



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., siete (7) de julio de dos mil veintitrés (2023)

CONSEJERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Radicación número: 2500023240002012-00822-01

Actora: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MEDICINA INTEGRAL - ACEMI

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - SIC

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

TESIS: INEXISTENCIA DE CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA, HABIDA CUENTA QUE EL ACTO SE NOTIFICÓ ANTES DE QUE FENECIERA EL TÉRMINO DE TRES AÑOS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 38 DEL CCA. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS A LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SECTOR SALUD. VALORACIÓN PROBATORIA. LAS PRUEBAS DEBEN APRECIARSE EN CONJUNTO. EL TESTIMONIO RENDIDO EN SEDE JUDICIAL NO TIENE LA PROBABILIDAD DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD. INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y FALSA MOTIVACIÓN. NO SE DESCONOCIÓ EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LA DEMANDANTE. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al no haber obtenido la mayoría el proyecto de fallo presentado a consideración de la Sala, por el señor Consejero doctor **OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**, se procede a decidir el recurso de apelación



interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 21 de octubre de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C", denegó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1. La **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MEDICINA INTEGRAL - ACEMI**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en adelante CCA, presentó demanda¹ parcial contra las resoluciones núm. 46111 de 2011, a través de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso una sanción consistente en multa, por valor de \$1.071.200.000, por incurrir en prácticas restrictivas de la competencia, y la 65116 de 2011, que la confirmó.

La parte actora planteó las siguientes pretensiones:

*"[...] 1. Declarar la nulidad del **artículo primero** de la parte resolutive de la Resolución N° 46111 de 2011 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto se declaró que ACEMI infringió lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994.*

*2. Declarar la nulidad del **artículo tercero** de la parte resolutive de la Resolución N° 46111 de 2011 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de*

¹ El escrito se encuentra visible a los folios 1 a 48 del C. 1 del expediente.



Industria y Comercio, en cuanto se declaró que ACEMI infringió lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

*3. Declarar la nulidad del **artículo quincuagésimo octavo** de la Resolución N° 46111 de 2011 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto impuso a ACEMI una sanción pecuniaria por la suma de \$ 1.071.200.000.*

*4. Declarar la nulidad del **artículo sexagésimo primero** de la Resolución N° 46111 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto impuso a ACEMI la obligación de publicar en un diario de amplia circulación regional un anuncio informando sobre la decisión de la SIC consagrada en la Resolución 46111 de 2011.*

*5. Declarar la nulidad del **artículo sexagésimo segundo** de la Resolución N° 46111 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto ordenó a mi representada poner término a una infracción que nunca cometió y abstenerse de realizar cualquier práctica tendiente a generar similares efectos anticompetitivos dicha conducta inexistente.*

*6. Declarar la nulidad del **artículo sexagésimo cuarto** de la Resolución N° 46111 del 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto ordenó dar traslado a la Delegada de la Protección y de la Competencia con el fin de que iniciara averiguaciones correspondientes a determinar la posible infracción al deber de cumplir con las instrucciones que expidió la SIC en el acto administrativo demandado.*

*7. Declarar la nulidad del **artículo tercero** de la Resolución N° 65116 del 21 de noviembre de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto en el mismo se confirma en todas sus partes la Resolución 46111 del 30 de agosto de 2011.*

8. Declarada la nulidad de los artículos indicados de los actos demandados, ordenar el restablecimiento del derecho de ACEMI en el sentido de exonerarla de cualquier responsabilidad por la supuesta infracción a las normas de competencia consagradas en el Decreto 1663 de 1994.

9. Declarada la nulidad de los artículos indicados de los actos demandados, ordenar el restablecimiento del derecho de ACEMI en el sentido de ordenar el restablecimiento de la suma de \$1.071.200.000 indexada desde la fecha de pago de



la misma, hasta el momento en que sea efectivamente restituida.

10. Declarada la nulidad de los artículos indicados de los actos demandados, ordenar a la Superintendencia de Industria y Comercio, a título de reparación del daño que se le causó a ACEMI, que divulgue la declaratoria de nulidad de las disposiciones demandadas, de la siguiente forma:

- Publicar a su costa, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia que declare la nulidad de las disposiciones demandadas, un aviso en un diario de circulación nacional, informando sobre la declaratoria de nulidad de los artículos mencionados, e indicando que en dichos artículos mencionados se había declarado la participación de mi representada en acuerdos contrarios a la libre competencia y se le había impuesto una sanción.*
- Publicar, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia que declare la nulidad de las disposiciones demandadas, un aviso destacado en la página de inicio del portal web de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual deberá permanecer publicado en la misma página de inicio, durante un periodo mínimo de quince días calendario.*
- Convocar a los principales medios de comunicación, dentro de los cuales deben incluirse como mínimo, caracol radio y televisión, RCN radio y televisión, CM& la noticia y el Canal Capital, a una rueda de prensa en la cual se informe sobre la declaratoria de nulidad de las disposiciones demandadas.*
- El alcance de la anterior petición se fundamenta en que ese fue el manejo mediático que dio la Superintendencia de Industria y Comercio a la noticia sobre la expedición de las resoluciones demandadas.*

11. Declarada la nulidad de la parte motiva pertinente y de los artículos indicados de los actos demandados, y restablecido el derecho a mí representada, solicito al Despacho se sirva ordenar a la Superintendencia de Industria y Comercio, a título de reparación del daño que sufrió ACEMI, que realice el reconocimiento y pago de las siguientes condenas:

10.1 (sic) Se condene a la entidad demandada al pago de la indemnización de los perjuicios no patrimoniales en su modalidad de DAÑO MORAL ocasionado a la persona jurídica de ACEMI en cuantía de CIEN SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 S.M.M.L.V), en virtud



de los perjuicios morales que se le ocasionaron con ocasión de la publicación ordenada en un diario de amplia circulación nacional y de amplio despliegue en los distintos medios de comunicación que fue realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

10.2 (sic) Condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar los intereses moratorios a la máxima tasa legal, sobre las sumas de dinero que resulten de la liquidación de la reparación de daños solicitada, a partir de la ejecutoria de la providencia que resuelva el presente trámite [...].

12. Declarada la nulidad de los artículos indicados de los actos demandados, restablecido el derecho en la forma indicada, y reparado el daño, condenar en costas [...].

I.2. La Asociación actora fundó la demanda, en síntesis, en los siguientes hechos:

Señaló que la SIC abrió investigación en su contra y en el de unas entidades promotoras de salud mediante la Resolución núm. 10958 de 6 de marzo de 2009, por la presunta violación de los artículos 3º, 4º y 5º, numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994.

Indicó que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó informe motivado, el 31 de marzo de 2011, ante el Superintendente de Industria y Comercio, en observancia del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992², el cual le fue notificado en condición de investigada.

² Decreto 2153 de 1.992, "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones"



El 30 de agosto de 2011 el Superintendente de Industria y Comercio expidió la Resolución núm. 46111, mediante la cual le impuso sanción extensiva a las EPS investigadas, por considerar que infringieron los artículos 3^o y 5^o del Decreto 1663 de 1994.

Contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, sustentado en los siguiente reproches: **i)** el acto administrativo es contrario al debido proceso, porque la SIC no probó la existencia de un acuerdo que tuviera por objeto restringir la competencia, con lo cual se vulneró el principio de presunción de inocencia; **ii)** se le transgredió el derecho al debido proceso al sancionar sin hacer una debida valoración del entorno económico; **iii)** la facultad sancionatoria se encontraba caducada; y **iv)** la posición de la SIC desconoció el derecho constitucional de asociación.

Mediante la Resolución núm. 65116 de 21 de noviembre de 2011, la SIC confirmó en todas sus partes la Resolución 46111 de 30 de

³ "[...] **Artículo 3º. Prohibición general a las prácticas restrictivas de la competencia.** De conformidad con lo previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto-ley 1298 de 1994 y con lo establecido en el presente decreto, están prohibidos todos los acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito. Serán aplicables a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las instituciones prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen.

Artículo 4º. 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 [...]"



agosto de 2011, decisión que fue notificada por edicto desfijado el 2 de diciembre de ese año.

Adujo que una vez en firme la sanción impuesta se vio conminada a pagar una sanción pecuniaria injusta y a publicar en un diario de amplia circulación nacional que participó en acuerdos contrarios a la libre competencia, viéndose de esa forma menoscabado el honor y el buen nombre de la asociación.

Indicó que tramitó ante la Procuraduría General de la Nación, el 29 de febrero de 2012, la solicitud de conciliación extrajudicial, diligencia que se llevó a cabo el 9 de mayo de 2012, la que se declaró fallida, cumpliendo con ello el requisito de procedibilidad.

I.3. La asociación demandante adujo que los actos cuestionados infringieron las normas superiores en que debían fundarse y con tal propósito formuló los siguientes cargos de violación, que se identifican, en síntesis, así:

1.3.1. Violación del artículo 38 del CCA y del artículo 29 de la Constitución Política, al haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC.

Para explicarlo, señaló que la Resolución 46111 de 30 de agosto de 2011 se le notificó el **12 de septiembre de 2011**, fecha para la



cual habían transcurrido más de tres años desde la ocurrencia de los hechos investigados.

Aclaró que los *"elementos probatorios en que se apoyó la SIC para negar la operancia de la caducidad de la facultad sancionatoria, a saber el correo electrónico del 8 de octubre y el envío de la información para el cálculo de la UPC por parte de las EPS a finales del mismo año⁴, se observa con claridad que ninguno de ellos, aun cuando son posteriores al 12 de septiembre de 2008, constituye elemento contrario a la libre competencia⁵.*

Afirmó que contrario a este entendimiento, la SIC para rechazar la pérdida de competencia señaló que la conducta de la actora se extendió en el tiempo y se mantuvo por lo menos hasta el 5 de diciembre de 2008.

Sobre el particular, indicó que las circunstancias que se relacionan con dicha fecha de ninguna manera evidencian la existencia de una conducta contraria a la libre competencia, por cuanto: **i)** si bien existió un correo electrónico de fecha 8 de octubre de 2008 que remitió a las EPS, su propósito era el de convocar a unas jornadas de trabajo de homologación de los códigos CUPS con los MAPIPOS y la revisión de los artículos que presentaría al Gobierno para

⁴ Se refirió al 5 de diciembre de 2008.

⁵ Folio 8, escrito de demanda, cuaderno principal.



aclaración del POS y, **ii)** la información de la cual se estructura la conducta sancionada es el envío de *"información para el cálculo de la UPC por parte de las EPS"* y no como lo califica la SIC producto de un acuerdo anticompetitivo.

Manifestó que la ley lo que prohíbe es el "acuerdo" y en ese sentido lo que la SIC presuntamente sancionó fue un acuerdo bajo la modalidad del "objeto" no así su ejecución, es de decir por "efecto", de lo cual se evidencia que en tales fechas no hubo una reunión para un acuerdo, pues, además, éste nunca existió.

1.3.2. Violación de los artículos 3º, 4º y 5º (numerales 1, 8 y 10) del Decreto 1663 de 1994 y del principio de legalidad - artículo 29 de la Constitución Política.

Afirmó que la SIC realizó una *"interpretación normativa contraevidente"* de los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 1663 de 1994, cuando manifestó *"que no debía probar, ni la intención de las partes al realizar un acuerdo contrario a la libre competencia, ni la potencialidad anticompetitiva de la conducta, y tampoco sus efectos en el mercado"*⁶.

⁶ Folio 11, escrito de demanda C.1 del expediente.



Destacó que, bajo este esquema de análisis, se liberó de la carga probatoria requerida para imponer una sanción administrativa, lo que es contrario al debido proceso.

Indicó que al otorgar este entendimiento se invalida el sentido obvio de las normas y se desconoce que las reuniones celebradas entre ACEMI, como gremio, y las EPS fueron únicamente con el fin de formular una propuesta regulatoria al Gobierno respecto de los medicamentos cubiertos en el POS, en ningún caso para la fijación de precios, como lo dedujo la SIC.

Señaló que la SIC sancionó a **ACEMI** por la presunta comisión de las conductas descritas en la modalidad por objeto; y que si bien la ley prohíbe la realización de acuerdos bajo este criterio, es preciso establecer el objeto del acuerdo e identificar los supuestos perjuicios y sus efectos.

Agregó que no era posible que la SIC se quedara en suposición, aunque de manera insistente la SIC manifestó que no era necesario probar cuál era la voluntad o el objeto de las actuaciones investigadas, y mucho menos el objetivo de **ACEMI**, lo que demuestra la violación al debido proceso y del principio de presunción de la buena fe.

1.3.3. Violación a los artículos 6°, 29, 83 y 209 de la Constitución Política; 35 del Decreto 01 de 1984; y 174, 175, 187, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el particular, la actora indicó que la SIC debió demostrar que restringió la libre competencia al adoptar políticas internas con el propósito de restringir los servicios de salud, la afectación de la transparencia de la información y la fijación de precios, lo que no ocurrió.

Lo anterior, porque la sanción impuesta no acreditó que mediara la existencia de un acuerdo de voluntades para restringir la competencia. No hubo valoración probatoria, lo que evidencia la falta de imparcialidad.

Destacó que existieron pruebas testimoniales que demuestran y desvirtúan las conclusiones de la SIC, en especial los siguientes:

.- Declaración de la señora **Mery Bolívar**, Directora de Gestión del Ministerio de la Protección Social:

"[...] Dr. Montealegre: En relación con los derechos de petición que se formulan al Ministerio de la Protección Social, de los cuales tiene usted conocimiento por supuesto, mencionó usted en una respuesta anterior que no todas las EPS tienen las mismas inquietudes sobre las coberturas. Quisiera pedirle una ampliación de esa respuesta por favor.

Sra Bolívar: Si, por ejemplo, cuando uno hace procesamientos entonces uno mira que en los recobros al Fosyga hay EPS, por ponerle un ejemplo que recobran audífonos y otras no. O sea,



para algunos el audífono está en el POS, de hecho no lo recobran y lo pasan en el estudio de suficiencia y otras sí lo hacen entonces a eso es a lo que me refiero. Entonces es distinto el comportamiento de las EPS frente al tema de los dispositivos. Hay unas que lo hacen, hay otras que no. Hay unas que los pasan en el estudio de suficiencia, esos requisitos como tal y hay otras que los pasan a través de lo que nosotros solicitamos de lo que rechaza el Fosyga. Entonces es evidente que algunas consideran que es el POS porque así nos lo mandan y hay otras que no [...]”.

.- Declaración del señor Juan **Manuel Díaz Granados, Presidente**

Ejecutivo de ACEMI, quien en su declaración señaló:

"[...] Despacho: ¿Ha existido en alguna oportunidad alguna posición por parte de ACEMI y sus agremiados respecto de políticas de autorizaciones de servicios de salud?

Dr. Díaz Granados: No, las autorizaciones y la política la define cada entidad y nosotros no tenemos injerencia alguna ni sugerencia alguna en relación con esos temas porque son autónomas. Cada entidad afiliada es independiente, tiene sus órganos propios de decisión y ACEMI ni asiste ni tiene injerencia alguna en esa materia.

Despacho: Le hago la misma pregunta con respecto al tema de recobros.

Dr. Díaz Granados: Igual, porque cada entidad toma sus propias decisiones sobre que recobra, que no recobra. Hay entidades que deciden recobrar unas cosas, unas recobrar otras, dependiendo del valor. Cuando hay conflictos jurídicos cada entidad decide si demanda o no demanda, eso es problema de cada quien yo no tengo poder de las EPS para decidir nada ni para presentar demanda alguna. En consecuencia, son decisiones ya que son de la esfera individual de cada una de las afiliadas [...]”.

.- Testimonio de la señora **Sandra Marcela Camacho**, Directora

Médica de **ACEMI**, quien manifestó:

"Dr. Montealegre: Hablo usted y está en el expediente y se ha hecho referencia en preguntas anteriores a ese cuadro, un



cuadro que incluye una expresión que para términos de esta investigación es muy importante que se llama consenso, específicamente sobre ese punto de consenso yo quiero que usted explique si ese consenso tuvo como efecto, así no fuese el propósito que usted en respuesta anterior dijo que ese no era el propósito sino presentar una propuesta fue lo que usted dijo, y ese consenso tuvo el propósito de hacer común la postura de las EPS en las materias a que se refiere la información que consta en ese cuadro.

Sra. Camacho: El propósito no era hacer común esa materia sino presentar una propuesta al Ministerio.

Dr Montealegre: Y el efecto que tuvo, estoy preguntándole por el efecto no por el propósito.

Sra Camacho: El efecto se refiere a...

Dr Montealegre: La consecuencia que tuvo el haber formulado esa propuesta de consenso, en el interior de cada EPS, es mi pregunta.

Sra Camacho: Al interior de cada EPS, no lo conozco, pero lo que sí es que en el Ministerio si lo proceso y digamos de hecho algunas de las cosas que tenían en esa propuesta, pues las he venido incorporando ya sea metodológicamente o incluso digamos como en términos generales de utilizar la metodología [...]”.

Destacó, de lo registrado en estas declaraciones, que no existió acuerdo sobre las coberturas del POS. Además, insistió en que el propósito de las reuniones entre los miembros del gremio, en los que se trataron temas atinentes a los contenidos del POS, radicó en el desarrollo de una propuesta regulatoria para subsanar los defectos en esa materia y en ningún caso, como lo afirmó la SIC, actuó con el ánimo de afectar la transparencia de la información y acordar la fijación de los precios de la UPC.



Indicó que tampoco se valoró la declaración del **señor Humberto Navarro**, actuario de Nueva EPS, entidad no afiliada a **ACEMI**, que en relación con el tema objeto de estudio, manifestó:

"[...] Despacho: Quisiera aprovechar su experiencia, como matemático y como una persona que ha trabajado en el tema de actuario, ya a nivel de ilustración en términos generales, de los estudios actuariales para los estudios actuariales de la salud en Colombia, usted podría precisar qué problemas ha precisado en el trabajo actuarial para el cálculo de la UPC en general del sistema.

Sr. Navarro: no solamente en seguridad social, sino en todos los ámbitos que ustedes pueden ver, en Colombia el tema de la información es muy descuidado en todos los sectores, [...] entonces es prácticamente una falta de cultura de información en todas las entidades. [...] eso se refleja en la seguridad social, el tema del sistema de información para la gestión es un tema que se tiene que trabajar fuertemente. Entonces, todo eso influye en que no existen los registros suficientes y pues toca hacer de pronto modelos de análisis, para suplir de pronto lo que no se alcanza a cubrir uno sea que una entidad no puede tener una frecuencia de uso de medicina general de 0.3, porque uno sabe que está entre 1.6 y 2.1 y si le presentan a uno un 0.3 pues hay un subregistro de información. O cualquier cosa de esas [...]

Obviamente cualquier subregistro de la información afecta los estudios y los resultados finales y de hecho cuando uno mira los informes del cálculo de UPS anteriores, 2007 2006, muchos de ellos se dice que no se sabe si esta desviada o no pues la información no da para sacar una conclusión al respecto. Obviamente que cuando no se presenta información, aparentemente la UPC es suficiente porque si, aguanta [...] El subregistro hace que la prima sea más bajita, o la UPC en estos casos sea más bajita, eso afecta obviamente a las EPS. Uno de los problemas también es de pronto el tema de la Capita en servicios, pues no se registra la información individualizada, no se registra de pronto la [...] individualizada de servicios. Porque se calcula sobre un porcentaje. Entonces mientras no haya algo que obligue a que las IPS registren la información y la mandan a las EPS pues simplemente ellas lo darán de alguna manera, pues adicional a lo que tienen que hacer y no algo como o obligatorio.

Es importante que de alguna manera sea obligatorio [...] de lo contrario seguirá habiendo subregistro de información. [...]

Dr Montealegre: ¿De acuerdo con la experiencia profesional en las entidades donde usted ha laborado y su conocimiento del sistema, cuáles son los problemas que puede tener el esquema de la elaboración de la UPC frente a la suficiencia?

