

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO CUARENTA Y CINCO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
CARRERA 57 No. 43 – 91, PISO 6**

Bogotá, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

PROCESO:	11001-33-31-005-2012-00077-00
DEMANDANTE:	MARIA FERNANDA ISAACS CABRAL
DEMANDADO:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Decide el Despacho la demanda presentada por la señora MARIA FERNANDA ISAACS CABRAL, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante la SIC.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La señora María Fernanda Isaacs Cabrales, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó, que previos los trámites de un proceso ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas, en contra de la SIC:

“ 1.Que se declare la Nulidad de la Resolución No. 46111 de agosto 30 de 2011, aclarada mediante Resolución No. 48186 de 9 de septiembre de 2011 y la que resuelve el recurso de Reposición No. 65116 de 21

de noviembre de 2011, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de las cuales, esta entidad impuso una sanción a la señora María Fernanda Isaacs Cabral, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Representante Legal de la Empresa Cruz Blanca, Entidad Promotora de Salud , CRUZ BLANCA S.A., por haber presuntamente tolerado las conductas descritas en los Art. 3º del Decreto 1663 de 1994 y Art. 5º numerales 1,8 y 10 del Decreto 1663 de 1994, configurándose la responsabilidad establecida en el numeral 16 Art. 4 del Decreto 2153 de 1992, correspondiente a ciento cuarenta y nueve (149) S.M.L.M.V., equivalente a SETENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS MCTE (\$79.804.400).

2. Que como consecuencia de la nulidad y título de restablecimiento del derecho, se revoquen la multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio y en caso de haberse cancelado, se reintegre en su totalidad dichos dineros con los correspondientes intereses.

3. Que se dé cumplimiento a la sentencia que decida este juicio de conformidad con lo establecido en los artículos 176 y 177 del C.C.A.”

2. HECHOS

Como fundamento de la demanda se expusieron, en síntesis, las siguientes situaciones fácticas:

Por medio de la Resolución No. 10958 de 6 de marzo de 2009, la SIC inició una investigación administrativa en contra de varias empresas promotoras de salud del régimen contributivo y subsidiado, entre ellas, Cruz Blanca S.A., por la presunta violación a las disposiciones contenidas en el artículo 3º del Decreto 1663 de 1994 y los numerales 1, 8 y 10 del artículo 5º *ibídem*. En dicho acto administrativo también se ordenó investigar a los representantes legales de las EPS, con el propósito de establecer si incurrieron o no en la conducta descrita en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992.

La investigación administrativa adelantada por la SIC tenía como objetivo determinar la presunta ejecución y tolerancia de conductas anticompetitivas entre las empresas promotoras de salud agremiadas en ACEMI.

La SIC profirió la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011, por medio de la cual, entre otras personas, declaró a la señora María Fernanda Isaacs Cabral, quien para la época se desempeñaba como representante legal de Cruz Blanca SA., como responsable de haber incurrido en conductas anticompetitivas y manipulación de las condiciones de mercado de las EPS agremiadas en ACEMI, razón por la cual le impuso una sanción de multa por valor de ciento cuarenta y nueve (149) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a setenta y nueve millones ochocientos cuatro mil cuatrocientos pesos m/cte. (\$ 79.804.400).

Frente a esta decisión la señora María Fernanda Isaacs Cabral interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto por la SIC mediante Resolución No. 65116 del 21 de noviembre de 2011, confirmando en su totalidad el acto administrativo recurrido.

2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas que la demandante consideró vulneradas con la expedición de los actos administrativos demandados son las siguientes:

- Artículo 1, 2, 4, 6, 29, 209 y 229 de la Constitución Política
- Artículos 34 y 35 del CCA

Con base en la anterior acusación de normas, la parte demandante propuso dos cargos de violación; (i) violación del debido proceso administrativo y, (ii) falsa motivación.

