que se encuentra en la página 31 del presente informe.

⁸¹ Folios 263 a 264 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

en procesos de contratación de servicios de salud en los departamentos de Antioquia para los periodos 2006 a 2009. Fue así como mediante comunicación radicada con el No. 09- 74322- 27 del 8 de abril del 2010⁸², **CAPRECOM** da respuesta a esta Entidad indicando que la directora territorial de la época de los hechos, **ALBA ROSA ZAPATA TORRES**, se reunió en varias ocasiones con **AESA**, con el fin de llegar a un acuerdo en la negociación del Primer Nivel, en donde el representante legal y sus agremiadas, presentaron propuestas asumiendo una "posición dominante, ya que en ciertos municipios de este Departamento no se cuenta con red alterna, obligando a contratar los porcentajes propuestos por dicha asociación".

Como soporte de lo anterior, **ALBA ROSA ZAPATA TORRES** directora territorial de **CAPRECOM ANTIOQUIA** anexó copia de correo electrónico del 16 de julio de 2007 en el que le comunica al director general **CARLOS TADEO GIRALDO GOMEZ**, del proceso de negociación para la contratación de los servicios de salud con **AESA**⁸³, tal y como se transcriben a continuación:

"Cordial saludo apreciados doctores, necesito urgente conocer la decisión al respecto de la contratación en Antioquia, la propuesta de AESA fue 64.5% del 92%, las Direcciones Locales me están exigiendo contratos para dejarme participar en traslados de COOSALUD Y CAFESALUD, igualmente para las ampliaciones".

"Cordial saludo apreciados doctores, me reuní el día martes con el doctor José Darío representante de AESA y miembros de la Junta directiva para concertar la contratación que ha tenido muchas dificultades. (...)"

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Delegatura verificó que, en todos los procesos de negociación para contratar el servicio de salud en el Departamento de Antioquia y en los cuales se vean involucradas las **ESE** agremiadas en **AESA**, es la agremiación quien se encarga de adelantar el proceso de negociación y de imponer las condiciones de contratación en nombre de sus **ESE**. Sin que se haya podido evidenciar que en algún caso, hubieran sido las **ESE** las que hubieran adelantado el proceso de negociación de manera individual.

De la misma forma, se evidenció en correos electrónicos recaudados durante las vistas administrativas a las instalaciones de **AESA**, que existe una negociación de la **UPC** subsidiada entre **AESA** y la **EPS COMFAMA**, en la cual se ve claramente la participación o injerencia de **AESA** en dicha contratación tal y como se demuestra en el correo electrónico remitido por **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA** lmartinez@aesa.org.co director ejecutivo de **AESA** dirigido a **GLORIA MIRELIS MONSALVE** 'gloriami2008@hotmail.com' del 19 de diciembre de 2013 a las 12:05 p.m. dentro del adjunto encontramos un documento en Word que se titula "Acta de reunión Comfama eps.doc"⁸⁴

⁸² Folio 457 del Cuaderno Publico No. 2 del Expediente.

⁸³ Folio 459 a 460 del Cuaderno Publico No. 2 del Expediente.

⁸⁴ El correo antes citado fue hallado en la visita realizada el 28 de enero de 2014 a las instalaciones de **AESA**, en la bandeja de salida del computador portátil asignado a **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, que corresponde al usuario director@aesa.org.co, al cual se le realizó el procedimiento de la imagen forense con el programa FTK imager que arrojó la siguiente huella: MD5 HASH 61caef3c6488e75c16dba68f2597474 y para el SHA1 el código 5610649aecccff035b46e1a509e8322f831.