Sr. Navarro: El primer problema es el que acabo de decir, que es la unificación de los criterios, de captura de la información y de definición de unidades de medida. [...] y es el principio fundamental de los seguros, y por eso existen los ramos, y dentro de los ramos, existen coberturas. [...] y yo tengo que medir esas situaciones por celdas homogéneas de riesgo, manejar la homogeneidad y obviamente si yo no me pongo de acuerdo en un tema como la salud, definir las unidades de medida, puedo estar cometiendo errores técnicos de estar sumando lo que decía ahora, peras con manzanas, y creando distorsiones en la nota técnica.

El reporte de la información, dos, las unidades de medida, es el segundo problema y el subregistro que básicamente está dentro del reporte de la información. [...] uno nunca podrá esperar que llegue al cero, porque la forma de facturar las IPS pues es de acuerdo con una forma de atender los siniestros y del tiempo que ellos se gastan en la facturación y el tiempo que se gasta la EPS en hacer auditoria a la cuenta, [...] esa diferencia en el momento en que se presenta la factura y el momento en que se presentó el evento, pues presenta distorsiones, porque a veces confunden periodos diferentes [...]".⁷

Estimó que la declaración que antecede desvirtúa los razonamientos de la SIC, y es determinante para controvertir el argumento relativo a que "las EPS enviaban información con errores al Ministerio de la Protección Social y de ello deriva la existencia de un acuerdo para falsear la información enviada al MPS".

Aseguró que esa información se remitía de manera individual por cada una de las EPS al Ministerio, sin ningún tipo de sugerencia que le fuera atribuible, que se prueba con la calificada "heterogeneidad"

⁷ Folios 20-24 demanda, cuaderno principal del expediente.

de la información que no aceptó la SIC para probar la independencia de sus agremiadas.

1.3.4 Falsa motivación de los actos acusados, por cuanto se desconoció el objetivo de ACEMI frente a las actuaciones desarrolladas.

Alegó que se incurre en este vicio de nulidad, en razón a que, a su juicio, la SIC realizó una interpretación descontextualizada y amañada de las pruebas; e insistió en que tales eventos comunes con sus agremiadas tenían como finalidad presentar una propuesta regulatoria al Gobierno Nacional con el fin de aclarar los contenidos del POS.

Indicó que, precisamente, sus actuaciones se justificaron en una finalidad pública, conocida por el Gobierno, las cuales fueron objeto de debate en talleres de planeación estratégica que datan de 2005 para *"contribuir a mejorar la salud de los colombianos y su calidad de vida con un sistema de salud consolidado"*, y elaborar una propuesta para que el Consejo Nacional de Seguridad en Salud expidiera el acuerdo correspondiente y aclarara en forma definitiva e integral el POS⁸.

⁸ En específico relató lo siguiente: "[...] Vale la pena aclarar en el trámite que culminó con las resoluciones demandadas se demostró que las actuaciones de ACEMI tuvieron una finalidad pública, fueron y conocidas por el Gobierno. En efecto, el contexto en el que se desarrollaron todas las actuaciones que la SIC tilda de anticompetitivas, inició en el año 2005, cuando las EPS afiliadas a ACEMI realizaron un taller de planeación estratégica, durante los días 27 y 28 de octubre en Villa de Leyva. Los resultados de dicho taller fueron presentados y aprobados en la Junta Directiva de ACEMI realizada el 3 de noviembre de 2005 (acta No. 175 Libro VI de Actas de Junta Directiva, páginas 52 y siguientes). La finalidad general de este plan fue "Contribuir a mejorar la salud de los colombianos y su calidad de vida con un sistema de salud consolidado". (folio 27 del C. 1 del expediente)



Precisó que la gestión de **ACEMI** y sus actividades estuvieron dirigidas a elaborar una propuesta para que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidiera el Acuerdo integral sobre el POS, lo cual reconoció la doctora Mery Bolívar⁹, en los siguientes términos:

"[...] Despacho: Nos puede indicar qué mecanismo, de acuerdo a su conocimiento, ha implementado el MPS para aclarar dichas controversias frente a las coberturas del POS?"

"[...] Y con relación al tema de insumos, el año anterior se evidenció los dispositivos que teníamos que eran críticos que se originan de un derecho de petición de Acemi, donde le solicitaban al Consejo que se pronunciara sobre esas coberturas, entonces lo que hicimos fue poner en evidencia sus costos, es decir, dado que no hay una codificación hoy en día sobre esos insumos, lo que hicimos fue poner en evidencia que el lente intraocular, al audífono, al auto estimulador, bueno en fin, un listado que había y que siempre recobraban al Fosyga algunas EPS, pues eso tampoco es generalizado, no todas tienen las mismas inquietudes sobre las coberturas, unas si y otras no [...]"

Despacho: ¿Con relación a las controversias referentes a las coberturas del POS a las que nos hemos venido refiriendo, conoce usted si ACEMI ha cumplido algún papel con relación a esta discusión?"

Dra. Bolívar: Pues el derecho de petición. Ellos casi siempre se pronuncian ante el Ministerio en relación a la UPC con derechos de petición. Pues que yo conozca pues el derecho de petición que nos enviaron sobre, pues realmente se lo envían al Consejo Nacional de Seguridad Social pero como nosotros ejercemos la secretaría técnica lo tomamos para respuesta. Y como igual los estudios se hacían para el Consejo, entonces pues hacemos su cuantificación para el estudio, pero adicionalmente a los pronunciamientos oficiales que hacemos, pues con los que contaba el Ministerio y que pues estaban dentro del estudio, pues no tengo ningún otro conocimiento distinto frente a eso."

⁹ El testimonio se rindió en el trámite administrativo ante la SIC y citada en condición de Directora de Gestión de la Demanda del Ministerio de la Protección Social.



Despacho: ¿Nos puede manifestar por favor si es de su conocimiento que Acemi haya adoptado algún tipo de posición sobre esta controversia?

No, frente al estudio de suficiencia tengo conocimiento que ACEMI lidera, coordina de alguna forma a las EPS, porque de hecho participan, nosotros anualmente hacemos un estudio para revisar eso y anualmente convocamos a todas las EPS para decirles, bueno mire, acá está la solicitud de información, esto es lo que vamos a hacer, esta es la metodología de cálculo, vamos a revisarlo así, y recibimos retroalimentaciones de las EPS con las cuales, podemos o no, de acuerdo con el criterio técnico, se puede ajustar o no. O sea, hemos recibido recomendaciones que han sido acudidas y otras definitivamente no. Entonces durante ese proceso siempre ha participado ACEMI. La solicitud nuestra es a las EPS, pero ellos como gremio, al igual que los otros dos gremios del régimen subsidiado, han participado, nos mandan oficialmente solicitudes frente al estudio de suficiencia, las cuales nosotros respondemos. Todos los años nos mandan un derecho de petición al final del estudio para que les mandemos los cálculos, el Excel, las bases de datos, mejor dicho, todo. Todo con lo cual hacemos el estudio, las mismas bases que ellos mismos nos proveen sobre información, el cálculo, bueno eso tenemos todos los años ha sido algo. Entonces siempre nos mandan una sugerencia de la solicitud, nos mandan sugerencias a la metodología de cálculo, y al final del año cuando ya hacemos el estudio nos manda el derecho de petición para que les mandemos todo sobre eso y cuando hacemos retroalimentación ellos siempre están. Retroalimentación de gremio.

El Ministerio presenta el resultado como tal, ahorita nos hicieron le hicieron solicitud a la CRE, obviamente como parte de estudios que apoya la suficiencia es el nuestro, estuvimos diciendo cómo hicimos metodología, un mes o más. Diciéndoles cómo fue que calculamos, cuáles fueron las bases de datos porque nos piden absolutamente todo. Desde los primeros procesos de calidad hasta el último. Eso pues igual es información pública, transparente para nosotros porque igual es un estudio para el país con el cual se fija la UPC y en ese sentido, ACEMI siempre ha participado de esa forma. Sé que hacen análisis de forma concomitante, hacen estudios paralelos también a nosotros, también no los envían oficialmente, entonces miren el estudio de nosotros nos dio tanto, con la información de nosotros nos da tanto. Entonces ellos siempre han estado en paralelo diría yo, por la evidencia que hacen otro estudio al igual que le hacemos nosotros. No igual me refiero de forma concomitante hacen otro estudio también de suficiencia pues, eso. Ese es el conocimiento que tengo sobre el papel de ACEMI en los estudios de suficiencia en estos cinco años [...]”.



Aludió que el trabajo conjunto que realizó con el Ministerio de la Protección Social en comunicaciones cruzadas, entre enero y julio de 2006, permitió desarrollar una plataforma más ágil y eficiente con base en idénticos criterios frente al POS, lo que, en ese sentido demostró es que esas actividades con las EPS no afectaron la transparencia de la información.

1.3.5 Falsa motivación de los actos acusados, por cuanto se desconoció que la información cuyo flujo reprochó la SIC es pública y viola el derecho al debido proceso.

Planteó que la SIC en las resoluciones demandadas desconoció que la información frente a la que reprochó los acuerdos es pública y es, precisamente, por ese carácter que se ha divulgado sin restricción en los estudios de suficiencia del POS-UPC para definir la UPC 2008, lo que, a su juicio, no puede considerarse reservada.

Reiteró la condición de la disponibilidad pública de la información y destacó que el medio magnético con registros superiores a los 3 millones desvirtúa su carácter reservado y debilita el argumento de la vulneración de la libre competencia.

Finalmente, indicó que no se realizó ningún análisis respecto del propósito y el efecto del supuesto intercambio, toda vez que la SIC

se limitó a sostener que, en ciertos casos, el intercambio de información era útil para monitorear las dinámicas del mercado, y que, en otros, se erigía como una conducta anticompetitiva.

1.3.6. Violación del debido proceso al imponer una sanción con base en pruebas de las cuales los investigados no se pudieron defender.

Alegó que las resoluciones demandadas fueron producto de un trámite en el que la SIC decretó y practicó pruebas respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la resolución de apertura de la investigación y, por lo tanto, no pudo ejercer cabalmente su derecho de defensa y contradicción, sin que haya identificado cuáles eran esas pruebas.

1.3.7 Violación del debido proceso al imponer una sanción sin haber practicado las pruebas legalmente solicitadas y decretadas.

Afirmó que la SIC decretó el testimonio de la señora Mónica Uribe Botero, pero posteriormente decidió no practicar la prueba argumentando que el objeto de ésta se encontraba cumplido y que la testigo no había comparecido en las oportunidades en las que fue citada.

Insistió en que se vulneró el derecho de defensa al no practicarse un testimonio relevante para determinar que **ACEMI** no incurrió en



conductas anticompetitivas, pues independientemente de que la testigo no asistiera, lo cierto es que la entidad contaba con las medidas de sanción para la declarante.

1.3.8. Violación al derecho constitucional de asociación.

Aclaró que la finalidad de una asociación gremial es representar a sus miembros ante las instancias de participación y deliberación frente al Estado, como una forma de participación democrática de los distintos sectores de la economía; por lo tanto, es contrario a la ley impedir que se unifiquen propuestas en una sola con el objetivo de presentar ante el Estado opciones de regulación o simplemente comentarios frente a temas que son de suma importancia para las actividades que dichos profesionales realizan.

Concluyó que la entidad demandada vulneró el derecho fundamental de asociación, contenido en el artículo 38 de la Constitución Política.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II.1.- La **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, a través de apoderado, contestó¹⁰ la demanda para lo cual aludió a la competencia que le otorgó la ley en cumplimiento del régimen de

¹⁰ Folios 73 a 130 del Cuaderno 1 del expediente.



competencia en salud¹¹. Se opuso a las pretensiones de la demanda y, en lo que respecta a los cargos formulados, precisó:

Primer cargo: Manifestó que las razones que motivaron el inicio de la investigación administrativa fue la constatación de que *"la conducta sancionada se encontraba compuesta por un conjunto de estrategias, todas encaminadas a afectar la competencia en el sector salud"*, conductas endilgadas que no ocurrieron en un único tiempo, en tanto las acciones de afectación del sector salud fueron de naturaleza continuada, lo que deriva que el término de caducidad inicie desde que ocurrió el último acto que conforma la infracción objeto de sanción.

Refirió que la afirmación del apoderado de la parte actora frente a que no era posible sancionar a su representada por hechos ocurridos tres años antes a la fecha de notificación de la Resolución 46111 de agosto de 2011, esto es, el **12 de septiembre de 2011**, pues las circunstancias investigadas no fueron independientes, de lo cual descarta su ocurrencia.

Segundo cargo: Manifestó que el Decreto 2153 de 1992 define las conductas anticompetitivas por objeto, las cuales están taxativamente señaladas en los numerales del 1 a 10 del artículo 47

¹¹ Según las atribuciones conferidas en la Ley 1340 de 2009 y los Decretos 2153 de 1992 y Decreto 1663 de 1994.



ibidem. También se encuentran las conductas de abuso de la posición dominante y los acuerdos sobre materias primas e insumos establecidos en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959.

Después de identificar algunos casos en los que la SIC examinó acuerdos entre competidores, destacó las diferentes posibilidades de establecer conductas anticompetitivas como “objeto” o como “efecto”, para establecer cuándo se presentan tales conductas delimitadas en los servicios de salud.

Que, en ese sentido, las pruebas que se obtuvieron en el trámite administrativo respaldan las sanciones impuestas, pues claramente no es aceptable que los gremios se intercambien información o lleguen a consensos para presentar una propuesta regulatoria, cuando en realidad lo que se configura es un acuerdo anticompetitivo.

Que en este sentido, la legislación Colombiana no exige la demostración de los efectos en la conducta ni si la misma era “*potencialmente*” competitiva, pues basta con que se demuestre que un grupo de agentes que “*en teoría deberían competir*” realizan actividades con el objeto de evitar dicha competencia.



Sostuvo que se alegó como una *"cándida cooperación entre competidores y la ayuda al Gobierno"*, cuando se aprecia que en desarrollo de tan loable labor se buscó unificar interpretaciones sobre los contenidos del POS, se manejaba la información que se enviaría de los entes de control y para *"definir indirectamente el valor de la UPC"*.

Tercer cargo: Precisó que la decisión administrativa no transgredió los principios de buena fe, imparcialidad y presunción de inocencia, ni las disposiciones que se citan como vulneradas, sino que fue el resultante de un juicioso estudio de las pruebas recaudadas, producto de un informe motivado, que debe considerarse.

Cuarto cargo: Indicó que la expedición de los actos acusados está sustentada en que tanto **ACEMI** como las EPS, realizaron acuerdos e intercambiaron información respecto del giro normal del mercado de salud, lo que sin duda restringió la competencia entre las EPS, en la medida en que eliminó unos de los factores con base en los cuales dichas entidades competían, tal es el caso del tipo de procedimientos que éstas prestan a los consumidores.

Enfatizó que de admitirse la tesis propuesta por la actora frente a que el acuerdo competitivo se sustenta en la intención de arreglar un problema que al considerarse como *"política pública"* y con el fin



de aclarar esa "zona gris del POS" habilitaría e, incluso, justificaría la existencia de carteles, abusando de su posición dominante y la preservación de industrias a costa de los consumidores.

Que en este caso se demostró que **ACEMI** lideró la coordinación y la recopilación de información con el fin de determinar y unificar las prestaciones que las EPS consideraban POS y no POS. En ese sentido se refirió en específico al correo electrónico¹² enviado el **5 de marzo de 2007**, en el que se aprecia que el objeto era el de *"tener información acerca de lo que cada EPS agremiada e investigada por esta entidad, clasificaba como procedimiento incluido o no en el POS"*.

En estos mismos términos, refirió que se demostró la participación de **ACEMI** en la identificación y unificación de criterios, a través de la siguiente documental: **i)** el Acta N° 006 del Comité Médico de 10. de agosto de 2007, **ii)** el correo de 30 de mayo de 2007 *"Asunto: Compromiso costeo insumos y dispositivos médicos procedimientos POS"*, **iii)** correo de 28 de junio de 2007, que anunció la remisión de la lista de los procedimientos, y **iv)** correo de 3 de agosto de 2007 *"Asunto: Acta y documentos posición ACEMI interpretación POS del 3 de agosto de 2007"*.

¹² Este correo se identifica como enviado por Lucia Torres y transcrito al folio 104 y 105 del C. 1 del Expediente.



Bajo esta relación documental determinó que no puede ni la agremiación ni ninguno de sus asociados, por iniciativa propia, reunirse y acordar sobre la oferta de servicios dentro del sector.

Quinto cargo: Frente a la condición pública de la información compartida entre las EPS y **ACEMI** la SIC aclaró que la *"conducta sancionada no requiere la demostración del efecto en el mercado"*, puesto que ésta constituye una **"conducta por objeto"**, la cual es *per se* competitiva, sin que haya necesidad de calificar y analizar su potencialidad.

Sexto cargo: Indicó que no es cierto que los supuestos fácticos del informe motivado y la resolución demandada correspondan a hechos posteriores a la apertura del proceso, en tanto son aquellos los que lo impulsaron y que de manera general fueron descritos en el acto de apertura.

A pesar de lo anterior, destacó claramente que en ese desarrollo de la indagación se logró, además de verificar su ocurrencia y demás comportamientos que surgieron, otros que lo reafirmaron con pruebas posteriores a la fecha de apertura de la investigación.



Agregó que, en todo caso, contra todas las pruebas la actora tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción porque estuvieron a disposición de las investigadas, quienes pudieron presentar pruebas o solicitar otras nuevas.

Concluyó que durante el procedimiento administrativo la accionante tuvo la oportunidad en forma libre de presentar descargos, solicitar y aportar pruebas, incluso, radicó observaciones e interpuso los recursos de ley.

Séptimo cargo: Aseguró que la Superintendencia adelantó las gestiones dirigidas a la práctica de la prueba solicitada y decretada; y que citó en cuatro oportunidades a la doctora Uribe para recibir su declaración, sin que asistiera a la diligencia.

Esta circunstancia le permitió valorar que las demás pruebas eran suficientes, por lo que, con fundamento en la facultad del artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, limitó la práctica del testimonio.

Agregó que si la ausencia del citado testimonio generaba, en criterio de la parte actora, una causal de nulidad, debió plantearla antes del Informe Motivado, so pena que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 340 de 2009, la misma quedara saneada.



Octavo cargo: Indicó que esta invocación no es aceptable cuando lo que se busca es exceder los límites de dicho derecho, lo cual demuestra la actitud de simple negación que tuvieron los investigados en el logro de un acuerdo ilícito y contrario al interés general.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtida la etapa probatoria¹³ y de alegatos¹⁴ en la primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C", en Descongestión¹⁵, en adelante el Tribunal *a quo*, denegó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

Las razones en las que el Tribunal se fundó para adoptar tal decisión, se concretan en los siguientes términos:

¹³ Según auto de 24 de enero de 2013 (folio 136-137), se tuvieron como pruebas los documentos aportados y se solicitó el envío de otros documentos. También se accedió a la recepción de prueba testimonial solicitada por la parte actora.

¹⁴ Por auto de 26 de abril de 2013 (folio 147) del expediente. Cuaderno 1 se ordenó correr el traslado para alegar, decisión que fue objeto de reposición. Por auto de 14 de agosto de 2013 se repuso y se **reprogramó** la fecha para recibir el testimonio. Recibida la declaración se corrió traslado para alegar, según providencia del 11 de septiembre de 2013. En esta oportunidad la sociedad actora presentó su escrito de alegaciones (folios 169-205) en el que pidió acceder a las pretensiones solicitada. Por su parte la entidad accionada (folios 206-258) presentó sus alegaciones finales en las que reiteró sus argumentos de defensa.

¹⁵ Este expediente se remitió por el Magistrado conductor a la Subsección "C", de Descongestión, quien surtió el proceso desde el auto de 23 de abril de 2013 en el que continuó el trámite procesal pendiente en virtud de las medidas adoptadas por el Acuerdo PSAA11-9042 de 16 de diciembre de 2011. (folio 147-148 C. 1 del expediente)



En relación con la **falta de competencia por caducidad de la facultad sancionatoria**, aclaró que la caducidad de la potestad sancionatoria de la Administración ocurre cuando dentro del lapso de los tres años contados desde la ocurrencia del hecho que da origen a la sanción, siempre que el mismo sea determinable o del conocimiento de la administración, **no haya sido expedido y notificado el acto administrativo definitivo y resuelto los recursos**.