PRIMER CARGO: violación del debido proceso

En desarrollo de esta censura, la parte actora consideró que la SIC vulneró esta garantía de orden constitucional, en la medida que en desarrollo del procedimiento administrativo que culminó con la expedición de los actos que ahora se controvierten, desconoció los principios de imparcialidad y objetividad, habida cuenta de considerar que los funcionarios de la Delegada Para la

Promoción de la Competencia de la SIC, actuaron como sustanciadores y mediadores en las distintas decisiones que a lo largo del proceso se profirieron, lo que en su sentir, encarna una doble condición de juez y parte.

De otra parte, consideró que también constituye una violación al debido proceso la negativa de la SIC respecto de la práctica de unas pruebas, que, a juicio de la demandante eran de suma importancia para demostrar su falta de participación en la conducta endilgada y proveerles mayor claridad a la SIC a efectos de tomar las decisiones dentro del procedimiento administrativo. Ahondó en este argumento, precisando que la SIC en el auto de pruebas negó la práctica de los testimonios de los representantes legales de las EPS, y de las entidades investigadas, medios probatorios, que, a su juicio, hubieran permitido aclarar algunas inquietudes y vacíos respecto del tema que originó la investigación administrativa, en especial, lo atinente a la presunta celebración de acuerdos anticompetitivos. Así mismo, se duele la actora de la negativa de la SIC respecto del decreto de un dictamen pericial de carácter financiero, con el cual, en criterio suyo, se buscaba demostrar la variación que ha tenido la UPC desde su creación y a la vez contrarrestar los argumentos de la Administración respecto del supuesto acuerdo acerca de la remuneración de las EPS por tales conceptos.

SEGUNDO CARGO: Falsa motivación

Respecto de esta censura, luego de explicar el concepto general de la falsa motivación como causal de anulación de los actos administrativos y su desarrollo jurisprudencial, la demandante precisó que en los actos objeto de reproche el cargo se estructura sobre la base de la carencia de pruebas que puedan sustentar la responsabilidad de Cruz Blanca S.A., y la aquí demandante en la realización de conductas anticompetitivas; sumado a la interpretación subjetiva que de las pruebas hizo la SIC para edificar sus decisiones, sin que en realidad las pruebas demuestren los acuerdos, la tolerancia, autorización o permisión de tales conductas por parte de la señora María Fernanda Isaacs Cabral.

Puso de presente, que con la imposición de la multa en contra de la demandante se está sancionando el ejercicio de participar y exponer opiniones, criterios, conceptos recomendaciones y sugerencias dentro del seno de una agremiación, cuya constitución y fines están amparados por la Ley. Resaltó que la crisis de la

salud pública ha conllevado a que se deba utilizar la acción de tutela como medio eficaz para lograr la atención en salud.

La parte actora relievó, que la SIC desconoce la participación de ACEMI dentro del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud y las exigencias que tanto el Ministerio de Salud como la CRES les hacen a las EPS, relativa a la información estadística de los servicios prestados por ellas. Recabó en el argumento respecto del cual la SIC desconoció las deficiencias del sistema de salud y sancionó a las empresas prestadoras por ejercer su derecho de opinar y exponer sus criterios y sugerencias tendientes a solucionar la indefinición del POS y la insuficiencia de la UPC, actuaciones, estas últimas, que, en criterio de la demandante, no son atentatorias de la libertad de mercado y la libre competencia.

Aclaró, además, que el plan obligatorio de salud es de origen legal y, por tanto, no puede ser interpretado ni modificado por las empresas prestadoras de salud, por lo cual estas tienen el derecho de recobrar los servicios prestados por fuera de esas coberturas sin que tales recuperaciones puedan ser objeto de censura. Frente a este aspecto, explicó, que cosa distinta es que la EPS realice una valoración estratégica de costo beneficio y brinde un cubrimiento no incluido en el POS, situación que alude como excepcional y que no puede considerarse como un factor de competencia en la medida que no busca la captura de usuarios nuevos sino la optimización de sus propios recursos frente a procedimientos muy puntuales, reconociendo finalmente que el POS constituye un elemento del contrato sobre el cual está prohibido competir.