De: Luis Alberto Martínez <lmartinez@aesaa.org.co>
Enviado el: jueves, 19 de diciembre de 2013 12:05 p.m.
Para: 'gloriami2008@hotmail.com'
Asunto: lo acordado
Datos adjuntos: ACTA DE REUNION COMFAMA EPS.doc; ACTA COMFAMA abril 2011.doc

Lo acordado, cordialmente,



LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA
Director Ejecutivo
Carrera 48 No 24-104 Avenida los Industriales
Teléfono: 354 88 80 Ext 251-252 Cel: 310 443 51 70
lmartinez@aesaa.org.co - info@aesaa.org.co
www.aesaa.org.co

 Síguenos en @directoraesa

ACTA DE REUNION COMFAMA EPS-S

FECHA: 27 de abril de 2012

LUGAR: COMFAMA Prado
HORA: 12: 00 m

(...)
"Aumento de la UPC SUBSIDIADA a partir de 01 de enero de 2012.

AESA: Propone que el incremento sea del 3.73% para los mismos servicios que se tenían contratados el año pasado y que las nuevas inclusiones del POS-S se paguen por evento.

COMFAMA: Propone incrementar el 3.64% que corresponde al IPC para salud y revisar cuales inclusiones se pagarían por evento.

Se acuerda entre las partes realizar inicialmente un incremento del 3.64%, el cual se ajustará de conformidad con lo que defina el gobierno nacional según los actos administrativos expedidos para tal fin y se haría retroactivo al 01 de enero de 2012. Las inclusiones que se pagaran por evento serán las definidas en los anexos de medicamentos y procedimientos mencionados al principio del acta.

Base de UPC mes: Zona normal \$23.751 y zona Urabá \$26.475 y para municipios conurbados la UPC conurbada. La base para la contratación es el 92 % de la UPC".

Del contenido del correo electrónico en mención, se puede establecer que en efecto por lo menos hasta diciembre de 2013, era **AESA** quien se encargaba de direccionar las condiciones de contratación con las **EPS**, excediendo así su papel legítimo como agremiación y con dicho actuar afectando el régimen de libre competencia en el mercado.

9.3. Suministro de Medicamentos

En lo referente al suministro de medicamentos a los usuarios de **CAPRECOM** por las **ESE** afiliadas a **AESA** y la negativa de **CAPRECOM** a continuar con ese servicio y frente a la negativa por parte de las **ESE** de contratar la prestación de los servicios de primer nivel de atención sin incluir el suministro de medicamentos, la Delegatura observó lo siguiente:

En lo que tiene que ver con la presunta subordinación en la prestación de los servicios médico-asistenciales en la contratación de los medicamentos por parte de las **ESE** con **CAPRECOM**, esta Delegatura no encontró evidencia alguna que relacione a **AESA** en la intención por parte de las **ESE** de no contratar la prestación de los servicios de salud en el primer nivel de atención sino incluían el suministro de medicamentos.

En el expediente se encuentran documentos contentivos de la negativa por parte de las **ESE** de no contratar si **CAPRECOM** no incluye el suministro de medicamentos tal y como se relaciona a continuación:

En documento de fecha 20 de abril de 2011, titulado carta de intención **CAPRECOM** enviada por el **HOSPITAL SANTA LUCÍA** a la Directora territorial de **CAPRECOM** Antioquía manifiesta que la **ESE** "no acepta la exclusión del suministro de medicamentos en la contratación"⁸⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, son la **ESE** las que no quieren contratar el servicio de salud, si **CAPRECOM** no contrata el suministro de medicamentos por las razones que sean, frente al particular, la Delegatura no encontró evidencia alguna que indique que **AESA** haya emitido algún pronunciamiento dirigido a las **ESE** en el que manifieste que no contraten con **CAPRECOM**.

Por su parte, la **COOPERATIVA DE HOSPITALES DE ANTIOQUÍA** (en adelante **COHAN**), es una entidad sin ánimo de lucro, que lleva 30 años en el mercado con total autonomía administrativa y financiera, que tiene como objeto la compra y venta de medicamentos en volumen tal y como lo indica en el certificado de existencia y representación legal de **COHAN**:

"OBJETO DEL ACUERDO COOPERATIVO: La entidad es una cooperativa MULTIACTIVA que tiene como objeto principal promover el desarrollo integral de sus asociados y través de ellos la promoción de salud en la comunidad".