Bajo esta consideración, señaló que en tratándose de conductas de carácter continuado la caducidad empezará a contarse a partir de la fecha en que la misma haya cesado.

Que, en el caso bajo examen, los actos causantes de la sanción fueron plenamente identificados, determinándose que el último cruce de correos entre **ACEMI** y las EPS implicadas, fue el **5 de diciembre de 2008**; y que comoquiera que la Resolución 65116, que resolvió el recurso de reposición, quedó ejecutoriada el **2 de diciembre de 2011**, no operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración.

Sostuvo, en cuanto al **desconocimiento del Decreto 1663 de 1994**, que la Resolución de apertura de investigación núm. 10958 de 10 de marzo de 2009 expedida por la SIC, identificó y endilgó la

conducta reprochada respecto a que la información privada, en circunstancias normales del mercado, no debería estar disponible para consulta de los competidores. En este caso, por tratarse de servicios de cobertura de los que derivaba la diferenciación como estrategia de cada EPS y el costo de los servicios.

En ese sentido, señaló que la decisión se asumió con base en un informe motivado de 31 de marzo de 2011, en el cual el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia entrega sus conclusiones respecto de la investigación al Superintendente de Industria y Comercio.

A dicho informe se le dio curso conforme a lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el cual constituyó un elemento técnico formulado por funcionario competente para adelantar la inspección, vigilancia y control de las actividades desarrolladas por la asociación y las EPS miembros de ésta¹⁶.

Destacó que el Decreto 1663 de 1994, fundamento de la medida adoptada, en sus artículos 3º, 4º y 5º dispuso que la "*punición*" se hace procedente cuando los acuerdos, convenios o prácticas

¹⁶ El fallo sostuvo que el análisis de la pruebas tiene clara sustentación, técnica, jurídica y fáctica que se constató en la resolución 46111 de 2011, que delimitó en a partir del examen de los folios 1 a 42 del cuaderno de antecedentes, concluyendo que cuentan con clara sustentación, técnica, jurídica y fáctica, refiriéndose específicamente al: i) correo electrónico de 5 de marzo de 2007, ii) correo de 21 de julio de 2007, iii) nota técnica propuesta por ACEMI al Ministerio de la Protección Social el 19 de diciembre de 2007 y iv) Actas Nos.1,3,4,6 y 7 de 2007.



concertadas tengan por **"objeto o por efecto"** acciones contrarias a la libre competencia, de manera que no es obligatorio que concurren los dos elementos, en tanto es suficiente con la configuración de uno de ellos.

Examinadas las pruebas, concluyó que no se probó que el propósito del gremio era formular una propuesta regulatoria al Gobierno. Al contrario, se acreditó que era determinar a través de acuerdos la fijación indirecta o directa de precios y el manejo de la información, afectando al consumidor, la eficacia económica y el mercado en general, por lo que se incurrió en una definición indirecta del valor de la UPC y se restringió la oferta del servicio al determinar los procedimientos que debían ser incluidos o no, atribución que no le estaba asignada.

Manifestó, en relación con **el presunto desconocimiento de los principios de inocencia, in dubio pro reo y de la función administrativa**, que en disco compacto, visible a folio 69 cuaderno principal, se encuentran digitalizadas las 49 carpetas contentivas de aproximadamente 11.275 folios de la actuación administrativa con Radicado núm. 09021413 de la Delegatura de Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, la que culminó con los actos administrativos demandados, de las cuales

destacó el procedimiento relevante y las conclusiones a las que arribó la entidad accionada.

Del análisis de todo lo anterior, concluyó que la SIC desplegó las actuaciones y competencias que le están atribuidas, sin perjuicio de la oportunidad con la que cuenta la actora para rendir descargos, adjuntar y solicitar pruebas, controvertir las allegadas, presentar observaciones que fueron evaluadas en su integridad, bajo el principio de la sana crítica.

Respecto del vicio de nulidad de **falsa motivación de los actos administrativos demandados**, el fallo destacó que las conductas anticompetitivas quedaron evidenciadas en las resoluciones acusadas; y que no logró probarse el argumento de defensa frente a que las actuaciones desplegadas tuvieron como fin la construcción de una propuesta regulatoria ante el Gobierno Nacional con el fin de aclarar los contenidos del POS. Al contrario, se acreditó que: **i)** se llegó a acuerdos anticompetitivos, con efectos debidamente identificados, **ii)** se manejó información con carácter de reservada, **iii)** se suministró información inconsistente al Ministerio de la Protección Social. Por todo lo expuesto, dijo que no se configuró una falsa motivación en los actos administrativos.

En cuanto a la presunta **violación del debido proceso**, señaló que en sede judicial se recibió la prueba testimonial solicitada y se



escuchó en audiencia a la doctora Mónica Uribe Botero, la que procedió a transcribir, declaración de la que concluyó que conocía del tema por el cual se le citó por su vinculación al Ministerio de Protección y la representación del Ministerio de Hacienda en condición de Directora de Regulación Económica de Seguridad Social del Ministerio de Hacienda.

De su conocimiento, destacó la programación de reuniones de carácter técnico en las que participó **ACEMI**, y también de la importancia de la información y la condición vital de ésta para lograr la adopción de políticas, de allí que fuera necesario mantener su condición de *"realidad"* y no la de *"acuerdo o concertación previa"* de aquellos que debían reportarla.

Concluyó entonces que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos; y que la declaración lo que refuerza es que se estudiaron y analizaron las pruebas que se aportaron bajo el criterio de que la actividad del gremio tenía límites.

Finalmente, y en lo que respecta al **derecho constitucional de asociación**, adujo que en el informe motivado la Superintendencia abordó el tema en un acápite específico que signó como *"La Asociación como sujeto de las normas de derecho de la competencia"*, análisis en el que se concluyó que *"[...] independientemente de su forma o naturaleza jurídica, las*



asociaciones de profesionales y comerciantes están sujetas al régimen de la libre y leal competencia [...]”.

Este argumento lo encontró válido, pues el ejercicio del derecho invocado como conculcado debe realizarse con sujeción y prevalencia del bien común.

Por todo lo expuesto, denegó las pretensiones de la demanda.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

Mediante escrito¹⁷ presentado por el apoderado de la asociación demandante se interpuso recurso de apelación contra la sentencia que denegó las pretensiones de la demanda. Con tal propósito expuso cuatro reproches, en los siguientes términos:

4.1. La sentencia apelada dejó de reconocer la caducidad de la facultad sancionatoria sin razones válidas y en contra de las pruebas obrantes en el expediente.

Indicó que de manera equivocada el *a quo* concluyó que no se presentó la caducidad de la facultad sancionatoria, pues la supuesta conducta reprochada se extendió hasta el 5 de diciembre de 2008. Al respecto, reprochó que la decisión del *a quo* constituyó una repetición de los argumentos aludidos por la SIC.

¹⁷ Obra a los folios 316-351 del C. 1 del expediente.

Alegó que a folios 1365 a 1470 de los antecedentes administrativos, se aprecia el *"INFORME AL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD"* en el que, a su juicio, se explica que la información remitida el 5 de diciembre de 2008 se *"verifica a través de siete procesos"* y respecto de la cual las EPS *"nunca determinaron ni tenían la posibilidad de hacerlo"*.

Fundó también su oposición en el hecho de insistir que no existe asomo de un acto competitivo en los correos electrónicos de 5 de diciembre de 2008, motivo por el cual, frente a las conductas investigadas, sí acaeció la caducidad de la facultad sancionatoria.

4.2. Indebida valoración de los argumentos esgrimidos en torno a la violación de los artículos 3º, 4º y 5º (numerales 1, 8 y 10) del Decreto 1663 de 1994, y del principio de legalidad previsto en el artículo 29 Constitucional.

Indicó que el Tribunal no realizó un estudio detallado respecto del reproche de legalidad relacionado con la falta de demostración por parte de la SIC, para identificar que las conductas endilgadas tuvieran por "objeto" o como "efecto" alguno de los enunciados previstos en los artículos 3º, 4º y 5º, numerales 1, 8 y 10, del Decreto 1663 de 1994.

Alegó que el *a quo* omitió analizar que las conductas por las que se le sancionó como contrarias a la libre competencia y relativas

al intercambio de información, no son suficientes para su declaratoria ni en Colombia ni en otros países, sumado al hecho de que es necesario para el *"buen funcionamiento de la industria y puede ser favorables a la competencia"*.

Afirmó que no se demostró que **ACEMI** hubiera entregado información desagregada respecto de los precios o costos unitarios en que incurren las EPS para la prestación de los servicios, simplemente replicó los mismos esquemas que publica el Ministerio de la Protección Social sobre la información de costos del sector, es decir, la información que utilizó no tenía el carácter de reservada sino de pública.

Reprochó el examen que realizó el Tribunal frente a la valoración de la SIC que concluyó en que las EPS investigadas incurrieron en la conducta establecida en el numeral 8 del artículo 5º del Decreto 1663 de 1994¹⁸, cuando, a su juicio, es claro que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud no se encuentra prevista la posibilidad de que las EPS **compitan** por la cobertura del Plan Obligatorio de Salud.

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

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



Aseveró que, por la naturaleza de la gestión gremial, las entidades que lo conforman pueden llegar a materializar las necesidades de sus afiliados y presentar propuestas al Gobierno para resolver las dificultades o problemas del sector, lo que, insiste, quedó evidenciado en la declaración de la doctora Mónica Uribe.

En ese sentido, cuestionó la interpretación dada a los documentos gremiales. Señaló que el Tribunal se limitó a enumerar las comunicaciones cruzadas entre **ACEMI** y sus afiliadas y omitió valorarlas bajo la óptica de su plena finalidad, situación que constituye la violación del principio de presunción de inocencia.

Insistió en que la conducta del gremio no se adecuó a ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 5º del Decreto 1663 de 1994, y tampoco se explicó a cuál de esas se adecuaba la actuación de **ACEMI**.

Que la falta de valoración de todas las pruebas obrantes en el expediente, constituyó una omisión de la SIC para acreditar la presunta comisión de las conductas descritas en la modalidad "*por objeto*".

En ese sentido, reiteró que el Tribunal Administrativo:

1. No valoró las pruebas aducidas¹⁹ y apenas hizo una enunciación de las pruebas invocadas por la SIC para sancionar a **ACEMI**, sin valorar íntegramente las pruebas obrantes en el expediente. Tal omisión desatendió conferirle valor a los testimonios que evidencian, a su juicio, que no existió ninguna racionalidad económica detrás de los supuestos "*acuerdos*" que encontró la SIC, afirmando que las pruebas aportadas demuestran que el objeto de las conversaciones que se surtieron al interior de **ACEMI** no era orientado a restringir la competencia, sino a realizar las labores que son propias de un gremio, con lo cual se descarta el "*supuesto acuerdo para la fijación indirecta de precios*".

2. No analizó los argumentos respecto de la falsa motivación sobre los supuestos acuerdos orientados, presuntamente, a restringir servicios de salud, para afectar la transparencia de la información y en lo relativo al intercambio y flujo de información al interior de **ACEMI**, lo que conllevó de paso la omisión de los elementos probatorios que adujo para la explicación del cargo, y que enlistó de la siguiente manera:

- Resumen coberturas listas MPS 03082007.
- Flujograma para la interpretación de la cobertura de elementos POS en el correo electrónico con Asunto "*Acta y documentos posición ACEMI interpretación POS del 3 de agosto de 2007*".

¹⁹ Se refirió a la violación del artículo 29 de la Constitución Política, así como de los artículos 60, 83 y 209 de la Constitución Política, 35 de Código Contencioso Administrativo y 174, 175, 187, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil.

- Definiciones para la interpretación de la cobertura de los elementos POS y fragmento del Acta 006 del Comité Médico de ACEMI de agosto de 2007.

Al respecto, estableció que el cuadro que citó la SIC no es tenido en cuenta por el Tribunal y representa el resultado de las discusiones dadas por **ACEMI** para presentar ante el Gobierno una propuesta.

Agregó que el Tribunal omitió analizar la declaración del señor Juan Pablo Rueda, funcionario de la EPS Salud Total, obrante en los antecedentes administrativos y que transcribió²⁰.

Agregó que también se omitió tener en cuenta que, bajo la gravedad del juramento, la señora Mery Bolívar, Directora de la Gestión de la Demanda del Ministerio de la Protección Social, en declaración rendida dentro de la investigación administrativa, afirmó que la información para el cálculo de la UPC es pública.

Finalmente, y respecto de la valoración del flujograma, señaló que ese documento, lejos de constituir un acuerdo, contenía una propuesta al Ministerio de Protección Social, al Contralor General de

²⁰ Declaración señor Juan Pablo Rueda (...) "Despacho: ¿El ejercicio de interpretación de cobertura de ACEMI es parte del trabajo de los comités médicos al interior del gremio?

Sr. Rueda: Es una interpretación de ACEMI del artículo 12 del Mapipos...está tan mal redactado que se tiene que hacer una lectura del mismo... la función del comité no era interpretar, cada uno llegaba con su interpretación.

El comité nunca se reunía a interpretar... cada EPS tiene su interpretación.

Se definió una lista de propuestas de inclusión al Ministerio, a pesar de no haber homogeneidad en lo que las EPS de ACEMI hacían... yo no estuve en ningún comité en el que nos sentáramos a decir esto sí y esto no... No se definían políticas para que las EPS siguieran, sino para presentarle al Ministerio.

(...) entiendo que si queremos hacer una propuesta al Ministerio, lo hacemos como gremio y se refleja así la posición gremial... el interés es que lo que se presenta al Ministerio sea conocido por todos, pero no por ello se quiere decir que me tenga que ceñir a una cobertura... interpreto eso...

Despacho: ¿Lo hecho en ACEMI afectó su política de autorizaciones? Responde el Sr. Rueda: No.



la República y al Procurador General de la Nación para solucionar los conflictos que se suscitan con la interpretación del POS.

4.3. El Tribunal Administrativo no analizó los argumentos específicos sobre la violación al debido proceso, vulnerando los derechos fundamentales de ACEMI al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Señaló que en la sentencia apelada ninguno de los argumentos en que se fundamentaron los cargos de la demanda y que fueron reiterados en los alegatos se analizaron.

Insistió en que no se examinaron los planteamientos expuestos, lo que hizo nugatorios sus derechos de acción y de acceso a la justicia.

Afirmó que de haberse analizado las pruebas obrantes en el expediente, a la luz de los cargos formulados, y también la declaración de la doctora Mónica Uribe Botero, en su calidad de Directora de Regulación Económica de Seguridad Social del Ministerio de Hacienda, a su juicio, la decisión hubiera sido notoriamente diferente.

4.4. En la sentencia de primera instancia no se valoró la violación al derecho fundamental de asociación.

Cuestionó que el fallo apelado no se pronunció sobre el cargo en mención y tampoco examinó el concepto sobre las denominadas zonas grises de las que habló la doctora Uribe.



Que el Tribunal avaló sin fundamento jurídico y en contravención del derecho de rango constitucional, que lo endilgado se considerara anticompetitivo, sin identificar que la organización gremial como sus miembros en realidad y de manera probada unificaron sus propuestas, con el objetivo de presentar ante el Estado opciones de regulación o simplemente comentarios frente a temas que son de suma importancia para las actividades que desarrollan.

Concluyó que todas las actuaciones desplegadas son propias de una asociación de empresas y se encuentran amparadas por el derecho fundamental previsto en el artículo 38 de la Constitución, hecho que no verificó el *a quo*.

V.- TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Concedida la apelación de la sentencia por el *a quo*, por auto de 28 de marzo de 2014 se admitió por esta Corporación el recurso de alzada²¹. Con posterioridad, se ordenó correr traslado para alegar²². En la oportunidad concedida, acudieron tanto la asociación apelante²³, que reiteró los argumentos de la apelación, como la entidad demandada, que se opuso a la prosperidad del recurso²⁴. El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

²¹ Folio 4 del C. 2 del expediente.

²² Auto del 1 de diciembre de 2014. (fl. 7 del C.2 del expediente.)

²³ Folios 8 - 19 del C.2 del expediente.

²⁴ Folios 20 - 46 del C.2 del expediente.



VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER

De acuerdo con los planteamientos del recurso de apelación, la Sala establece que los problemas por resolver en esta instancia se concretan en dar respuesta a los siguientes interrogantes:

6.1.1. ¿Operó o no la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de la competencia que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerció al expedir los actos administrativos acusados?

6.1.2. ¿La sanción de que fue objeto la asociación demandante, se impuso sin estar probadas las conductas endilgadas?

6.1.3. ¿El Tribunal valoró de manera incorrecta el testimonio rendido en sede judicial por la doctora Mónica Uribe para sancionar a la apelante?

6.1.4. ¿Los actos administrativos que sancionaron a **ACEMI** están viciados de nulidad por falsa motivación?

6.1.5. ¿Los actos administrativos que sancionaron a **ACEMI** desconocieron el derecho de asociación?



Para resolver los anteriores interrogantes, es necesario acudir a la normativa que otorga las competencias en esta materia y aquellas que regulan el trámite sancionatorio para establecer si a la apelante le asiste razón frente a los planteamientos que esgrimió en el recurso, previa revisión del material probatorio que obra en el proceso.

6.2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Comoquiera que los reproches en que se fundó el recurso de apelación se basan, en particular, en la incompetencia de la SIC para sancionar a la apelante debido a que desconoce que las conductas reprochadas sean constitutivas de la infracción endilgada e ignorar su carácter sistemático, la Sala considera necesario identificar su desarrollo para establecer en qué condiciones se adelantó la investigación y cuáles fueron las conductas sancionadas.

En lo relevante de la actuación adelantada por la SIC la Sala destaca las siguientes etapas, específicamente en lo que corresponde a la participación de la actora, las cuales están organizadas de manera cronológica y consultadas en el expediente digital aportado a este proceso²⁵:

²⁵ El expediente se remitió en 4 sobres los CD de que trata el oficio de 2012-12-17 visible a los folios 64-65 del C.1 del expediente.

- Memorando del Superintendente Delegado para la Competencia de fecha 03-03-2009, por medio del cual solicitó al Jefe de Grupo Promoción de la Competencia adelantar las investigaciones preliminares contra **ACEMI** y varias EPS por presuntas prácticas comerciales restrictivas²⁶, con ocasión de las menciones que se hicieron en estudios adelantados por la Defensoría del Pueblo²⁷ y la Contraloría General de la República²⁸.
- El 7 de enero de 2009 se adelantó visita administrativa a las instalaciones de **ACEMI**, en la que se incorporaron algunos documentos necesarios para la investigación, según el acta que se levantó como constancia de lo sucedido²⁹.

²⁶ Folio 2 del archivo digital denominado Cuadernillo 1 público. Obra en CD radicado al folio 69 del C.1 del expediente.

²⁷ LA TUTELA Y EL DERECHO A LA SALUD 2003-2005. ACTUALIZACIÓN 80-147 del archivo digital denominado Cuadernillo 1 público.

²⁸ Informe de Auditoria Gubernamental con enfoque integral. folios 3-79 del archivo digital denominado Cuadernillo 1 público.

²⁹ Se copiaron en una memoria USB del computador de la doctora **ANA CECILIA SANTOS, en su calidad de vicepresidente jurídico documentos contenidos en 16,3 megas:**

1. Certificado de Existencia y Representación Legal

2. Estatutos de ACEMI (22 folios)

3. Se copiaron en una memoria USB del computador de la doctora SANDRA CAMACHO, en su calidad de vicepresidente jurídico documentos contenidos en 25 megas .

4. Copia de las peticiones que realiza ACEMI a CNSSS frente a actualizaciones, inclusiones y exclusiones del POS y fijación de las UPC hechas en el período comprendido entre el año 2006 al 21 de julio de 2008 (268 folios). La presente información obra en un derecho de petición presentado a los miembros del CNSSS, del 21 de julio de 2008.

5. Actas de junta directiva para el periodo comprendido entre el año 2006 a la fecha. 59 folios

6. Actas de asamblea de ACEMI, debidamente suscritas por sus miembros desde el año 2006 hasta la fecha. 38 folios

7. copia de correspondencia enviada y recibida. 143 folios.