Puso de presente, que la SIC concluyó de forma equivocada que las EPS agremiadas en ACEMI distorsionaron la información remitida a los órganos de regulación con el objeto de afectar de forma indirecta la UPC, sin considerar que los órganos regulatorios carecen de otras fuentes para obtener sus datos y no disponen de otros mecanismos de validación de la información que reciben. Al respecto, puso de presente que muchas entidades del nivel nacional solicitan diversa información a las EPS, la cual se debe remitir en formatos, motivo por el cual ACEMI capacitó a sus agremiadas respecto de la forma en la que deben diligenciarse tales formatos para que no sean devueltos por los órganos de regulación, resaltando que la mayoría de los correos utilizados por la SIC como soporte de su investigación corresponden al desarrollo de estas actividades, pero

que a los testimonios que respaldaban esta versión no se le brindó el valor probatorio requerido.

Finalmente, luego de manifestar que la propia SIC reconoció que la UPC no responde a una definición del juego de la oferta y la demanda, derivado de lo cual la política de aprobaciones o no aprobaciones de las EPS no deberían afectarlas, en la medida que tal regulación corresponde al Estado, adujo que ello es demostrativo de la falsa motivación en la que incurrió la SIC al momento de proferir los actos demandados al descontextualizar la información recaudada por ACEMI.

3. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Luego de hacer referencia a la normatividad concerniente al derecho de la competencia y a las facultades que respecto de su protección ejerce la SIC, manifestó que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

En punto de la conducta por la cual fue sancionada la aquí demandante, precisó que lo fue por haber infringido diferentes artículos del Decreto 1663 de 1994, de lo que precisó que dicho proceder hace parte de una misma secuencia de actividades ejercidas por las empresas sancionadas, respecto de las cuales la SIC encontró probada la unificación de criterios por parte de las EPS asociadas en ACEMI, para definir los procedimientos y dispositivos que debían o no ser reconocidos como parte del POS.

La SIC puso de presente que existe una incertidumbre en la definición del POS, y que es a partir de esa situación que surge una relación de competencia entre las EPS con miras a capturar afiliados, en la cual las coberturas ofrecidas juegan un papel importante, en punto de lo cual advirtió que las EPS acordaron cuales procedimientos y dispositivos debían aceptarse como incluidos dentro del POS y cuáles no, lo que condujo en muchos casos a la negación de elementos que estaban incluidos dentro del plan, o que con anterioridad al mencionado acuerdo algunas EPS lo tenían contemplado dentro de sus coberturas y luego lo excluyeron. Respecto de ese proceder la SIC indicó que la realización del

acuerdo debe ser evaluado de forma articulada sin que sea necesario demostrar sus efectos.

Destacó, que otra de las conductas investigadas y que constituyó el núcleo esencial de la infracción cometida, lo constituye el acuerdo para afectar la transparencia de la información relacionada con la prestación de los servicios de salud que debe ser remitida a los entes regulatorios. Al respecto, señaló que están prohibidos los acuerdos que tengan como objeto o como efecto impedir la debida transparencia en el mercado de la salud, resaltando que la investigación arrojó como resultado la diferencia que se presentaba entre la información enviada a los entes de regulación y la que compartían las EPS entre ellas. Además, precisó que ACEMI solicitaba información a sus agremiadas que posibilitaba conocer la forma de funcionamiento de sus competidoras, las estrategias comerciales, y que en últimas permitía establecer de manera artificial las condiciones de la competencia.

Destacó, que el tercer elemento de la conducta objeto de sanción está constituido por la fijación indirecta de precios, puesto que, con los acuerdos para definir el POS y la limitación de la transparencia de la información, condujeron a la estructuración de un mecanismo tendiente a fijar el valor de la unidad de pago por capitación –UPC y con ello contribuyeron a definir de manera indirecta el precio de aseguramiento en salud.