Y dentro de sus objetivos destacamos

"2) Producir y comercializar bienes y servicios requeridos por los asociados, para el cumplimiento de sus respectivos objetos sociales"⁸⁶

Es decir, **COHAN** realiza un proceso de negociación con los grandes distribuidores de medicamentos con la cual esta obtiene unos descuentos que son transmitidos a sus agremiadas, en este caso a las **ESE** del Departamento de Antioquia que a su vez son agremiadas de **AESA**, tal y como lo manifestó en el interrogatorio **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**⁸⁷:

Pregunta: ¿Cómo contrata el suministro de medicamentos sus afiliados?

*Respuesta: Nosotros tenemos afiliados entre hospitales de primer nivel segundo nivel y tercer nivel tenemos dos terceros niveles alrededor de 15 segundos niveles y el resto son hospitales de primer nivel entonces cada uno lo contrata de manera diferente con la **EPS** estamos hablando lo normal y lo lógico es que a los primeros niveles se les hace un paquete que está definido por el plan de beneficios por el plan obligatorio de salud que sale cada año el plan de beneficios no todo lo puede contratar el hospital porque si no está en el plan de beneficios no lo va a pagar la **EPS** entonces ya hay una primera directriz vea está el plan de beneficios está el medicamento x,y,z está el procedimiento o está la consulta o está la intervención lo que está en el **POS**.*

Pregunta: ¿Quiénes le suministran los medicamentos a los hospitales, ósea con quiénes contratan?

⁸⁵ Folio 523 del Cuaderno Publico No. 3 del Expediente.

⁸⁶ Folio 1582 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁸⁷ Folio 1555 y 1556 del Cuaderno Publico No. 7 del Expediente.

*Respuesta: Los hospital contratan con un numero amplio de proveedores y eso hay de todo, el principal proveedor de los hospitales de primeros niveles al que más le compran es a la cooperativa de hospitales, porque le compran más a **COHAN** pienso yo que en su momento también fui gerente de hospital entonces también les compraba por calidad y precio porque obviamente en estudios que se han como la cooperativa hace una negociación por subasta inversa donde sienta a los proveedores cada año... Hace esa subasta inversa entonces la cooperativa se gana unos descuentos importantes por compras en volumen y trata de transferir esos descuentos lo que más pueda a los hospitales a los hospitales asociado.*

En consecuencia, esta Delegatura pudo constatar que **AESA** nada tiene que ver con el suministro de medicamentos, sino por el contrario es **COHAN** quien realiza la labor de contratar y suministrar los medicamentos a las **ESE**.

10. CONCLUSIÓN DE LA DELEGATURA

La Delegatura encontró demostrado en la presente actuación administrativa que **AESA** incurrió en la conducta descrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, por cuanto, en desarrollo de su actividad, influenció las decisiones y políticas internas de sus agremiadas, que tuvieron por objeto y como efecto restringir y falsear el juego de la libre competencia en el mercado afectado definido en el presente informe.

Cabe anotar que con relación a la imputación del suministro de medicamentos por parte de **AESA** y de sus agremiadas, no se encontró evidencia que indicara la negativa en la prestación del servicio de salud a las **EPS**, si estas no contrataban el suministro de medicamentos con sus agremiadas.

11. RESPONSABILIDAD de LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA, como representante legal de AESA durante el periodo investigado

De conformidad con el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, concordante con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009⁸⁸, es función de la **SIC**, 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, multas hasta por un equivalente a dos mil (2.000) SMLMV al momento de la imposición de la sanción, a favor de la **SIC**.

Lo anterior, como se desprende de la norma, lo que se castiga es la colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia de la conducta restrictiva, por lo tanto, la responsabilidad de las personas naturales puede derivarse de múltiples comportamientos expresados en los citados verbos rectores contemplados en la norma. Así, todos estos comportamientos referenciados producen el mismo tipo de responsabilidad.

De esta forma, es válido indicar que si los agentes económicos han incurrido en la transgresión de las normas sobre protección de la competencia, los representantes legales, así como los demás administradores, también estarán envueltos en las infracciones, ya sea por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las mismas.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

⁸⁸ "4. 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 (...)."