8. Copia de base de datos POBLACION 2007 recaudada en la inspección del computador personal de la doctora SANDRA CAMACHO. 1.098 K y borrador de Proyecto articulado POS. 3.753 K.

9. Copia del documento "Nota Técnica UPC Necesaria en 2009". (44 Folios)

A solicitud de ACEMI, el despacho decide otorgar plazo hasta el 23 de enero de 2008, para que el requerido haga llegar a la Superintendencia de Industria y Comercio la información que a continuación se relaciona: [...].

El acta se puede revisar en el archivo digital denominado Cuadernillo 2 público, folio 63 a 67.



- Citación del 03-09-2009 para que la Asociación demandante³⁰ acudiera a notificarse del contenido de la Resolución núm. 10958³¹, *"Por la cual se ordenó la apertura de una investigación"*³² contra ella y varias empresas promotoras del servicio de salud - EPS.
- Los cargos formulados en la mencionada resolución³³ identificaron la presunta ocurrencia de tres conductas calificadas como contrarias a la libre competencia que, por su reproche y la prueba registrada, se sustentaron así:

Cargo	Prueba		
1. Elementos que facilitan la realización de conductas consideradas anticompetitivas.	<p>La SIC identificó a través del cruce de correos entre ACEMI y las EPS, la conducta relativa a solicitar información a sus agremiadas relativas con los costos del servicio, frecuencia del suministro, tanto en POS como NO POS, relaciones del costo de tales servicios, propuestas de variación de la UPC. De igual manera, encontró que las EPS remitieron la información que les fue pedida y luego de recopilada se circuló entre los asociados, lo que permite información detallada de sus competidores directos sobre la información de los costos mínimos, medios, máximos y per cápita de cada procedimiento, actividad, insumo y medicamento, con identificación de los números de casos y su frecuencia y también "desagregada a nivel de competidor"³⁴</p> <p>Tales correos son:</p> <table><tr><th>Fecha</th><th>Asunto</th></tr></table>	Fecha	Asunto
Fecha	Asunto		

³⁰ También se vincularon al proceso las siguiente EPS: COLMEDICA, COOMEVA, FAMISANAR CAFAM-COLSUBSIDIO, SALUD TOTAL, EPS SOS S.A., SUSALUD, SALUDCOOP, CRUZ BLANCA, CAFESALUD, SANITAS, ECOOPSOS, COMPENSAR, COMFENALCO- ANTIOQUIA, COOMFENALCO – VALLE Y HUMANA VIVIR. También se vinculó al representante legal de ACEMI.

³¹ Folio 10 del archivo digital denominado Cuadernillo 3 público.

³² El texto de la resolución de apertura de la investigación obra a los folios 123-150 del Cuadernillo 4 del archivo digital.

³³ La que además se notificó por Edicto fijado desde el 18 de marzo al 1º de abril de 2009 (fls. 27-28 Cuadernillo 3)

³⁴ Así lo califica el acto de formulación de cargos.



Cargo	Prueba	
	01 de agosto de 2007	Enviar el listado de procedimientos y actividades, medicamentos o insumos NO POS que por efecto de frecuente uso, costo e impacto en la UPC pueden ser susceptibles de ser incluidos en el POS
	25 de mayo de 2007	Enviar los formularios remitidos por ACEMI en relación con: i) costos para cada procedimiento NO POS con el fin de proponer topes de cobertura, ii) determinar la frecuencia con la cual la EPS está suministrando un dispositivo NO POS, iii) la frecuencia con la cual la EPS suministra un dispositivo NO POS para cada uno de los procedimientos, iv) calcular el impacto de la UPC que tiene la inclusión de los elementos y diferentes escenarios de topes económicos.
	25 de junio de 2007	Se definió la manera en cómo debían reportarse atenciones NO POS con el diligenciamiento del valor total de la actividad, insumo o medicamento.
	28 de junio de 2007	Costeo de elementos NO POS para procedimientos POS. Se constata que la EPS tenía información del costo mínimo y máximo y percapita de cada procedimiento, actividad, insumo y medicamento e incluso del número de casos y la frecuencia con el que es suministrado el servicio.
	5 de marzo de 2007	Circular 20070073, respecto de la solicitud de información sobre cuántos pacientes recibieron trasplantes o retrasplantes en servicios POS y NO POS, incluyendo el valor del costo anual de tratamiento.
	20 de noviembre de 2007	Aclaración de la información UPC. En esta tabla se encontró compendiada información privada que <i>"en circunstancias normales de mercado no deberían estar disponible para la consulta de los competidores"</i> .
2. Consenso respecto a la autorización o negación de servicios de salud.	En este cargo, lo que se evidencia como reproche son los aparentes consensos logrados por las EPS sobre la no cobertura de diversos servicios de salud. Para explicarlo relacionó las siguientes pruebas:	
	Fecha	Asunto
	27 de agosto de 2007	Es el Acta núm. 006 del Comité médico de ACEMI se presenta que de un listado de 112 procedimientos se aprobó por el Comité que 48 de ellas no fueran cubiertas, y se pidió realizar una reunión con respecto a las



Cargo	Prueba							
		concertadas con el fin de que cada EPS <i>"examine a su interior el impacto económico en términos de recobros y el impacto de la UPC a futuro con la implementación de este acuerdo"</i> .						
	30 de mayo de 2007	Lo constituye el correo electrónico que remitió ACEMI a sus EPS miembros con el asunto <i>"Compromiso costeo insumos y depósitos médicos procedimientos POS"</i> y su archivo adjunto <i>"Consolidado lista insumos 04042006"</i> . En esta comunicación se manifiesta que la propuesta de definiciones para aclarar el artículo 12, es <i>"fruto del trabajo de la EPS y al cual se llegó por el consenso"</i> .						
3. Acuerdo para la fijación indirecta de precios y la limitación de la transparencia en la información.	<p>La SIC estableció que de la información encontrada relativa a la posible infracción de las normas de competencia se deriva un presunto acuerdo que limitó la transparencia en la información que suministran las EPS a los entes reguladores, en razón a que este acuerdo tendría por objeto la fijación indirecta de precios en el servicio de aseguramiento en salud.</p> <table><tr><th>Fecha</th><th>Asunto</th></tr><tr><td>01 de agosto de 2007</td><td>Correo electrónico en el cual se evidencia la siguiente postura <i>"la posición oficial del gremio sea unificada y entendida por cada una de las EPS, para que la sostenga en el ámbito de las reuniones con externo y para que al interior de su EPS analicen las implicaciones económicas y legales que dicha posición en el tema de los recobros y en la política de autorizaciones"</i></td></tr><tr><td>07 de diciembre de 2007</td><td>En el correo de tal fecha se identificó el tema de UPC y los conceptos de suficiencia, entendido como la correspondencia que debe existir entre los planes de beneficios (POS y POSS) que deben responder a las necesidades de salud de la población y el perfil epidemiológico. Que la UPC representa ese valor a reconocer para garantizar la prestación de los servicios de salud contenidos en los planes de beneficios.</td></tr></table>		Fecha	Asunto	01 de agosto de 2007	Correo electrónico en el cual se evidencia la siguiente postura <i>"la posición oficial del gremio sea unificada y entendida por cada una de las EPS, para que la sostenga en el ámbito de las reuniones con externo y para que al interior de su EPS analicen las implicaciones económicas y legales que dicha posición en el tema de los recobros y en la política de autorizaciones"</i>	07 de diciembre de 2007	En el correo de tal fecha se identificó el tema de UPC y los conceptos de suficiencia, entendido como la correspondencia que debe existir entre los planes de beneficios (POS y POSS) que deben responder a las necesidades de salud de la población y el perfil epidemiológico. Que la UPC representa ese valor a reconocer para garantizar la prestación de los servicios de salud contenidos en los planes de beneficios.
Fecha	Asunto							
01 de agosto de 2007	Correo electrónico en el cual se evidencia la siguiente postura <i>"la posición oficial del gremio sea unificada y entendida por cada una de las EPS, para que la sostenga en el ámbito de las reuniones con externo y para que al interior de su EPS analicen las implicaciones económicas y legales que dicha posición en el tema de los recobros y en la política de autorizaciones"</i>							
07 de diciembre de 2007	En el correo de tal fecha se identificó el tema de UPC y los conceptos de suficiencia, entendido como la correspondencia que debe existir entre los planes de beneficios (POS y POSS) que deben responder a las necesidades de salud de la población y el perfil epidemiológico. Que la UPC representa ese valor a reconocer para garantizar la prestación de los servicios de salud contenidos en los planes de beneficios.							



Cargo	Prueba	
	26 de octubre de 2007	Del Acta del Comité Técnico de ACEMI se aprecia que se compartió información y se les recomienda a las EPS tener un punto de referencia frente a los valores presentados por algunas EPS (identificadas como la 001, 002, 008, 010, 017 y 018) en razón a que son las que más alta cobertura han presentado en la base de datos, esto es, mayor gasto médico que propenda por el incremento de la UPC.

- Respuesta dada por la **ACEMI** al auto de formulación de cargos en su contra³⁵. Solicitó a título de pruebas varias declaraciones, entre la cual se destaca la de:

*"[...] **Mónica Uribe Botero**, Directora General de Regulación Económica de Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien podrá ser citada en la Carrera 8 No. 6-64 de la ciudad de Bogotá D.C., para que declare sobre los hechos a que se refiere la Resolución No. 10958 de 2009, y **en especial sobre las solicitudes de información que anualmente le presenta el Ministerio a Acemi, y sobre la posición de dicha entidad sobre el alcance del POS, tarificación y que se pronuncie sobre todos y cada uno de los puntos de la Resolución mencionada**, en cuanto haya tenido que ver con las funciones que desempeña en el Ministerio de Hacienda [...]"*

- Documento denominado "SOLICITUD INFORMACIÓN A ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD PARA EL ESTUDIO DE SUFICIENCIA PLAN OBLIGATORIO DE SALUD – UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN 2007 Y DE LOS ACTUALES MECANISMOS DE AJUSTE DEL RIESGO DETERMINANTES DEL GASTO DE LA UNIDAD

³⁵ Folios 240-246 del Cuadernillo 8 y folios 1-30 del Cuadernillo 9 del archivo digital.

*DE PAGO POR CAPITACIÓN*³⁶, de la Dirección General de Gestión de la Demanda en Salud, del Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto se delimitó así:

"[...] Con el propósito de formular las propuestas técnicas al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) sobre ajuste a los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivos y Subsidiado (POS-C y POS-S) y sus respectivas Unidades de Pago por Capacitación (UPC-C y UPC-S) para la vigencia 2009, el Ministerio de la Protección Social continuará realizando el estudio de la suficiencia de la UPC con base en información recopilada en todas las Empresas Promotoras de Salud (EPS) de los dos regímenes.

Por lo anterior, es fundamental la colaboración interesada de las EPS para que suministren la mejor información, con el fin de establecer las primas pagadas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) son suficientes para brindar con calidad y eficiencia los planes de beneficios a los afiliados y dar respuesta a sus necesidades y demandas de servicios de salud; y realizar los estudios que van a soportar la decisión del Consejo en relación con el incremento de las UPC, la modificación de los actuales mecanismos de ajuste del riesgo o actualización a los contenidos de los planes de beneficio [...]". (Negrillas fuera de texto).

- Resolución núm. 20229 de 28 de abril de 2009³⁷, *"Por la cual se corre nuevo traslado de la apertura de una investigación"* contra las empresas promotoras del servicio de salud – EPS y **ACEMI**, en su calidad de investigadas, permitiéndoles modificarlos, adicionarlos e incluso solicitar nuevas pruebas.

³⁶ Folios 52-71 del cuadernillo 9 del expediente digital.

³⁷ Folio 18 del archivo digital denominado Cuadernillo 11 publico.

- Resolución 42931 de 27 de agosto de 2009, *"Por la cual se resuelve una solicitud de nulidad y otra"*³⁸, entre ellas la formulada por **ACEMI** por intermedio de apoderado³⁹, la cual se declaró infundada.
- Resolución 69842 de 2009, *"Por la cual se decreta la práctica de pruebas dentro de una investigación"*⁴⁰, según las solicitudes de documentales, testimonios y dictámenes requeridos por las EPS vinculadas y **ACEMI**⁴¹. En lo que respecta al testimonio de la Directora General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, MONICA URIBE BOTERO, se accedió a su práctica para que informara sobre *"las solicitudes de información que anualmente le presenta el Ministerio a Acemi, y sobre la posición de dicha entidad sobre el alcance del POS, tarifación [...]"*.
- Contra esa Resolución se interpuso recurso de reposición por parte del apoderado de **ACEMI**⁴². Específicamente, en cuanto al objeto del testimonio de Mónica Uribe Botero, pidió *"[...] Lo anterior restringe injustificadamente el alcance del testimonio decretado, por lo cual se*

³⁸ Folio 18 del archivo digital denominado Cuadernillo 11 publico.

³⁹ En el acto se lee que el reclamo de la demandante lo constituyó *"[...] Mediante comunicación radicada con el número 09021413-00111, el apoderado especial de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral - ACEMI y de Juan Manuel Díaz-Granados, solicitó a esta Superintendencia "expedir y notificar personalmente un acto administrativo donde se consignen los cargos formulados a mis representados y se aluda y se permita fa consulta del nuevo expediente formado por fa SIC", lo anterior, [...] con el fin de corregir vicios que puedan implicar fa nulidad de la actuación y la violación del debido proceso", y sustentó su solicitud indicando que: "(e)/ artículo 52 del decreto 2153 de 1992 dispone que el acto administrativo que abre una investigación y otorga al investigado la posibilidad de solicitar o aportar las pruebas que pretenda hacer valer '[. ..] se notificará personalmente al investigado [...]'". La notificación debe surtir se siguiendo lo señalado dispuesto (sic) en los artículos 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, lo cual, reitero, hasta fa fecha no ha ocurrido [...]"*

⁴⁰ Por Resolución 45356 de 27 de agosto de 2010 Se rechazó recurso de reposición interpuesto por el apoderado de Sanitas y Milciades Castillo Escobar. Folios 4 a 6 del Cuadernillo Público N° 35.

⁴¹ Según los folios 148-193 del Cuadernillo 12 del archivo digital.

⁴² Folios 116-149 Cuaderno Público N° 14.



solicita a la SIC que revoque el literal c) del numeral 2.1.5 del artículo segundo de la resolución recurrida, y en su lugar decrete la prueba testimonial en los términos en que fue solicitada en los escritos presentados por el suscrito el 24 de abril de 2009 [...]”.

- Resolución 45470 de 27 de agosto de 2009, *“Por la cual se rechazan unos recursos y solicitudes de revocatoria”*⁴³, por improcedentes.
- Mediante memorial de 25 de febrero de 2010⁴⁴, **ACEMI** solicitó a la SIC que resolviera el recurso de reposición para que atendiera los requerimientos hechos, pues, de conformidad con el artículo 55 del CCA, el auto de pruebas se encontraba en suspenso por falta de firmeza.
- Resolución 12312 de 26 de febrero de 2010, *“Por la cual se modifica un auto de pruebas”*⁴⁵.
- Resolución 16948 de 25 de marzo de 2010, *“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*⁴⁶. La SIC confirmó la Resolución 69842 de 31 de diciembre de 2009, excepto lo dispuesto en el numeral 4.14, conforme con lo expuesto en la parte motiva.

⁴³ Folio 71-78 del archivo digital denominado Cuadernillo Público N° 35.

⁴⁴ Folios 144-145 Cuadernillo Público N° 17.

⁴⁵ Folios 142-152 Cuadernillo Público N° 18. Relativa al envío de cuestionarios para el Ministro de Protección Social y la modificación de la fecha de citación para la declaración de los testigos.

⁴⁶ Folios 181-204 Cuadernillo Público N° 37.

- Resolución 68661 de 13 de diciembre de 2010⁴⁷, *"Por la cual se limita la práctica de una prueba"*, referida específicamente respecto del testimonio de la doctora Mónica Uribe Botero⁴⁸.
- Informe motivado rendido por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia al Superintendente de Industria y Comercio, en el que se concluyó:

"[...] 4.3 Conclusiones frente al mercado afectado:

- La industria de la salud en Colombia es una industria, en su mayoría, regulada.*
- El SGSSS está compuesto por dos tipos de sistemas de aseguramiento en salud, el RG y el RS, para cada uno de los cuales existe un plan de beneficios, el POS-G y el POS-S.*
- El POS-G y el POS-S, son determinados por la GRES, se constituyen como planes de beneficios básicos de servicios de salud cuya prestación debe ser garantizada por las EPS-C y las EPS-S, según el caso, a los usuarios del servicio de aseguramiento en salud, ya sean estos afiliados al RG o al RS, respectivamente.*
- El mercado de aseguramiento en salud del RG, se caracteriza por que los usuarios pagan una prima de aseguramiento (UPC-C) a las EPS-G, para acceder a un plan de beneficios, el POS-G. Tanto el POS-G como la UPC-G **son definidos por el ente regulador por cuanto el mercado es de competencia regulada.***
- La oferta de aseguramiento en salud del POS-C se encuentra a cargo de las EPS-G quienes prestan los servicios de aseguramiento en salud a través de las IPS.*
- La demanda de aseguramiento en salud del POS-C, está conformada por los afiliados al RG, quienes son tomadores del seguro ofrecido por las EPS-G a través del pago de una prima de aseguramiento, UPC-G, y pueden a su vez tener a su cargo*

⁴⁷ Folios 119-121 Cuadernillo Público N° 18.

⁴⁸ "En la Resolución No. 69842 del 31 de diciembre de 2009, a numeral 2.1.5. se decretó como prueba solicitada en común por varias de las investigadas, el testimonio que debía rendir la señora **MÓNICA URIBE BOTERO**, Directora General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El objeto de dicho testimonio estaba referido, entre otros, a ilustrar sobre las características y funcionamiento del SGSSS, sobre los alcances y contenidos del POS prestación respecto de los al valor servicios, y suficiencia procedimientos de la y UPC para medicamentos cubrir que costos y gastos derivados de la prestación del servicio de los procedimientos y medicamentos que lo integran.

[...] No obstante haberse enviado la citación a la dirección del Ministerio de Hacienda, la doctora Uribe no concurrió a la fecha y hora señalada.

[...] Que sobre los hechos objeto del testimonio a rendir por parte de la señora MÓNICA URIBE BOTERO, se cuenta con suficiente ilustración con base en las demás pruebas practicadas en la presente investigación. Por las razones expuestas, resulta procedente limitar la de recepción del testimonio [...]"

beneficiarios de los servicios de salud, sin que éstos sean como tal tomadores del seguro.

vii) Las prestaciones mínimas del POS-C las determina la GRES, sin embargo, **la regulación permite que las EPS compitan en calidad, alcance geográfico, facilidad y oportunidad y, sobre todo, cobertura del seguro.**

Respecto de esta última, el POS-G define unos mínimos de cobertura y calidad que no impiden a las EPS-G cubrir más.

viii) Los determinantes de la UPC-C son los costos, gastos y frecuencias de uso del servicio de salud por cada afiliado a la EPS-G, **entre otros, que son reportados por éstas al ente regulador encargado de definir su suficiencia y cálculo.**

ix) Dichos determinantes pueden ser manipulados por las EPS-G, dado que la información que reportan al ente regulador no es totalmente susceptible de verificación, por parte de las autoridades del sistema, debido a la existencia de fallas propias de este mercado que generan altas asimetrías en la información.

x) Del mismo modo, los ingresos por recobros de las EPS-C pueden verse incrementados en virtud de la negación de servicios de salud, incluidos o no en el POS-C, en razón al desarrollo jurisprudencial efectuado por la Corte Constitucional y la regulación en la materia.

"[...]