• Colaborar significa “trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra.” De la anterior definición es posible deducir que una conducta colaborativa implica un trabajo conjunto de varios sujetos con una misma finalidad en un determinado proyecto o una determinada labor.

• Facilitar significa “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin”. Lo anterior significa que el sujeto facilitador proporciona un cierto tipo de ayuda que, por su naturaleza, hace más cómoda o posible la realización de una determinada conducta o acción.

• Autorizar significa “dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo”. Esta definición conlleva el otorgamiento de una potestad o permiso para la realización de una determinada acción.

• Ejecutar significa “poner por obra algo”. La anterior definición consiste en que quien ejecuta es el sujeto activo de una acción que transforma la realidad material de un contexto específico. Así, la ejecución de la conducta se puede traducir en la realización o puesta en práctica de una determinada actividad o tarea.

• Tolerar significa “permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente”. Así, el sujeto activo que tolera, está incurso en una conducta omisiva al condescender en el acaecimiento de un comportamiento calificado como ilegal, lo cual implica la aquiescencia o el beneplácito, por vía pasiva, respecto de tal comportamiento.

Así las cosas, de la norma en comento se desprende que la responsabilidad de las personas naturales involucradas en la ocurrencia de prácticas restrictivas de la competencia puede presentarse de modo activo o pasivo. Al respecto, esta Superintendencia ya se ha manifestado en los siguientes términos:

“Es claro, entonces, la posición doctrinaria de esta Entidad cuando reconoce que la conducta endilgada a las personas naturales en su calidad de representantes legales, puede basarse en la omisión, entendida como el no intervenir para evitar, prevenir o corregir la conducta principal, conociendo de su realización.”⁸⁹

Es así como en diligencia de interrogatorio practicada el 23 de enero de 2014⁹⁰, al preguntársele sobre su participación como Director ejecutivo de **AESA** en la contratación de la salud, expresó:

“Pregunta: cuál es la principal actividad económica a la que se dedica **AESA**?

Respuesta: **AESA** es un gremio que defiende a los hospitales públicos producto de un Decreto, el Decreto 1876 del 94, este Decreto 1876 plantea como se organizan los hospitales en Empresas Sociales del Estado cuando se da la descentralización en salud entonces plantea que los hospitales públicos podrán asociarse bajo figuras organizativas que defiendan sus intereses porque obviamente hay sale el que el estado de alguna manera le entrega al mercado el sector salud, entonces ya le impone a los hospitales que tiene que vender servicios y que por la venta de esos servicios van a sufragar sus costos de operación y (sic) administrativos, entonces por allá en un artículo de ese decreto, en el artículo 19 habla de las asociaciones de empresas sociales del estado, entonces con base en esta normativa plantea ese artículo 19 conforme a la ley que los autorice los actos de las corporaciones administrativas de las entidades territoriales es decir de los consejos o de las asambleas las **ESE** las Empresas Sociales del Estado podrán asociasen con el fin de

⁸⁹ Resolución No. 46111 de 2011.

⁹⁰ Folio 1555 y 1556 del Cuaderno Publico No. 7 del Expediente.

contratar la compra de insumos y servicios, vender servicios o paquetes de servicios de salud y conformar o hacer parte de entidades promotoras de salud, entonces **AESA** nace como una agremiación básicamente que defiende los intereses de los hospitales públicos del departamento de Antioquia y que ayuda en algunas líneas del desarrollo de los hospitales, básicamente muy orientadas a la gestión administrativa de calidad del fortalecimiento del modelo de atención al interior de los hospitales, de comunicación, de mercadeo, de asesoría jurídica permanente etcétera, y hacia el exterior pues somos la voz de los hospitales del Departamento en varios escenarios, por ejemplo yo soy el representante actual del consejo territorial de seguridad social de salud en Medellín, represento ahí a los hospitales públicos, igualmente en un comité técnico que tiene el Sena en Antioquia y Choco también hacemos parte de eso e igual representamos a los hospitales en muchos espacios como el congreso de la república, ante la asamblea departamental, ante las **EPS**, ante la Superintendencia, ante el Ministerio esa es la labor gremial.

Pregunta: Usted participa en todas las reuniones de junta directiva de la Asociación?

Respuesta: sí, de la Asociación de hospitales, sí.

Pregunta: En esas juntas directivas han tratados temas de contratación con las **EPS**?

Respuesta: en las juntas directivas por lo general se llevan las dificultades o las diferentes situaciones que tienen los hospitales públicos del departamento, una de ellas es esa, por ejemplo este tema que en su momento se trató en la junta directiva, vea lo que está pasando con **CAPRECOM** mire el problema que hay. La junta directiva da lineamientos, ponga la queja, hablemos con x y z, porque hay esta la representación de los hospitales.

Pregunta: Indíqueme al despacho si usted ha formulado recomendaciones a las ese afiliadas a la asociación en relación con las tarifas o modalidades de contratación de los servicios de salud?

Respuesta: pues hay se plantean insisto cosas técnicas, hay varios documentos que plantean y eso se hace en las capacitaciones de mañana en la capacitación que hable y como les dije esa misma capacitación de mañana la vamos hacer con el ministerio y con exconsultores del ministerio incluso con el exviceministro y entonces el exviceministro dice aspectos técnicos que hay que tener en cuenta en la contratación, si yo tengo un contrato para atender a una población de menos de mil afiliados pues yo como la voy a contratar por capitación”.

Tal y como se evidenció en los correos electrónicos y demás pruebas referidas en el numeral 9.2.1. del presente informe, **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, como Director ejecutivo de **AESA**, tuvo un papel trascendental en los procesos de negociación contractual con las **EPS**, al influenciar e indicar lineamientos de las negociaciones en la contratación del servicio de la salud en especial, las modalidades de contratación y las tarifas en el departamento de Antioquia.

Por lo anterior, se puede concluir que **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA** en calidad de Director Ejecutivo de **AESA**, infringió el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó y toleró la realización de una práctica restrictiva de la competencia tendiente a limitar la libre competencia.

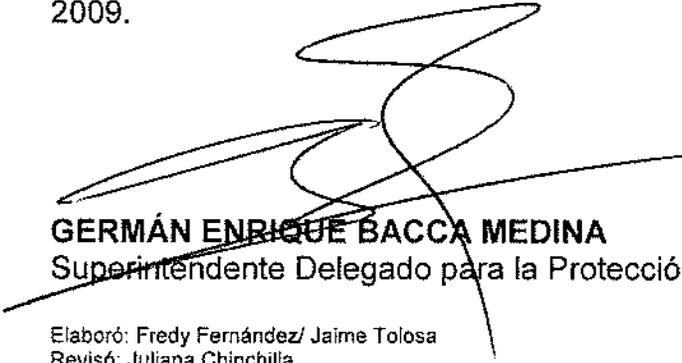
12. RECOMENDACIÓN

SANCIONAR a la **ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE ANTIOQUIA**, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. Por haber influenciado en las negociaciones de la contratación del servicio de salud en el departamento de Antioquia, por otro lado debe tenerse en cuenta que en lo que tiene que ver con la imputación descrita en el pliego de cargos referente con el suministro de medicamentos, esta Delegatura

no encontró evidencia alguna que comprobara que **AESA** supeditaba el suministro de medicamentos a la prestación del servicio de salud.

Para la sanción esta Delegatura recomienda tener en cuenta que al ser una entidad sin ánimo de lucro y que los únicos ingresos son obtenidos por cuotas de sostenimiento de sus asociados, una sanción alta pondría en riesgo financiero y con esto el desarrollo del objetivo social de la asociación.

SANCIONAR a **LUIS ALBERTO MARTÍNEZ SALDARRIAGA**, en calidad de persona natural investigada, de conformidad con lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.



GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

Elaboró: Fredy Fernández/ Jaime Tolosa
Revisó: Juliana Chinchilla
Aprobó: Germán Bacca