7.1. ACUERDO PARA NEGAR LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD

[...] En el presente caso, **las conductas anticompetitivas desplegadas por ACEMI y las EPS agremiadas,** consistentes en acordar la no prestación de servicios de salud incluidos en el POS ha sido probada por esta Delegatura desde el punto de vista del objeto previsto en la norma. Tal como se examinó, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 **prohíbe y sanciona por igual las conductas que ponen restricción esa la libre competencia por objeto o como efecto. Para esta Entidad el objeto debe ser entendido como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado anticompetitivo se produzca.** Tal como se ve, la norma encuentra que dichos acuerdos representan un cierto tipo de peligro que revelan un marcado interés preventivo, por lo que su operancia tiende a evitar justamente un menoscabo al mercado, siendo así como se proscribe el objeto de la conducta independientemente a si registró o no un resultado distorsivo, pues el simple acuerdo de voluntades con el objeto descrito en la norma, ya da lugar a su tipificación.

[...] En virtud de lo expuesto, esta Delegatura encuentra que el ordenamiento jurídico Colombiano de protección de la Competencia, **considera que un acuerdo es restrictivo de la competencia aún si la intención de las partes no está**

probada, y cuando la misma tiene tan sólo por objeto un acuerdo que llegare a resultar anti competitivo.

Ahora bien, se ha demostrado que **el acuerdo no solamente fue por su objeto anticompetitivo sino que el mismo produjo efectos al incrementar el número de recobros que provienen de la negación de servicios de salud, no obstante, en el desarrollo de la instrucción está Delegatura trató de ir más allá respecto de los efectos generados por la conducta investigada.** Así, pese a la existencia de los estudios que sirvieron de motivo para el inicio de la averiguación preliminar, la información en el expediente y los informes publicados posteriormente por la Defensoría del Pueblo y la Contraloría que muestran como existen un gran número de tutelas que pretenden garantizar el derecho a la salud mediante la consecución judicial de la prestación efectiva de los servicios, procedimientos o insumos incluidos en el POS, que hayan sido negados por las aseguradoras, **esta Delegatura considera que aún hace falta determinar en su totalidad el impacto económico del acuerdo en el mercado, referido a las tarifas y recobros de servicios que pertenecen al POS,** pues no solamente se presenta un daño al erario público proveniente de la negativa de prestaciones con el fin de incrementar los recobros, también se puede prever que se presentan implicaciones que trascienden la esfera de los recursos públicos, pues la EPS participantes en el acuerdo, al final, están violando derechos fundamentales, y el daño que se ha generado por dicha violación supera en gran medida, el daño fiscal.

[...] En conclusión, con fundamento en el material probatorio contenido en el expediente, y con fundamento en las consideraciones expuestas, se pudo establecer que las EPS-C violaron lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994 y ACEMI incurrió en la prohibición contenida en el artículo 4 del referido decreto. Conducta cuya realización tiene, como se expuso, fuertes implicaciones sociales y financieras que afectan el adecuado funcionamiento del SGSSS.

[...]

7.2. ACUERDO PARA OCULTAR O FALSEAR LA INFORMACIÓN E IMPEDIR LA DEBIDA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE SERVICIOS DE SALUD

[...]

Estas fallas se explican en la medida en que los agentes que participan como oferentes en el mercado de aseguramiento en salud cuentan con mayor información que los usuarios y los reguladores. A pesar de que la información de que disponen las empresas reguladas no es del todo perfecta, si supera a la que tiene acceso el regulador, especialmente en todo lo relativo a los costos y el nivel de esfuerzo, medido, en este caso, por el

tipo de tratamiento y/o servicio brindado a sus afiliados. En este sentido, el agente (EPS-C) posee, o puede adquirir, mejor información que el Estado sobre: los costos del servicio, la tecnología empleada, la demanda, las necesidades de inversión y cualquier otro parámetro de la empresa o el contexto donde ésta opera, y puede usar dicha información estratégicamente, ya que el regulador depende de una u otra forma de la empresa regulada para obtener la información que necesita para el desempeño de sus funciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, las empresas reguladas tienen incentivos para extraer rentas de su ventaja informativa, distorsionando el diseño de estructuras y sistemas de regulación, haciendo que el problema de asimetría, radique principalmente en que muchas de las variables que conforman el conjunto de información que deben reportar las EPS-C a sus reguladores no son fácilmente observables (o verificables). Esto implica que una EPS-C pueda presentarse ante el Estado con información de castros, frecuencias y gastos, entre otros, que no corresponden a la realidad de su actividad, con el fin de obtener una respuesta de los entes reguladores que le proporcione mayores beneficios.

En ese sentido, la transparencia en el mercado de aseguramiento en salud, en particular aquella que se deriva de la remisión de información a los entes reguladores, depende de que la misma sea suministrada por los agentes que participan de dicho mercado, en este caso las EPS-C y ACEMI, en forma precisa, de alta calidad y que corresponda a la realidad de su actividad. Lo anterior, con el fin de que las autoridades del SGSSS cumplan con los usos y objetivos a partir del estudio de dicha información, tales como la determinación de variables como el precio del aseguramiento y el plan de beneficios en salud, permitiendo así un correcto funcionamiento de este mercado.

Este deber en cabeza de las EPS-C y ACEMI, cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que la estructura y funcionamiento del mercado de aseguramiento en salud, presenta fallas en la regulación originadas en las asimetrías de información entre las empresas reguladas (EPS) y el regulador (CRES).

*En este orden de ideas, aunque se concibe la regulación del Estado para alivianar este tipo de fallas, éstas no han sido suficientes para contrarrestar las falencias generadas **a causa de la información compartida y consensuada entre las EPS, las cuales, conforme se mostrará en los siguientes apartes, han sido auspiciadas por ACEMI.** [...]"*

[...] Esta Delegatura considera que las instrucciones impartidas por ACEMI a sus afiliados en relación con la forma en la que debe presentarse la información es considerado como violatorio

de las normas de libre competencia, por cuanto los competidores no deben conocer la información de sus competidores, tal como se señaló atrás, este es un tipo de colaboración indebida que falsea el juego de la libre competencia. De la misma manera, la información reportada tampoco debe estar sujeta a cambios, consensos y posterior retroalimentación, con el fin de manipularla, modificarla y compartirla con el fin o propósito de influenciar de manera indirecta el precio del aseguramiento en salud (cálculo de la UPC y recobros ante el FOSYGA) y la determinación del plan de beneficios por parte del ente regulador, impidiendo así la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud [...]

Por consiguiente, se reitera por esta Delegatura que las EPS agremiadas en ACEMI y con la colaboración y dirección de ésta última, llevaron a cabo un acuerdo con el propósito de ocultar y falsear la información suministrada a los entes reguladores, situación que impide la debida transparencia en el mercado del aseguramiento en salud. En conclusión, con fundamento en el material probatorio contenido en el expediente, y con fundamento en las consideraciones expuestas, se pudo establecer que las EPS-C violaron lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994 y ACEMI incurrió en la prohibición contenida en el artículo 4 del referido decreto.

7.3. ACUERDO PARA LA FIJACIÓN INDIRECTA DEL PRECIO DEL ASEGURAMIENTO

[...]

- Es cierto que las EPS no son competentes para fijar el valor de la UPC, por cuanto esta función se encuentra en cabeza de la CRES, sin embargo, los estudios técnicos desarrollados por el MPS, el Ministerio de Hacienda y la CRES, con el propósito de calcular la suficiencia POS/UPC tienen como fuente primaria la información remitida por las EPS-C agremiadas en ACEMI, la cual ha sido revisada y ajustada como consecuencia del consenso fijando así indirectamente el valor de la UPC.*
- El objeto de la presente investigación no consistía en verificar si los servicios recobrados eran efectivamente prestados a los usuarios, lo que esta Delegatura investigó y encontró como reprochable es el acuerdo anticompetitivo fungido entre las EPS-C agremiadas en ACEMI, relacionado con la fijación indirecta del precio del aseguramiento en salud, aunado a los dos acuerdos anticompetitivos relacionados en el presente informe, de los cuales se desprende que las EPS fijaron de manera unánime y unificada su proceder al negar servicios incluidos en el POS, obteniendo así ingresos adicionales vía recobros ante el FOSYGA, valor que forma parte integral del precio del aseguramiento en salud.*

"[...] teniendo en cuenta la gravedad de la conducta efectuada por parte de las EPS es pertinente recalcar que la responsabilidad que recae sobre ACEMI, en su calidad de agremiación y de conducto para efectuar dicho acuerdo, es igual o más vinculante que la imputada a los miembros de la mencionada agremiación, en este orden de ideas, la sanción recomendada para ACEMI, es la misma que la de las EPS agremiadas a esta [...]"⁴⁹ (Negrillas fuera de texto).

- El apoderado de **ACEMI**⁵⁰ formuló observaciones al informe presentado por el Superintendente Delegado y se opuso a sus conclusiones⁵¹, por cuanto estimó que presentaba inconsistencias, las que enumeró en su escrito y que concretó en deficiencias probatorias y legales frente a los siguientes temas:

"[...]"

1. Un indebido entendimiento del mercado de salud, asumiendo que hay competencia **entre EPS en un espacio donde la regulación no la permite.**
2. Un desconocimiento abierto de la problemática y las reglas de funcionamiento de dicho mercado.
3. Un desconocimiento sobre la naturaleza de la información de las EPS a que se refieren las presuntas conductas anticompetitivas, la cual es pública y se encuentra disponible para cualquier persona, por lo cual su tratamiento no plantea problemas de competencia.
4. Un desconocimiento **de la forma en que se estructura las bases técnicas, actuariales y estadísticas de un seguro, como el POS.**
5. Un desconocimiento palmario sobre la naturaleza y la forma en que operan los recobros.
6. Desconocimiento de las funciones de las entidades públicas con atribuciones al interior del sistema de seguridad social en salud .
7. Numerosas vulneraciones al debido proceso: Falta de valoración de las pruebas, indebida interpretación de algunas de ellas, falta de resolución de recursos, afirmaciones, muchas de ellas temerarias, contrarias a las evidencias que obran en el proceso.
8. Ausencia absoluta de prueba de conductas anticompetitivas

⁴⁹ Folios 2 – 118 del Cuadernillo Público N° 38.

⁵⁰ Este escrito lo presenta en forma conjunta el apoderado de la demandante, quien también representa a: "Juan Manuel Díaz-Granados, de la Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada Cafam Colsubsidio, de Juan Carlos Fernández Manotas, de la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. (antes Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Susalud Suramericana Medicina Prepagada), de la Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. SOS S.A., de Octavio de Jesús Ayala Moreno, de Aliansalud EPS S.A. (antes Colmédica Entidad Promotora de Salud S.A.), de Fernando Robledo Quijano, de Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A., de Piedad Cecilia Pineda Arbeláez, de la Entidad Cooperativa Solidaria de Salud Ecoopsos ESS EPS y de María Magdalena Flores Ramos (en adelante mis representadas)"

⁵¹ Folios 1-222 del Cuaderno Público N° 40.

9. *Imputación de responsabilidad a las personas investigadas sin ninguna valoración de su participación en las presuntas conductas anticompetitivas.*
10. *Desconocimiento de los límites temporal (caducidad) y material (conductas objeto de estudio) de la investigación.*
11. *Desconocimiento del alcance del derecho de asociación y de la interacción entre el sector privado y el gobierno [...]*”.

- Resolución núm. 46111 de 2011, “*Por la cual se imponen unas sanciones*”, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio. En esta decisión se declaró que la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral - **ACEMI**, infringió lo dispuesto en los artículos 3º⁵² y 4º del Decreto 1663 de 1994 y, en consecuencia, impuso en el “*ARTÍCULO QUINCUAGUESIMO OCTAVO*” una sanción pecuniaria en cuantía de \$1.071.200.000, equivalentes a 2000 SMLMV.⁵³
- Contra el anterior acto administrativo el apoderado de **ACEMI** interpuso recurso de reposición⁵⁴, el cual se resolvió mediante la Resolución núm. 65116⁵⁵ de 21 de noviembre, en el sentido de confirmar en su totalidad la Resolución 46111 de 30 de agosto de 2011, quedando ejecutoriada el 2 de diciembre de 2011.

⁵² Por esta infracción también se declaró responsables a: “[...] Colmédica Entidad Promotora de Salud S.A., COLMEDICA ahora ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., ALIANSALUD; Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A., COOMEVA; Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada Cafam Colsubsidio, en adelante FAMISANAR; Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S.A., SALUD TOTAL; Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A., SOS; Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Suramericana Medicina Prepagada, SUSALUD ahora EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., EPS SURA; Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo, SALUDCOOP; Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A., CRUZ BLANCA; Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A., CAFESALUD; Entidad Promotora de Salud SANITAS S.A. -E. P. S., SANITAS; Compensar EPS Entidad Promotora de Salud, en adelante COMPENSAR ahora PROMOTORA COMPENSAR SAS PROPENSAR; Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, E.P.S. COMFENALCO ANTIOQUIA; Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, E.P.S. COMFENALCO VALLE; Humana Vivir S.A. EPS HUMANA VIVIR [...]”

⁵³ Folios 2-219 del Cuadernillo Público 41 y 2 a 50 del Cuadernillo Público 42.

⁵⁴ Folios 342-375 del Cuadernillo Público 43 y fls. 2-144 del Cuadernillo Público 44.

⁵⁵ Folios 45-417 del C. Público 47.

Revisado y delimitado el proceso administrativo la Sala responde a los interrogantes planteados, luego de determinar el marco de competencia de la SIC en la materia.

6.3. MARCO NORMATIVO DE LA LIBRE COMPETENCIA. OBJETO Y LÍMITES

El artículo 333 de la Carta Política establece que tanto la actividad económica como la iniciativa privada son libres. De allí que se reconozca que la libre competencia es un derecho de todos, que supone responsabilidades.

Esta determinación responde al modelo de economía que se adoptó con el Estado Social de Derecho y que identificó la Corte Constitucional como social de mercado⁵⁶, que si bien garantiza la libertad económica de los particulares le otorga al Estado la potestad de intervenirla con el propósito de corregir las fallas del mercado y garantizar que su ejercicio se desarrolle en pro de la efectividad de los derechos fundamentales y la realización de los fines del Estado.

Precisamente, en esta potestad de corrección, es que la actividad de vigilancia y control de la Superintendencia de Industria y Comercio se desarrolla para corregir las actuaciones que resulten contrarias

⁵⁶ En la sentencia C-032 de 2017 se puntualizó que: *"En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. [...] que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general [...]". M.P. Alberto Rojas Ríos.*

con este derecho, en cuanto exige de los intervinientes en el proceso económico que realicen sus actividades de manera libre en garantía de la competencia entre los competidores y el derecho de los consumidores.

Ese mandato superior y el artículo 3° del Decreto 1663 de 1994⁵⁷ son las normas que le otorgan a la SIC la competencia que se atribuyó para adelantar la función de investigación⁵⁸ y adelantar la actuación administrativa en la que se dictaron los actos acusados, que concluyeron que en el mercado de prestación de servicios en salud están prohibidos los acuerdos, convenios o prácticas que directa o indirectamente tengan por objeto o, como efecto, restringir la libre competencia.

La norma en comento prevé:

"[...] Artículo 3°. Prohibición general a las prácticas restrictivas de la competencia. De conformidad con lo previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto ley 1298 de 1994 y con lo establecido en el presente decreto, están prohibidos todos los acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o

⁵⁷ "Por el cual se reglamenta el párrafo 2° del artículo 67 y el artículo 74 del Decreto ley 1298 de 1994".

⁵⁸ Según el artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 "Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: [...]15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto, Así mismo, imponer las sanciones señaladas en este numeral por violación a la libre competencia o incumplimiento en materia de tarifas, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario de las empresas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos últimos sectores mientras la ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos. [...]"

interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito.

Serán aplicables a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las instituciones prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen [...]”.

6.4. LA DECISIÓN

La Sala precisa que los razonamientos de apelación de **ACEMI** radicaron en cuestionar cuatro temas delimitados, que por razones metodológicas se analizan de la siguiente manera:

6.4.1. La caducidad de la facultad sancionatoria

Este planteamiento lo sustentó la apelante en el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio era incompetente para sancionar las infracciones que investigó en su contra, de una parte, porque no existieron actividades contrarias a la competencia; y, de otra, porque que, en todo caso, la conducta reprochada extendida al 5 de diciembre de 2008 no tiene el alcance que le asignó la SIC.

Frente a estos dos aspectos, la Sala considera que las conductas por las cuales se le investigó y, posteriormente, se sancionó a la asociación demandante, contrario a lo que se alega y reitera en su escrito de recurso, proviene de la competencia que ejerció la SIC



para investigar las conductas que identificó como constitutivas de las infracciones por las que se le sancionó, las cuales no dependieron de una única conducta sino que devino de un análisis de las actividades de solicitud e intercambio de información entre la asociación **ACEMI** y sus miembros, a efectos de recopilar y presentar los datos que en materia de prestación del servicio de salud tienen las EPS y que servirían de insumo para la reglamentación a cargo del Ministerio de la Protección Social.

Claramente, como lo concluyó el Tribunal *a quo*, la Superintendencia no infringió el mandato contenido en el artículo 38 del CCA, pues, de acuerdo con lo que está probado, las infracciones endilgadas, contrario a lo alegado, no dependieron de una única conducta reprochable sino de un conjunto de actividades que sumadas identificaron las infracciones calificadas de anticompetitivas; y porque es de su análisis, en conjunto, del cual la SIC identificó las conductas sancionadas.

Siendo ello así, no es acertada la postura de la apelante de establecer una única actuación como la determinante en el procedimiento sancionatorio por el grado de intervención que se podría predicar de la actividad endilgada a **ACEMI** y a las EPS concurrentes en la investigación, o un límite anterior al fijado, desconociendo que la actuación final identificada para concretar las

conductas reprochadas devino del correo electrónico del **5 de diciembre de 2008**, que en el contexto analizado constituyó el último hecho que consumó la conducta infractora.

En efecto, lo investigado atiende a la condición de conductas continuadas, pues la infracción no se desarrolló en un solo momento, sino que se extendió en el tiempo con ocasión de los actos que encontró la SIC para delimitar las tres infracciones formuladas respecto de **ACEMI** y del conjunto de EPS sancionadas. Al respecto, la Sala reitera⁵⁹ los tres estadios por los cuales se le sancionó, así:

- i) La solicitud que realizó **ACEMI** para obtener la información relativa con el mercado de salud a sus EPS afiliadas y la remisión de los requerimientos efectuados por la asociación con miras a unos planteamientos;
- ii) Los consensos en torno a las conclusiones logradas con fundamento en la información remitida; y
- iii) La fijación indirecta de precios en razón a los acuerdos logrados frente a la información reportada.

De esta manera, la alegación de la apelante desconoce que las conductas infractoras delimitadas por la SIC finalizaron en el

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Rad: 11001-03-24-000-2012-00679-02. Actora: Entidad Promotora de salud Servicio Occidental de Salud S.A. – SOS. C.P. Nubia Margoth Peña Garzón.



momento en el que la entidad administrativa identificó del contexto analizado, que el intercambio de información decantó en acuerdos que afectaban de manera indirecta los precios regulados de las UPC, debido al consenso de las EPS para manejar reportes sujetos a revisión por el gremio, atendiendo al examen sobre la prestación de los servicios de salud a su cargo.

De allí que converjan para la actuación administrativa una serie de actividades que en conjunto permitieron valorar las conductas reprochadas y frente a las cuales **ACEMI** y las EPS vinculadas tuvieron la oportunidad de defenderse y desvirtuar la ocurrencia de estas presuntas conductas por las que finalmente se les sancionó.

Además, la Sala no encuentra probada la alegación de la apelante respecto de que la conducta no puede contabilizarse a partir del 5 de diciembre de 2008, habida cuenta que no es la actividad misma del envío del correo electrónico sino en contexto lo que significó según las investigaciones el actuar de la demandante y las EPS, concretado en esa última actuación, como aquella que develó la investigación.

Así las cosas, el espacio temporal invocado por la apelante para contabilizar el término de caducidad queda sin sustento, en razón a que verificado el auto de formulación no existe una conducta que

refleje una específica actuación reprochada en su contra, de la cual se desvirtúe el señalamiento como actuación última la del envío del correo electrónico del 5 de diciembre de 2008.

En efecto, las resoluciones acusadas fueron el resultado de un procedimiento administrativo riguroso, precedido de la formulación de los cargos y los hechos específicos que los respaldaron, y a partir de estos calificar las conductas contrarias a la libre competencia en el mercado de servicios de salud.

Dicho lo anterior, está probado que las conductas sancionadas oscilaron entre el 5 de marzo de 2007 y el 5 de diciembre de 2008.

A esta conclusión arribó la Sala en reiteradas decisiones⁶⁰ contra los actos acusados, al examinar este idéntico cargo:

"[...] El primer momento determinado por el correo enviado por la ACEMI a las EPS miembros de esa asociación, con la solicitud de remisión de la información relevante y concerniente con la prestación de los servicios de salud; y el último, que se tomó como parámetro para la formulación de los cargos de infracción, relativo con el envío del correo electrónico del 5 de diciembre de 2008⁶¹, que fue remitido por la ACEMI a sus asociados, entre estos, la EPS apelante.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Rad: 11001-03-24-000-2012-00679-02. Actora: Entidad Promotora de salud Servicio Occidental de Salud S.A. – SOS. C.P. Nubia Margoth Peña Garzón. Reiterada en las sentencias: **i)** 30 de julio de 2020, radicado núm 25-000-23-24-000-2012-00662-01 Actor: SALUD TOTAL EPS C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés **ii)** 24 de septiembre de 2020, radicado núm. 25-000-23-24-000-2012-00527-01 Actor: Comfenalco Valle. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, **iii)** 12 de noviembre de 2020, radicado núm. 25-000-23-24-000-2012-00529-01. Actor: Comfenalco Antioquía. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, **iv)** 3 de diciembre de 2020. Rad. núm 25000-23-24-000-2012-00678-03. Actor: Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. – EPS Sanitas. C.P. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. (S.V. Oswaldo Giraldo López)

⁶¹ Así lo destacó el acto sancionador en la hoja N° 186. En esta se delimitó como el "último envío de información por parte de las EPS con el fin de realizar el estudio de suficiencia de la UPC, elaborado por el MPS para el año 2008".

*Este último hecho también la involucra en la actuación por el contexto de las actividades objeto de la investigación, las cuales no **resultan separables por las condiciones asumidas por las EPS investigadas, que accedieron al envío de información y asintieron en las orientaciones dadas por la ACEMI, frente a los consensos logrados.***

A esta conclusión se arriba por cuanto una conducta se cataloga como instantánea, cuando su ejecución se establece en un solo momento; y, al contrario, es de carácter continuado o permanente, cuando el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolonga en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo período la comisión de la falta respectiva⁶².

*Por lo precedente, no le asiste razón a la parte apelante al considerar como fecha de conteo del término de caducidad, un evento que no fue investigado (año 2006) y, además, porque dada la naturaleza de la infracción, que implicó la realización de actos positivos continuados de doble dirección para examinar la afectación al mercado de salud, **resultaba insuficiente para la autoridad de vigilancia restringirse a uno solo de los eventos que encontró para estructurar las trasgresiones investigadas en tanto, como lo explicó en el auto de formulación de cargos, se requirió de un examen complejo por ser una conducta continuada y no evidenciada sino a través del contexto de las pruebas recopiladas que daban cuenta del escenario de infracción en el que se movían ciertos asuntos tratados por conducto de la ACEMI con las EPS** miembros que desbordaban el propósito de asociación y cooperación en el que se amparan.*

*Determinado como está, que las infracciones sancionadas son de carácter permanente o continuado, la Sala considera que el Tribunal acogió en derecho y **para el cómputo de la facultad sancionatoria de la SIC el último evento que dicha entidad examinó como constitutivo de las infracciones investigadas y, posteriormente, sancionadas, que de acuerdo con lo revisado en el trámite del proceso administrativo lo constituye el correo electrónico del 5 de diciembre de 2008** que envió la ACEMI a sus afiliadas⁶³.*

De esta manera, y como lo ha reiterado esta Corporación, es este el momento en el que empieza a correr el término para contabilizar la ocurrencia o no del fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria. Al respecto se precisó:

⁶² Así lo definió esta Sección en la sentencia de 13 de noviembre de 2014. Exp. 150012333000201300254-01. Actor: Estación de Servicio Villa del Río Ltda. y otros. C.P. María Elizabeth García González.

⁶³ Ruta de ubicación: Unidad de DVD RW (D:)09-21413. _CUADERNO 1 CD3F317_ACEMI. SIC CORREOS SELECCIONADOS POR SIC_0712009_DIMEDICA_RE CARTA (folio 118. CD_Cuaderno Reservado)

"[...] tratándose de conductas continuadas o permanentes, el término de caducidad debe contarse a partir del último acto⁶⁴. Bajo la aplicación de dicha regla se deduce fácilmente que el término de caducidad será el que contemple la norma vigente para el momento en que ocurra el último acto que haga parte de la conducta (permanente) que dio origen a la investigación administrativa [...]"⁶⁵.

Ahora bien, **el segundo de los reproches descansa en que el término de tres (3) años que establece el artículo 38 de CCA⁶⁶ implica para la administración, según el dicho del apelante, incluso la notificación del acto que resolvió el recurso de reposición**, por cuanto ello representa una garantía propia del Estado Social de Derecho.

Pues bien, en relación con la interpretación de esta normativa ha de señalarse que en otrora existieron diversas posturas frente a este asunto; sin embargo, lo relevante es que para el momento de la imposición de la **sanción administrativa y de tiempo atrás se encuentra vigente la posición adoptada por la Sala Plena de esta Corporación que definió qué es acto sancionatorio y cómo debía computarse su caducidad**. Al respecto precisó lo siguiente:

"[...] Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción [...] se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve el fondo del asunto [...]. Este es el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta [...] En él se concreta la expresión de la voluntad de la Administración.

Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la Administración que éste sea revisado a instancias del administrado.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la Administración, luego de

⁶⁴ En ese sentido puede verse la sentencia de 29 de abril de 2015 dictada por esta Sección en el radicado 2005-01346-01, actor: Hermes Hernán Rodríguez Hernández.

⁶⁵ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia del 8 de junio de 2016. Radicación número: 15001-23-33-000-2012-00144-01. Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala.

⁶⁶ "Art. 38. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas".

tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada [...]»⁶⁷. (Destacado fuera de texto)

*De esta manera, la interpretación que del artículo 38 del CCA realizó el Tribunal es conforme a derecho, **en cuanto a que la caducidad de la facultad sancionatoria se verifica cuando han transcurrido más de tres (3) años sin que se haya notificado el acto administrativo sancionatorio**, término que no debe extenderse a las decisiones de los recursos procedentes y su correspondiente notificación.*

*Así las cosas, la Sala concluye que el acto sancionatorio expedido mediante la Resolución núm. 46111 de 30 de agosto de 2011, con nota de ejecutoria el 2 de diciembre de 2011⁶⁸, fue dictado en el término previsto en el artículo 38 del CCA, **toda vez que el plazo para decidir el proceso administrativo para que no operara la caducidad de la facultad sancionatoria vencía el 5 de diciembre de 2011**, habida cuenta que el último de los actos contrarios por los cuales se le investigó a la demandante se constató como realizado el **5 de diciembre de 2008**.*

De esta conclusión, se deriva que el Tribunal interpretó en debida forma la norma considerada como vulnerada; y contrario a lo alegado por la apelante esta decisión de ningún modo representa un desconocimiento del Estado Social de Derecho [...]» (Negritas y subrayas fuera del texto)

De acuerdo con este precedente, la Sala concluye y reitera que el término de caducidad debe contabilizarse a partir del 5 de diciembre de 2008, y en ese sentido le asiste razón al Tribunal frente a la inexistencia de caducidad de la facultad sancionatoria, pero no frente a la forma en que lo contabilizó.

⁶⁷ Consejo de Estado - Sala Plena. Sentencia de 29 de septiembre de 2009. Expediente núm. 11001-03-15-000-2003-00442-01(S). C.P. Susana Buitrago Valencia.

⁶⁸ Sello visible al folio 191 del C. de anexos, que informa que este acto quedó ejecutoriado el 2 de diciembre de 2011.



Ciertamente, la decisión se confirma bajo el entendido de que la facultad sancionatoria se ejerció en oportunidad porque no transcurrieron más de tres (3) años contabilizados desde el 5 de diciembre de 2008, sin que la SIC hubiese notificado el acto administrativo sancionatorio a la demandante, habida cuenta que dicho término no comprende, como lo indicó el *a quo*, la decisión de los recursos y su notificación.

Lo que ocurrió en este caso, es que dentro del término de caducidad la SIC no solo expidió el acto sancionatorio y lo notificó, sino que también decidió el recurso de reposición y realizó las correspondientes notificaciones, conforme se aprecia en el acápite en el que esta Sala da cuenta del procedimiento administrativo sancionatorio, lo que lleva a la conclusión de rechazar la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria, con la precisión de que la interpretación válida del artículo 38 del C.C.A., corresponde a aquella que fija el límite temporal para ejercer la facultad sancionatoria dentro de dicho término, -3 años-, en el cual se debe **expedir y notificar el acto sancionatorio**, lo que no comporta las actuaciones posteriores que se surten en virtud del desarrollo de la vía administrativa⁶⁹.

⁶⁹ Esta tesis jurisprudencial fue elevada a rango normativo como se aprecia en el artículo 52 del CPACA.



Por lo expuesto no hay lugar a acceder a este reproche y se confirma la decisión del *a quo*, pero por los motivos aquí esgrimidos.

6.4.2. Indebida valoración de los argumentos esgrimidos en torno a la violación de los artículos 3º, 4º y 5º (numerales 1, 8 y 10) del Decreto 1663 de 1994, y del principio de legalidad previsto en el artículo 29 Constitucional.

El reproche que invoca la demandante está orientado a cuestionar las presuntas deficiencias del *a quo* en el examen de legalidad frente a las conductas endilgadas. Insistió en que las infracciones contrarias a la libre competencia se basaron en el presunto intercambio de información sin demostrarse que **ACEMI** entregó la misma de manera desagregada respecto de los precios o costos unitarios en que incurren las EPS, información que alega es pública y que en razón a la estructura del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no hay lugar a que las EPS compitan por la cobertura del Plan Obligatorio de Salud.

Bajo estas alegaciones estima de vital importancia que se contextualice la declaración de la doctora Mónica Uribe, respecto de lo que asegura su intervención fue con el ánimo de presentar propuestas al Gobierno para resolver las dificultades o problemas del sector y se examine con ello la falsa motivación que invocó, presente en el examen de las conductas endilgadas.



Reiteró que el fallo se limitó a transcribir las consideraciones de la SIC, al enumerar las comunicaciones cruzadas entre **ACEMI** y sus afiliadas, sin valorarlas y hallar su verdadera finalidad gremial, hecho que desconoció su presunción de inocencia.

Para contextualizar los reproches de la apelante, en su condición de Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral, es preciso destacar que las conductas por las cuales se le sancionó obedecieron a que incurrió en la infracción de los artículos 3º⁷⁰ y 4º del Decreto 1663 de 1994.

Al respecto, es cierto que la investigación administrativa adelantada por la SIC giró en torno a las reuniones y a la verificación sobre el intercambio mediante correos vía web y consensos de la agremiación para la información entre competidores del sector salud⁷¹, en oposición al que ahora es reproche de la apelante, frente a que ese cruce de mensajes electrónicos y la información que requirió a las EPS tenía por propósito discutir y aprobar una propuesta regulatoria

⁷⁰ Por esta infracción también se declaró responsables a: "[...] Colmédica Entidad Promotora de Salud S.A., COLMEDICA ahora ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., ALIANSALUD; Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A., COOMEVA; Entidad Promotora de Salud Famisanar Limitada Cafam Colsubsidio, en adelante FAMISANAR; Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado S.A., SALUD TOTAL; Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A., SOS; Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Suramericana Medicina Prepagada, SUSALUD ahora EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., EPS SURA; Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo, SALUDCOOP; Cruz Blanca Entidad Promotora de Salud S.A., CRUZ BLANCA; Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A., CAFESALUD; Entidad Promotora de Salud SANITAS S.A. -E. P. S., SANITAS; Compensar EPS Entidad Promotora de Salud, en adelante COMPENSAR ahora PROMOTORA COMPENSAR SAS PROPENSAR; Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, E.P.S. COMFENALCO ANTIOQUIA; Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca, E.P.S. COMFENALCO VALLE; Humana Vivir S.A. EPS HUMANA VIVIR [...]"

⁷¹ También soportada en los estudios realizados por la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo frente a las falencias y hallazgos en las condiciones de la prestación del servicio de salud.



ante el Ministerio de Protección Social, fin que dijo no fue atendido por la SIC al expedir el acto sancionatorio, ni por la sentencia de primera instancia, en cuanto no valoró estas circunstancias que se encuentran alejadas de conductas atentatorias de la libre competencia.

Para resolver lo concerniente con estos planteamientos, es preciso considerar lo dispuesto por los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 1663 de 1994, este último enlista qué acuerdos son contrarios a la libre competencia y en los que se fundó la SIC para sancionar a **ACEMI** y a las EPS vinculadas a la investigación:

"ARTÍCULO 3º. Prohibición general a las prácticas restrictivas de la competencia. De conformidad con lo previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto ley 1298 de 1994 y con lo establecido en el presente decreto, **están prohibidos todos los acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud;** abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito.

Serán aplicables a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las instituciones prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen.

ARTÍCULO 4º. 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.*

Artículo 5º. Acuerdos contrarios a la libre competencia.
Se consideran contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud, entre otros, los siguientes acuerdos, convenios, prácticas o decisiones concertadas:

- 1. Los acuerdos que tengan **por objeto o tengan como efecto** la fijación directa o indirecta de precios o tarifas.
[...]*
- 8. Los acuerdos entre competidores que tengan **por objeto o tengan como efecto** abstenerse de distribuir o vender un bien o de ofrecer o prestar un determinado servicio de salud, interrumpirlo, o afectar los niveles de prestación del mismo.
[...]*
- 10. Los que tengan por **objeto o como efecto abstenerse** de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud [...]"
(Subrayas y negrillas fuera de texto).*

En las resoluciones acusadas se concluyó por la SIC que la actividad que comprobó, a través de su investigación, fue el intercambio de información por conducto de **ACEMI** como asociación entre sus EPS miembros, circunstancia que no desconoció la apelante. De allí que se de por cierta esa comunicación y el contenido de los correos, actas y documentos a los que aludió el ente administrativo en este trámite.

En cuanto al reproche de que las pruebas que analizó la SIC fueron descontextualizadas, y que el Tribunal se limitó a transcribirlas sin encontrar su genuino propósito, la Sala debe destacar que la SIC no



generalizó como impropio el intercambio de información entre competidores cuando están agremiados, la investigación realizada apuntó al manejo que conllevó agruparla, por cuanto estimó que *“no es aceptable la recolección de información sensible que como en este caso **podía ser utilizada para encontrar similitudes y diferencias entre las políticas frente a la cobertura de servicios en el Régimen Contributivo por parte de las EPS**”*.

A tal conclusión se arribó, por el contenido de los siguientes correos:

- Correo electrónico enviado por Lucia Torres a la lista de correos de la **ACEMI**, ASUNTO: *“Circular 20070070073-RC-RS- información trasplantes 2000 a 2006”* de fecha **5 de marzo de 2007**.

*“[...]Para: COMITÉ MÉDICO
De: ACEMI
Asunto: Información Trasplantes 2000 a 2006*

De forma URGENTE, solicitamos a todas las entidades que nos envíen a más tardar el día 7 de marzo de 2007, antes de las 4:00 p.m. la siguiente información:

Pacientes que recibieron trasplantes o retrasplantes (POS y NO-POS) tratamiento farmacológico de inmunosupresores (POS y NO POS) en las EPS durante los periodos 2000 a 2006, incluyendo el costo anual del tratamiento [...]

Pacientes que recibieron trasplantes o retrasplantes (POS y NO POS) y tratamiento farmacológico de inmunosupresores (POS y NO POS) en las EPS durante los periodos 2000 a 2006 y que venían trasladados de otra entidad, incluyendo el costo anual del tratamiento farmacológico.

Lo anterior con el fin de hacer un análisis y fijar la posición gremial del tema en la ponencia que debe presentar el Presidente Ejecutivo de ACEMI ante el Instituto Nacional de Salud.



Número único de radicación: 250002324000201200822-01
Actora: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MEDICINA INTEGRAL - ACEMI

Anexo: Instrumento de recolección de información sobre trasplantes (trasplantes.xls) [...]”.

- Correo electrónico enviado por Sandra Marcela Camacho a la lista de EPS **ACEMI** con asunto “*Compromiso costeo insumo y depósitos médicos procedimientos POS*” de fecha **30 de mayo de 2007** y archivo adjunto de dicho correo electrónico denominado “*Consolidado lista de insumos 040420006*”.

*“De: Sandra Marcela Camacho Rojas⁷²
Enviado el: miércoles **30 de mayo de 2007** 4:20
Para: [...]”⁷³
C.C. Lucia Torres Cortes; Nelcy Parees Jonny Carmona*

Asunto: Compromiso costeo insumos y dispositivos médicos procedimientos POS

*Datos adjuntos: Consolidados lista insumos 04042006.xls; Glosarios y Artículo 12 V15032006.doc; Inventario Insumos xls.
Apreciados señores,*

*Por medio de la presente, **les estoy enviando la lista de los procedimientos POS que más frecuentemente requieren insumos, dispositivos médicos o prótesis que las EPS consideran que no están en el POS** (existen otras que el consenso de EPS considera que está en el POS).*

Adjunto igualmente la propuesta de definiciones para aclarar el artículo 12, fruto del trabajo de las EPS y al cual se llegó por consenso.

Los objetivos son:

- 1. Costear para cada procedimiento cuánto pueden costar los elementos no POS (**para proponer topes de cobertura**).*
- 2. Determinar la frecuencia con la cual se realizan los procedimientos POS de la lista.*
- 3. Determinar la frecuencia con la cual la EPS está suministrando un dispositivo no POS para cada uno de esos procedimientos.*
- 4. **Calcular el impacto en la UPC, que tiene la inclusión de los elementos y diferentes escenarios de topes económicos para la cobertura económica y ajuste de UPC.***

⁷² Este correo se remitió desde el correo SCamacho@acemi.org.co

⁷³ La lista contempla correos de las EPS investigadas y también sancionadas

Les pedimos que ustedes revisen la frecuencia de los procedimientos, y diligencien el formato para el año 2006 del valor promedio de mercado de los elementos en las casillas correspondientes. Adicionalmente se pretende hacer en el formato "inventario" uno de estos elementos. (Se debe copiar un renglón por cada uno de los diferentes tipos de elementos de cada procedimiento como se muestra en el ejemplo.

*Para aquellos que no puedan enviar la información en este formato les pedimos que no (sic) **expliquen qué información disponible (recobros-tutelas u otros) tienen en medio magnético, para apoyar el proyecto de costeo de estos insumos y por lo tanto de impacto que tiene el concepto de integralidad en el costo del plan de beneficios y calcular el ajuste de UPC necesario para asumir este costo [...]*** (Negritas y subrayas fuera de texto).

De estas pruebas y de las demás que identificó la SIC y que fueron puestas en conocimiento de la apelante con el acto de formulación de cargos, se acreditó que **ACEMI**⁷⁴, en su condición de asociación que agrupa a las EPS, requirió a sus miembros información para analizar aspectos específicos con la prestación, costos y coberturas del servicio de salud y llegar a consensos sobre procedimientos o prácticas relacionadas con dicha prestación, información que por razón del desarrollo de la actividad de cada EPS no tendría que ser compartida.

En estos términos, la SIC encontró probada y no lo desvirtuó la apelante, que con estos requerimientos se conocieron y revelaron aspectos propios del mercado de salud que por encontrarse

⁷⁴ Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral

amparados en la libre competencia⁷⁵, son del resorte reservado de la empresa.

El dar a conocer esa información y circularla entre las EPS miembros de la **ACEMI** posibilitó a las demás EPS prestadoras del servicio de salud tener conocimiento de temas referentes al desarrollo de las empresas, tales como la frecuencia de los servicios, costos y coberturas y, de paso, los procedimientos desarrollados y la calificación que cada una de ellas les asigna al considerarlos cubiertos o no por el POS, para luego, con base en el análisis de esa información, la Asociación demandante fijará, previos comités, algunos parámetros para sugerirle cómo actuar, por ejemplo en materia de recobros y cumplimiento de fallos de tutelas, entre otros.

Estos hechos demostrados fueron en definitiva los determinantes para que las EPS accedieran por intermedio de la **ACEMI** y con su anuencia, a conocer la información específica de numerosas actividades a cargo de la gran mayoría de los actores que participan en el mercado de la prestación de los servicios de salud y que son afiliadas a dicha Asociación.

⁷⁵ “La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado”. Corte Constitucional Sentencia C-016-01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Ello ocurrió con ocasión de la acción de **ACEMI** de solicitar información específica a las EPS y por el hecho de que éstas la compartieron para ser recopilada y luego analizada, lo que permitió que estas empresas conocieran de las prácticas que de manera independiente confiere cada una de las EPS a la demanda de servicios y a los costos aplicados, todo con el ánimo de lograr la cohesión y parametrización de tales actividades.

En este orden, lo que está demostrado es que la información que se compartió fue presentada de manera consolidada, identificando generalmente a las EPS por un número para que luego asumieran consensos sobre el particular⁷⁶, tal es el caso frente a las tablas denominadas: i) Tabla 6. Costo ponderado de servicios ambulatorios⁷⁷; ii) Tabla 7. Muestra del procedimiento del consenso⁷⁸, iii) Tabla 8. Procedimientos que siendo acogidos por el Consenso no reflejan unanimidad en la posición de las EPS⁷⁹ y iv) Tabla 8. (sic) Hoja de Excel denominada No Pos per cápita enviado UPC" ⁸⁰.

Para la SIC, según lo explica el acto sancionatorio y frente a la manera como se efectuó el análisis del material probatorio, no había

⁷⁶ Tal es el caso de las tablas 6, 7, 8 y 8 (sic) que se muestran en el acto sancionatorio que hacen relevante y específica la información parametrizada por EPS, servicios y costos. (fl. 106, 111, 131 y 151 del acto). Este documento se puede verificar en el expediente digital en el Cuadernillo público 41 folios

⁷⁷ Cuadernillo público 41 folio 107.

⁷⁸ Cuadernillo público 41 folio 112.

⁷⁹ Cuadernillo público 41 folio 132.

⁸⁰ Cuadernillo público 41 folio 152.



lugar a interpretar individualmente cada prueba debido a que se trató de una *"conducta compuesta por una actuación sistemática y continuada en el tiempo por parte de las investigadas"*; y porque es reprochable que **ACEMI** hubiese solicitado de las empresas investigadas información que luego compartieron.

De manera que no le asiste razón a la apelante en cuanto cuestiona que la SIC y el Tribunal no analizaron las pruebas y los reproches que se oponen a las conclusiones que sustenta la ocurrencia de las infracciones, basado en la afirmación de que la información es pública y que no tuvo el fin que se le asignó, supuestos que no se desvirtuaron.

Y no ocurre porque la información pública a la que alude **ACEMI** fue objeto de recopilación para posterior examen, para realizar *"un análisis interno en ACEMI de dicha información y su consistencia con la información entregada en las Bases de datos de UPC entregadas al MPS"*⁸¹, que implicó la posibilidad de efectuar recomendaciones frente a la información que cada EPS planeaba enviar al Ministerio,

⁸¹ Así se lee en el correo electrónico enviado por Lucía Torres al listado de contactos de ACEMI el 10 de octubre de 2007, bajo el asunto: Tarea Acemi UPC, Copia Solicitud MPS. Nota técnica de EPS:

[...] *Apreciados señores,*

*Por medio de la presente les solicitamos hacer llegar a ACEMI antes del 17 de octubre la información que su EPS **planea enviar al Ministerio de la Protección Social**, en respuesta al comunicado que se anexa, **con el fin de que se haga un análisis interno en ACEMI de dicha información y su consistencia con la información entregada en las Bases de datos de UPC entregadas al MPS. El resumen de los resultados se enviará con observaciones a cada EPS antes de la fecha límite de envío,***

Agradecemos su atención y oportuna colaboración

Atentamente, Sandra M. Camacho Directora médica [...] (resaltas propias) Fls.142-143 del Cuadernillo Público 42.



luego de la comparación y de las recomendaciones frente al panorama examinado.

En todo caso, de tener el carácter que invoca la apelante, no tiene coherencia que haya procedido entonces a solicitar tales registros, así como el diligenciamiento de los cuadros excel y la aplicación de un flujograma, pues lo determinante es que sujetó toda esa información a la realización de comentarios y sugerencias frente a sus agremiadas; y de parte de éstas, al conocimiento de los reportes y la apreciación de cada EPS respecto de la prestación de los servicios de salud y su autorización bajo el esquema POS, y la participaron en consenso para dicho intercambio.

De esta manera la integración y el examen de esa información antes de reportarse al Ministerio, evidencia que la misma ya no apuntaba al simple y puro hecho de enviarla, en tanto su examen y las recomendaciones efectuadas bajo tales consensos, dan cuenta de la virtualidad de transformarse por causa de los hallazgos y de las pautas y/o recomendaciones que hiciera **ACEMI** a las EPS, independientemente de que ellas hubieran atendido o no.

Es precisamente, en este sentido, que la omisión que también invocó la apelante frente a la categorización de la conducta restrictiva "**por objeto**", debe entenderse que no obligaban a la SIC a acreditar los



efectos resultante de la infracción sino demostrar la conducta atentatoria, independiente que éstas se hubieren ejecutado en la práctica, es decir que se hubieren unificado los asuntos sometidos a consensos u orientaciones mediante la información finalmente remitida al Ministerio de la Protección Social.

Precisamente, la Sala destaca que el artículo 3º⁸² del Decreto 1663 de 1994, prohíbe "*todos los acuerdos, convenios*" y "*las prácticas y decisiones concertadas*" que tengan por propósito restringir la libertad de competencia.

Así, está acreditado que las conductas endilgadas se identificaron por el ente de control y vigilancia al adelantar la investigación que probó el intercambio de información con miras a lograr consensos frente a la prestación del servicio que operan y tienen a su cargo las EPS. Este hecho no lo desvirtuó la demandante, pues claramente no demuestran el fin invocado frente a que las comunicaciones electrónicas se dieron con la idea de compilar y remitir simple y

⁸² "[...] ARTICULO 3o. PROHIBICION GENERAL A LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA. De conformidad con lo previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992, el Decreto - ley 1298 de 1994 y con lo establecido en el presente Decreto, **están prohibidos todos los acuerdos, actos o convenios**, así como **las prácticas y las decisiones concertadas que**, directa o **indirectamente tengan por objeto** o como efecto impedir, restringir o **falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud**; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito. **Serán aplicables a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud**, los promotores de éstas, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, **las asociaciones científicas o de profesionales** o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2.153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen. [...]"



llanamente la información sin esa recomendación que encontró la SIC.

Ello se corrobora, al examinar en el contexto analizado la siguiente comunicación que sostuvo **ACEMI** con sus EPS agremiadas, que dan cuenta de un propósito adicional al de mantener la información pública en su estado reportado:

"[...] Apreciados señores,

"1. De acuerdo con lo establecido por la Junta directiva del pasado viernes, les solicito aclarar el reporte realizado al MPS y ACEMI en el archivo no POS (CTC y TUT) de acuerdo con las instrucciones que se adjunta. Así mismo les estamos enviando el gasto per cápita calculado a partir de los archivos recibidos, en donde se observa bastante heterogeneidad en el indicador de gasto per cápita de este rubro, lo cual motiva la presente (sic) solicitud. [...]"⁸³

Así las cosas, la alegación de la apelante no desvirtúa las conclusiones del acto sancionatorio, habida cuenta que del material probatorio que se allegó a este proceso judicial y en específico aquel que se destaca en la decisión cuestionada, se comprobó que **ACEMI** gestionó el cruce de información entre EPS, lo cual permitió el conocimiento de las empresas prestadoras del servicio de salud, la evaluación de los procedimientos y la presentación de consensos o acuerdos en torno a dicho servicio.

⁸³ Este correo corresponde al enlistado por la SIC en la Resolución 46111 de 2011 (folio 142 del Cuadernillo Público 41) cuyo remitente es Juan Pablo Rueda, Director Técnico de Salud de SALUD TOTAL, con asunto "Tarea ACEMI: aclaración de la información UPC", de fecha 20 de noviembre de 2007.

Esta conclusión ha sido reiterada por la Sección al examinar la legalidad de la Resolución cuestionada por parte de las EPS sancionadas, en las que se señaló frente al planteamiento de las zonas grises y el examen de los testimonios rendidos en el procedimiento administrativo, lo siguiente:

"[...]

301. Así las cosas, **el análisis sistemático e integral del acervo probatorio llevó a la SIC a determinar la existencia de un acuerdo que tenía por objeto restringir o afectar la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud**, en la medida en que lo pretendido por **las EPS era establecer, de manera concertada, los datos a reportar al Ministerio de Protección Social para la definición de los procedimientos que en lo sucesivo debían considerarse para ser incluidos o no dentro del POS.**

302. Ahora bien, para la Sala es claro que **la definición de los procedimientos médicos que se encuentran incluidos o excluidos del POS es un asunto de competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (en adelante CNSSS), en coordinación con los demás entes que forman parte del SGSSS**⁸⁴. El CNSSS también es el encargado de calcular el valor de la UPC⁸⁵ **con base en la información suministrada por cada EPS, acerca de la frecuencia de suministro de medicamentos, servicios, dispositivos, los costos de estos, etc.** En esa medida, la información reportada por cada EPS deberá ser aquella que maneja en el desarrollo normal de su negocio en condiciones de competencia en el mercado. **Por ello, los datos que sean proporcionados en condiciones diferentes producirán distorsión de la información necesaria para el cálculo.**

303. Ahora bien, la **existencia de una «zona de gris» o de indefinición de los procedimientos y servicios incluidos o**

⁸⁴ La Ley 100 de 1993 establece, entre otras cosas, que todo ciudadano debe participar en el SGSSS (literal b) del artículo 156), que éste debe garantizar el acceso a los servicios de salud en todos los niveles de atención, y que los servicios de salud a los que se garantizará el acceso están definidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS. El POS será definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en coordinación con el Ministerio de la Protección Social, según el artículo 172 de la Ley 100 de 1993.

⁸⁵ La competencia para definir el valor de la UPC está en cabeza del CNSSS, según el numeral 3 del artículo 172 de la Ley 100 de 1993.

no en el POS, precisamente le permitiría a las EPS competir frente a los servicios que ofrecería a sus afiliados por el manejo eficiente de los recursos que recibía por la UPC⁸⁶. Por tanto, cualquier acuerdo tendiente a estandarizar aquellos procedimientos o servicios respecto de los que existe duda, sería contrario a la competencia.

304. De esta manera, la Sala evidencia que, tal y como lo determinó la SIC en los actos demandados, **se presentó el intercambio de datos entre competidores, respecto de lo que cada EPS considera está o no incluido en el POS y de la información insumo para el cálculo de la UPC.** Así mismo, encuentra que la conducta referida estaba dirigida a presentar una posición unificada ante los entes reguladores del mercado de aseguramiento en salud, lo cual constituye una conducta contraria a la libre competencia.

305. **EN ESA MEDIDA, LA ESTANDARIZACIÓN DE CRITERIOS QUE SE GESTÓ EN LAS EPS BAJO LA COORDINACIÓN DE ACEMI, IMPLICÓ COMPARTIR INFORMACIÓN SENSIBLE PARA LA DEFINICIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y SERVICIOS QUE DEBEN ESTAR CONTEMPLADOS EN EL POS, LO QUE EVIDENTEMENTE IMPIDE LA LIBRE COMPETENCIA ENTRE LOS AGENTES DEL MERCADO DE ASEGURAMIENTO EN SALUD.** Ello, por cuanto cada EPS tenía acceso a información precisa y detallada de los servicios prestados por las demás y bajo cuáles parámetros.

306. Bajo tales presupuestos, **no le asiste razón al apelante en el sentido de afirmar que toda la información intercambiada entre EPS SANITAS S.A. y ACEMI**

⁸⁶ En el expediente a folio 775 del Cuaderno 2 del Tribunal se encuentra una comunicación de 24 de octubre de 2008, suscrita por la Directora General de Regulación Económica de la Seguridad Social, Mónica Patricia Uribe Botero, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dirigida al Ministerio de la Protección Social, se señaló que para dilucidar la denominada zona gris del POS se debía aplicar los siguientes criterios:

[...] Así mismo, en la misma comunicación del día once (11) de septiembre de 2007, habíamos señalado, que dado que la mayor parte de los contenidos del POS fueron definidos a través de la Resolución 5261 de 1994, evidentemente, la tecnología media que se podría encontrar costeadada en el POS es únicamente aquella que se encontraba disponible para el momento en que fueron costeadas las actividades, procedimientos e intervenciones previstas a la fecha para el momento de la expedición de la Resolución 5261 de 1994, así como las actividades que el CNSSS ha incluido con posterioridad a dicha fecha, *vr gr* las ampliaciones adoptadas por los Acuerdos 226, 228, 254, 259, 263, 282, 302, 313, 336 y 350, entre los cuales, hay actualización de tecnología.

No obstante lo anterior, también señalamos en la mencionada carta que evidentemente, atendiendo la específica naturaleza de las Entidades Promotoras de Salud – EPS en lo que tiene que ver con sus funciones y obligaciones de calidad y eficiencia en la prestación de los servicios de salud dentro del equilibrio financiero previsto, este Ministerio considera igualmente que **cuando quiera que un insumo médico corresponda a uno de tecnología reciente no prevista al momento de aprobar el POS, pero dicho insumo reemplace o sustituya otro incluido en el POS, cuyos costos sean iguales o inferiores, la EPS está obligada a evaluar el suministro de dicha tecnología atendiendo la eficacia, eficiencia, costo-efectividad, y seguridad del paciente, lo que no supone una ampliación del POS, sino una eficiente gestión en el manejo de los recursos que percibe a título de UPC para la prestación del servicio.** Igual situación resultaría aplicable frente a insumos o prótesis no POS cuyo suministro resulte de mayor costo efectividad que la práctica de actividades, procedimientos e intervenciones incluidas en el POS [...]" (Resaltado y subrayado de la Sala)

obedeció a la construcción de una propuesta regulatoria y que dicha circunstancia está probada con base en los testimonios que no fueron apreciados por la SIC. Tal y como lo advierte la SIC en los actos demandados, todas las pruebas fueron apreciadas en su conjunto, bajo los criterios de la sana crítica. Adicionalmente, la parte demandante tuvo las oportunidades para controvertirlas y refutarlas [...].⁸⁷

Ahora, en lo que respecta a la falta de valoración de los testimonios a que se refirió en el escrito de apelación, está claro que el no identificarlos específicamente sea prueba de una omisión de la autoridad administrativa frente a su examen, pues está visto que la investigación estuvo soportada tanto en las pruebas que sirvieron para la apertura de la investigación ordenada, como de aquellas que se decretaron como consecuencia de la actividad de defensa de los implicados.

En ese mismo sentido, el informe motivado rendido por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia al Superintendente de Industria y Comercio y que fue objeto de traslado a los investigados, tuvo por fin examinar el material probatorio obrante en el procedimiento.

En estos términos, para la Sala no existe duda del examen implícito y general del material probatorio, pues no resulta de recibo que el reproche de la apelante radique en su oposición a lo decidido en el

⁸⁷ Consejo de Estado – Sección Primera. Sentencia de 3 de diciembre de 2020. Rad. núm 25000-23-24-000-2012-00678-03. Actor: Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. – EPS Sanitas. C.P. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. (S.V. Oswaldo Giraldo López)

acto sancionatorio, cuando claramente implicaba desvirtuar las conclusiones halladas.

Además de lo dicho, se aprecia, en todo caso, que la SIC respecto de las declaraciones decretadas en la actuación administrativa, señaló:

"[...] En efecto, el funcionamiento del SGSSS se analizó con fundamento en LOS DIFERENTES TESTIMONIOS DE EXPERTOS QUE OBRAN EN EL PROCESO como por ejemplo, Mauricio Vélez asesor del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Mery Bolívar, Consultora del Ministerio de la Protección Social, Martha Lucía Gualteros y Gustavo Adolfo Bravo, integrantes de la Comisión Nacional de Regulación en Salud, Marcela Gil, Directora General de gestión de la demanda en salud del Ministerio de Protección Social, y Carlos Ignacio Cuervo, Ex viceministro de salud, así como con los diferentes documentos remitidos por el Ministerio de la Protección Social, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia Nacional de Salud, entre otros.

En relación con el alcance y contenidos del POS se oyó a Manuel José Cepeda, ex magistrado de la Corte Constitucional y a los representantes legales de la mayoría de las EPS investigadas. En relación con la suficiencia de la UPC se recibieron por parte del Ministerio de Hacienda los estudios de suficiencia de la UPC, el estudio "la tutela y el derecho a la salud período 2003-2005" elaborado por la Defensoría del Pueblo, "informe de Auditoría Gubernamental con enfoque integral, modalidad especial, realizado por la Contraloría General de la República [...]"⁸⁸

Por todo lo expuesto, no es de recibo el reproche de la apelante frente a que no se examinaron los medios de pruebas allegados al trámite administrativo y a este proceso judicial, habida cuenta que el análisis descansó en el estudio crítico de la documental: correos,

⁸⁸ Folio 196 del Cuadernillo Público 41.

actas, flujograma y las declaraciones que se recibieron en torno a la actividad de **ACEMI** y las EPS frente a las infracciones endilgadas.

Finalmente, y en cuanto a la falsa motivación⁸⁹ como vicio de nulidad de los actos administrativos cuestionados, entendido como aquel que se presenta cuando las razones que se expresan como fuente no son reales, no existen o están distorsionadas. Para acreditar esta causal, corresponde a quien la alega demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.

Ante este concepto, está evidenciado que la apelante insiste en el reproche consistente en que la conducta por la cual se le sancionó es un imposible jurídico y material, en tanto no alteró las reglas del mercado que implicara un conceso de manera indirecta, frente a la fijación de los precios de las UPC.

Sobre el particular, la Sala considera destacar que el acceso a los servicios de salud en Colombia se garantiza en observancia del artículo 49 Superior, que sustenta la adopción del Sistema General de Seguridad Social en Salud para atender este servicio público de carácter esencial.

⁸⁹ De acuerdo con la Jurisprudencia de esta Sección, la falsa motivación del acto ocurre cuando: "(i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la administración pública, (ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas, (iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y (iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia del 14 de abril de 2016. Rad.: 250002324000200800265-01 C.P. María Claudia Rojas Lasso.

En los términos del artículo 4º⁹⁰ de la Ley 100⁹¹, es un “servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado”, y su prestación se realiza bajos dos regímenes, el contributivo y el subsidiado, los cuales se someten a la dirección, orientación, supervisión, vigilancia, control y regulación del Estado por conducto del hoy Ministerio de Salud y Protección Social, según lo prevé el artículo 170⁹² de la citada Ley 100.

Asimismo, para el momento de la investigación formaba parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en adelante SGSSS, la Comisión de Regulación en Salud⁹³ (CRES) a quien le correspondía definir anualmente el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), entendida como el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud

⁹⁰ “[...] ARTÍCULO 4o. DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control esta a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones. [...]”

⁹¹ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

⁹² “[...] **ARTÍCULO 170. COMPETENCIAS.** <Subrogado por el artículo 119 del Decreto extraordinario 2150 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema General de Seguridad Social en Salud está bajo la orientación y regulación del Presidente de la República y del Ministerio de Salud^{<1>} y atenderá las políticas, planes, programas y prioridades del gobierno frente a la salud pública, en la lucha contra las enfermedades endémicas y epidémicas y el mantenimiento, educación, información y fomento de la salud, de conformidad con el plan de desarrollo económico y social y los planes territoriales de que tratan los artículos 13 y 14 de la Ley 60 de 1993.

El Presidente de la República podrá delegar las funciones de inspección y vigilancia del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el Ministerio de Salud^{<1>}, la Superintendencia Nacional de Salud y en los jefes de las entidades territoriales.

El Superintendente Nacional de Salud podrá celebrar convenios con las Direcciones Departamentales, Distritales y Municipales de Salud para facilitar el ejercicio de sus funciones y establecerá mecanismos de coordinación, cooperación y concertación con el fin de evitar la duplicación de información y procurar la racionalización de las actividades de inspección y vigilancia. Además fomentará el desarrollo de una red de controladores del Sistema General de Seguridad Social en Salud. [...]”

⁹³ Se creó por el artículo 3º de la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”. En la actualidad esa Comisión se suprimió por el artículo 1 del Decreto 2560 de 2012, ‘por el cual se suprime la Comisión de Regulación en Salud (CRES), se ordena su liquidación y se trasladan unas funciones al Ministerio de Salud y Protección Social y se dictan otras disposiciones’

(SGSSS) para cubrir las prestaciones del Plan de beneficios financiado con recursos de UPC, en los regímenes contributivo y subsidiado, y que se fija en **consideración a la información reportada por las EPS anualmente** y que le remiten al Ministerio para el estudio de suficiencia⁹⁴.

De esta manera, es que la SIC determinó que en ese cruce de información entre **ACEMI** y las EPS se incurrió en la conducta prohibida de acuerdos para la fijación indirecta de precios, en tanto la conducta promovida por **ACEMI** frente a asistir a título de gremio, en un intercambio de información por parte de las EPS del valor del precio de aseguramiento en salud, identificando los valores y procedimiento impartidos por sus competidoras, afectó la transparencia en el reporte de dicha información, como insumo determinante para fijar la UPC por la entidad pública responsable.

Ello, debido a que esos reportes que entregaron las EPS estuvieron precedidos de un consenso que afectó y distorsionó las condiciones de riesgo de la población asegurada, hecho que se evidenció mediante la prueba que se allegó al proceso y por las inconsistencias

⁹⁴ Este estudio tiene como objetivo principal determinar la suficiencia de las UPC para financiar los servicios contenidos en los planes de beneficios de cada uno de los regímenes que se discriminan en actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e insumos. Según se constató del documento que obra en el expediente denominado Informe al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Estudio de Suficiencia Plan Obligatorio de Salud - Unidad de Pago por Capitación 2004 y de los actuales mecanismos de ajuste del riesgo determinantes del gasto de la Unidad de Pago por Capitación.

que el Ministerio de la Protección Social indicó que se habían detectado⁹⁵.

Bajo estas consideraciones, no le asiste razón a la apelante en el sentido de afirmar que es falsa la conclusión de que la información era intercambiada y que ella no afectó la fijación de precios.

Es de resaltar que si bien tal función estaba radicada en la CRES, hecho que no desconoció la SIC, sí aclaró que lo que se vio afectado por este hecho fue la transparencia de dichos reportes según se acreditó al analizar el Acta núm. 010 del Comité Técnico de la ACEMI, de 7 de diciembre de 2007, que sugiere a las EPS que con los "[...] *Temas de UPC [...] datos actuales de 2006, que es para lo que tenemos el período completo, la provisión del 0.25% es suficiente incluso bajo el escenario de la sentencia de la Corte, por lo tanto no recomendaríamos presentar esta información al CNSSS [...]*".

Entonces, esas claras directrices determinaron para la SIC una afectación indirecta al momento de la fijación de precios, por cuanto si bien no es función de las EPS determinar la tarifa de la UPC, la misma depende de la información que reporten.

⁹⁵ Así lo manifestó el testimonio rendido por el exministro de esa Cartera.



De este modo, la falsedad de las razones que esgrimió la apelante se aleja de desvirtuar las conclusiones a las que arribó la SIC, habida cuenta que el material probatorio que se analizó en el acto sancionatorio deja sin fundamento sus reproches.

Siendo ello así, los argumentos planteados bajo este acápite no tienen vocación de prosperidad.

6.4.3. Presunta violación al debido proceso y de acceso a la administración de justicia

El reclamo de la apelante radica en la ausencia del decreto en instancia administrativa y falta de examen de la declaración recibida en sede judicial de la doctora Mónica Uribe Botero.

Frente a este testimonio debe resaltarse que su declaración fue imposible de tomarse en instancia administrativa, por cuanto la declarante no acudió en ninguna de las oportunidades que fue citada, lo que llevó a la SIC a desistir de su práctica y limitar en atención a las pruebas obrantes en el expediente administrativo. En vía judicial el testimonio fue decretado y obra al folio 163 a 166 del expediente.

En la Resolución 46111, al respecto se precisó:

"[...] La práctica de este testimonio fue decretada en la Resolución No. 69842 de 2009, por medio de la cual se decretaron pruebas y por medio de la Resolución No. 20059 se fijó como fecha para su realización el 28 de abril de 2010; no

obstante, la misma no se realizó pues el día de la diligencia la testigo no compareció como consta en el acta que obra a folio 7637 del Cuaderno No. 31 .

*A pesar de lo anterior, en la Resolución No. 36320 de 2010 se fijó como nueva fecha para la práctica del testimonio de la señora Mónica Uribe, el 5 de agosto de 2010 y se limitaron otras pruebas. **No obstante, en esta oportunidad, la testigo tampoco compareció y se presentó excusa por la inasistencia.***

*Así, por medio de Resolución No. 45440 de 2010, se volvió a fijar fecha para el 28 de septiembre de 2010; en esta oportunidad la Dra. Uribe **tampoco asistió a la Diligencia.** Finalmente, a través de la Resolución No. 56987 de 2010, se fijó como nueva fecha para la práctica del testimonio el 29 de octubre de 2010, fecha **en la que nuevamente la testigo no asistió.***

*Teniendo en cuenta lo anterior, por medio de Resolución No. 6881 de 2010, **se decidió limitar el testimonio de la señora Uribe, [...]**⁹⁶.*

Ahora, frente al testimonio rendido en sede judicial no le asiste razón a la apelante frente a su valoración debido a que en el fallo que se cuestiona se precisó que: "*[...] no hay lugar sino a inferir que conocía el asunto por la cual se le estaba convocando, que tenía que ver con los temas atinentes a la fijación de la UPC, en tanto participaba por parte del ministerio de Hacienda en calidad de Directora de Regulación Económica de Seguridad Social [...]*".

Estas circunstancias delimitan de manera justificada que el testimonio de la funcionaria del Ministerio de Hacienda no se tomó por razones no atribuibles a la SIC, y en razón a la suficiencia

⁹⁶ Folio 196 del Cuadernillo público 41.

probatoria que sustentaban la investigación, seguida en contra de la demandante, no se insistió en su práctica.

Sumado a este hecho, también se descarta la indebida valoración invocada, por cuanto la visión que presenta la declarante en sede judicial no tiene la entidad de desvirtuar las infracciones endilgadas a la demandante, en razón a que claramente se tiene registrado que la información solicitada a **ACEMI**, en virtud a su posición gremial, no se discute, pero si la gestión que se realizó para la recopilación, examen y valoración de la información de las EPS y su reporte al Gobierno con la incidencia que esta tiene en los cálculos y la fijación de las UPC para cada año.

De esta manera, lo que la Sala advierte es que sí se valoró y que su análisis reconoció que la intervención de **ACEMI** de ninguna manera justificaba que en su recopilación se permitiera la distribución entre los miembros de la Asociación; y que, además, se gestionaran comentarios y conceptos para su presentación. De hecho en lo que es determinante la testigo, es que esa información, se repite, tiene total incidencia en la fijación de la UPC⁹⁷.

⁹⁷ En la diligencia de testimonio se preguntó: *"Tenía alguna incidencia la información suministrada por las EPS y ACEMI en la determinación de la UPC?". CONTESTADO: Si tenía toda la incidencia porque esa era la información con la cual se hacían los análisis para poder hacer los cálculos de UPC para cada año".*

Esta conclusión ha sido reiterada por la Sección, en la que se descarta ese supuesto determinante de la posición de la funcionaria para habilitar la actividad de **ACEMI** en la recopilación de la información y el estatus de zona gris que se le designa al desarrollo normativo. Al respecto, se precisó:

"[...]

392. Adicionalmente, la Sala encuentra necesario reiterar que la formación del criterio de la suficiencia de las pruebas obrantes para **ilustrar los hechos que se pretenden probar con el recaudo de la prueba testimonial, obedece a la discrecionalidad del fallador**, postulado que, valga resaltarlo, en ningún caso lo habilita para tomar una decisión arbitraria. Para ello, será necesario examinar la congruencia de las pruebas citadas con los hechos que se pretendían probar, para determinar que, en efecto, logran el cometido de reemplazar el testimonio que se limita.

393. [...]

394. En consecuencia, **la Sala encuentra ajustado a derecho que la SIC, con base en el artículo 219⁹⁸ del CPC, omitiera la práctica de la citada prueba, pues tal como lo señaló el ente de control en la Resolución 46111 de 2011, existía suficiente material probatorio que esclarecía los hechos que se pretendían establecer con el testimonio que la parte actora echa de menos.**

395. Adicionalmente, **la Sala evidencia que el a quo, en aras de buscar la verdad procesal, recepcionó el testimonio en instancia judicial, frente a lo cual determinó que este no tiene la contundencia necesaria para desvirtuar la legalidad de los actos administrativos.** Además, el Tribunal puso de presente que la parte actora no aportó ninguna prueba que desvirtuara la afirmación de la SIC frente a la existencia de pruebas recaudadas en el proceso administrativo que probaban lo pretendido con el testimonio.

396. Frente a la decisión del Tribunal a quo, el recurrente reiteró que el testimonio de la doctora Mónica Uribe Botero

⁹⁸ Artículo aplicable y que se encontraba vigente para la época en la que se dio el trámite de la actuación administrativa. "ARTÍCULO 219. PETICION DE LA PRUEBA Y LIMITACION DE TESTIMONIOS.

[...]

El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba. El auto del juez no tendrá recurso alguno, pero el superior podrá citar de oficio a los demás testigos, conforme a lo previsto en los artículos 180 y 361."

respalda la afirmación sobre la intención del intercambio de la información en el interior de ACEMI, la cual tenía como único propósito llegar a un consenso para presentar una propuesta al Gobierno nacional. Afirmó la parte actora que las agremiadas debían coincidir en los asuntos que consideran que deben mejorarse y cuáles eran las soluciones por plantear.

397. Respecto del argumento señalado, encuentra la Sala que en el testimonio de la doctora Mónica Uribe Botero **se hace una relación general de la estructura del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, del alcance y contenidos del POS, la suficiencia de la UPC y, por último, hizo una alusión general frente a la solicitud de información a ACEMI, por parte del MPS y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para contar con información frente a los datos de cada EPS para establecer la suficiencia de la UPC.** También reconoció que ACEMI estaba elaborando una propuesta regulatoria para ser presentada al MPS.

398. En relación con el testimonio referido, evidencia la Sala que el **mismo no aporta un elemento de juicio adicional al debate ni permite desvirtuar lo probado en la actuación administrativa ni en sede judicial.** Cabe recordar que la SIC, en los actos administrativos demandados⁹⁹, reconoce que el intercambio de información se dio en el marco de la construcción de una propuesta regulatoria por parte de ACEMI, **pero lo que se cuestionó fue el tipo de información que se compartió y circuló entre las EPS, lo cual desbordaba los límites del derecho de asociación [...]** (Subrayas y negritas fuera del texto)

Así, la Sala encuentra que la validez conferida al testimonio que se rindió en el proceso judicial no tiene la virtualidad de desvirtuar la infracción endilgada a la demandante, habida cuenta que la declaración no valida las actuaciones de la apelante, de hecho lo que corrobora es que las conclusiones a las que se arribó se sustentaron en el estricto examen del material probatorio que obró en el expediente administrativo¹⁰⁰, lo que destaca que los actos no se

⁹⁹ Entre otros apartes, se pueden mencionar las referencias en las páginas 102 a 105 de la Resolución 46111 de 2011 y 60, 69, 70 y 81 de la Resolución 65116 de 2011.

¹⁰⁰ Pruebas públicas y aquellas clasificadas como reservadas.

basaron en una única prueba sino en el análisis completo¹⁰¹ y en contexto de la actividad que **ACEMI** desarrolló junto con sus agremiadas.

Sumado a lo anterior, en este caso la sanción impuesta a la demandante estuvo precedida de un proceso administrativo que le otorgó las garantías para controvertir los cargos formulados en su contra, contó con la oportunidad para responderlos y solicitar las pruebas que estimó pertinentes para probar sus dichos e interpuso el recurso procedente en sede administrativa.

Esta revisión de cómo se adelantó el proceso de investigación y sancionatorio, conduce, sin duda, a concluir que **ACEMI** tuvo a su alcance los medios y las oportunidades para desvirtuar las conductas endilgadas; y el hecho de que hubiese sido destinataria de la sanción impuesta no representa que la actuación esté afectada del desconocimiento de sus derechos ni de la presunción de inocencia como lo invoca, toda vez que su carga en los términos del artículo 177¹⁰² del CPC la obligaba a desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados, atributo que se mantiene incólume.

¹⁰¹ El proceso administrativo se remitió a este proceso en medio digital y según la revisión de los CD que guardan copia del expediente administrativo consta de Cuaderno Públicos (49) Cuadernos públicos, 2 Cuadernos Reservados (2), las declaraciones tomadas a los representantes legales de las EPS investigadas, los testimonios de funcionarios de ACEMI, del Ministro de la Protección Social, los archivos de correos y otros documentos seleccionados por las SIC, los documentos aportados en las visitas realizadas a varias EPS, entre otros. También de los documentos solicitados y aportados por las Investigadas. Todas estas pruebas se pueden consultar en los archivos magnéticos que obran a los folios 69 a 72 del Cuaderno 1 del expediente en digital.

¹⁰² "[...] **ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba [...]".



En estos términos, lo que queda visto es que el Tribunal realizó el análisis que echa de menos **ACEMI**, cuestión diferente es que no esté de acuerdo con la decisión, sin que ello resulte suficiente para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos cuestionados.

Por todo lo expuesto, se confirmará la decisión apelada.

6.4.4. En la sentencia de primera instancia no se valoró la violación al derecho de asociación.

De la lectura del fallo¹⁰³, contrario a lo que esgrime la apelante, el *a quo* sí se pronunció sobre el cargo en mención, hecho que desvirtúa su reproche.

Ahora bien, la demandante se sustenta en el ejercicio de su derecho de asociación para evadir la conducta por la que fue sancionado, sin reconocer que el ejercicio deviene de manera correlativa el cumplimiento de las obligaciones y de los deberes que les asisten.

En extenso esta Sección ya se pronunció frente a este punto en decisiones anteriores sobre los actos objeto de control, así:

"[...]"

¹⁰³ Folio 312 del expediente principal.

333. [...] la Sala encuentra que el Estado Colombiano **ha reconocido la libertad de asociación de las EPS en su agremiación ACEMI, y garantiza que puedan desarrollar sus actividades, las cuáles como es obvio, deberán realizarse dentro de los límites de la Constitución y la ley**, entre ellas, las que protegen la libre competencia en el mercado de salud. En tal medida, no resulta admisible que en el marco de libre asociación se desplieguen prácticas restrictivas de la competencia.

334. Es así como, el artículo 4° de Decreto 1663 de 1994 establece como prohibición para las asociaciones o sociedades científicas y profesionales del sector de la salud, al desarrollar su actividad, "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".

335. **En esa línea, el derecho de asociación se ejercerá con plena libertad, en el marco del debido cumplimiento de la Constitución y la ley, de tal manera que se garantice que su desarrollo no transgrede los derechos y libertades de otros, ni es contrario a las normas que rigen la actividad en la que éste se desarrolla ni resulte ilícito.**

336. En el sub examine, en las resoluciones demandadas, **LA SIC ESTABLECIÓ QUE RESPETABA EL DERECHO DE ASOCIACIÓN DE LAS EPS AGREMIADAS EN ACEMI. ADICIONALMENTE, RECONOCIÓ QUE EN EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES PODÍAN COMPARTIRSE INFORMACIÓN ENTRE ELLAS, POR CUANTO NO TODO INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN RESULTABA CONTRARIO A LA COMPETENCIA.** Precisamente, el ente de control lo que cuestionó fue el tipo de información que se intercambió entre las EPS, a través de ACEMI, por cuanto se trató de datos relativos a precios y estructuras de costos, información que, por su carácter sensible, no debe circular ni ser conocida entre competidores de un mercado.

337. Sobre el particular, la SIC en la Resolución 46111 de 2011¹⁰⁴, señaló:

[...]

¹⁰⁴ Resolución 46111 de 2011. Hojas 102 a 105 de la versión reservada.

"Sin embargo, la actividad gremial, como cualquier otra actividad en Colombia, encuentra su límite en el ordenamiento jurídico. En esta línea, dicha actividad gremial debe adelantarse con sujeción a las disposiciones legales vigentes, entre las que se encuentran las normas de protección de la competencia. En esta medida, el pretexto de estar colaborando con una autoridad pública o de estar en ejercicio del derecho constitucional de asociación no convierte una práctica restrictiva de la competencia en lícita"¹⁰⁵. (subrayado fuera de texto)

[...]

No comparte este Despacho la posición planteada por el Apoderado, [...] **no es aceptable la recolección de información sensible que, como en este caso, podía ser utilizada para encontrar similitudes y diferencias entre las políticas frente a la cobertura de servicios en el Régimen Contributivo por parte de las EPS.** [...] (Resaltado de la Sala)

338. De acuerdo con lo transcrito, encuentra la Sala que el criterio expuesto por la SIC en los actos administrativos demandados encuentra sustento jurídico **en las normas relativas al alcance del derecho de asociación y los límites contemplados en la Constitución y la ley. Además, del análisis del acervo probatorio realizado por esa Superintendencia se evidencia que la información compartida por las EPS a través de ACEMI, contenía estructuras de costos y políticas de aprobación de procedimientos, datos que resultan sensibles y que, en circunstancias normales no sería compartida entre competidores.**

339. Aunado a ello, **de la información compartida se generaron consensos para afectar la oferta de servicios de salud y la transparencia de la información en el mercado, circunstancias que claramente escapan del ejercicio del derecho de asociación** de las EPS y que, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente administrativo soportan la decisión contenida en los actos administrativos demandados [...]"¹⁰⁶

¹⁰⁵ Referencia original de la cita. "Ver Resolución 6839 de 2009"

¹⁰⁶ Sentencia de 3 de diciembre de 2020. Rad. núm 25000-23-24-000-2012-00678-03. Actor: Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. – EPS Sanitas. C.P. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. (S.V. Oswaldo Giraldo López), reitera la Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Rad: 11001-03-24-000-2012-00679-02. Actora: Entidad Promotora de salud Servicio Occidental de Salud S.A. – SOS. C.P. Nubia Margoth Peña Garzón.



Todo lo anterior, evidencia que no resultaba suficiente la invocación del ejercicio del derecho de asociación, pues estas relaciones gremiales no pueden respaldarse en que cualquier intercambio de información está amparado en el ejercicio de su libertad, en tanto y por su naturaleza están sujetas al control del Estado.

En conclusión, la Sala considera que las conductas de concertación endilgadas a la demandante y por las cuales se le sancionó, a través de los actos cuestionados, no fueron desvirtuadas lo que lleva a confirmar en su totalidad el fallo apelado.

6.5. COSTAS EN LA INSTANCIA

Por último, es preciso advertir que no se condenará en costas a la parte vencida como quiera que no se corroboró temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes del proceso; y lo cierto es que dicha condena solo procede cuando la parte vencida ha actuado de manera temeraria o abusiva, en virtud de lo establecido en el artículo 171 del CCA, en concordancia con los artículos 392 y 393 del CPC¹⁰⁷, aplicables al caso por remisión expresa del artículo 267 del CCA.

¹⁰⁷ Correspondientes a los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 21 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C", en Descongestión, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: No se condena en costas, en esta instancia, a la parte vencida.

TERCERO: Una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de julio de 2023.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente
Salva voto

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS



Número único de radicación: 250002324000201200822-01
Actora: ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS DE MEDICINA INTEGRAL - ACEMI

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.