En lo que tiene que ver con el ataque a los cargos enrostrados en la demanda, la SIC manifestó que no existió vulneración del debido proceso, en la medida que en desarrollo de la actuación No. 09-021413 se respetó a cabalidad tal garantía, como quiera que la aquí actora tuvo participación en desarrollo del proceso, teniendo la posibilidad de presentar y solicitar pruebas, aunado a que se recopilaron y valoraron las pruebas necesarias para la demostración de las conductas contrarias a la libre competencia. Con ello, advirtió que una vez surtida la controversia respectiva de cada medio probatorio se comprobó la realización de las infracciones enrostradas y con ello la responsabilidad de los representantes legales de las EPS, entre ellas la de Cruz Blanca representada por la señora María Fernanda Isaacs Cabral.

En lo concerniente a la pretendida vulneración del principio de imparcialidad, la SIC puso de presente que la actuación se desarrolló con sujeción a las reglas establecidas en el numeral 7º, artículo 8º del Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010, que establece las funciones del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Relievó que prueba de la imparcialidad de los funcionarios de la SIC en desarrollo del procedimiento, lo constituyen los argumentos de la segunda instancia para apartarse de la decisión del delegado en cuanto a los componentes de la UPC y la interpretación del informe motivado, con lo que se demuestra que el delegado no actuó como contraparte de los investigados.

En cuanto al aspecto relacionado a la no práctica de los testimonios dentro de la actuación, la SIC argumentó que el medio idóneo no era el testimonio sino la declaración de parte como se efectuó, pudiendo esas personas ofrecer su versión de los hechos dentro de la investigación. En lo que tiene que ver con la inconformidad de la demandante de no haber podido interrogar a los declarantes aseveró que ello tiene como sustento el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil. Y, en lo que tiene que ver con la negación de la práctica de un dictamen pericial financiero, enfatizó que tal decisión obedeció a que, tal como se advirtió en el procedimiento administrativo, su objeto era amplio e indeterminado, razón por la cual no cumplía con las exigencias contenidas en el artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, sumado a que no tenía relación con los hechos investigados. En punto de lo anterior, la SIC manifestó que dentro del proceso judicial la actora no solicitó la práctica de ese medio de prueba y que ello contraviene la postura pacífica que ha sostenido el H. Consejo de Estado, respecto de la vulneración del debido proceso derivado de la negativa de la práctica de una prueba, pues era su deber solicitarla dentro del medio de control para que el Juez pudiera analizar lo pertinente.

En lo que tiene que ver con el cargo de falsa motivación por indebida valoración probatoria y ausencia de prueba, la SIC aclaró que el procedimiento que por este medio se cuestiona fue regido en materia probatoria por el contenido del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que establece que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto. Al propio tiempo afirmó que en la resolución por medio de la cual se inició la actuación administrativa se realizó de manera clara la imputación jurídica en contra de la EPS Cruz Blanca y su representante legal

María Fernanda Isaacs. Así mismo, resaltó que una vez valoradas las pruebas obrantes en el proceso se pudo concluir que la aquí demandante incurrió en la celebración de acuerdos contrarios a la libre competencia en materia de prestación de servicios de salud, es decir, que desarrollarlo conductas contrarias a la libre competencia infringiendo las disposiciones contenidas en los artículos 3, 4 y 5 del Decreto 1663 de 1994.

En torno a la pretendida falta de pruebas que soporten la decisión, el extremo pasivo reiteró que en la actuación aquí enjuiciada se valoraron de manera conjunta las pruebas allegadas a la actuación. Por ende, no era necesario efectuar una valoración individual de cada uno de los medios de prueba arrojados al proceso. Puso de presente, además, lo que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha señalado en torno a la dificultad probatoria en materia de simulación, por cuanto en esas situaciones las partes toman las precauciones necesarias en aras de impedir que el verdadero negocio salga a luz, por lo que en la mayoría de los casos hay que recurrir la prueba indiciaria a efectos de probar el acuerdo anticompetitivo. Colofón de ello, precisó que con base en la valoración probatoria efectuada se pudo determinar que la señora María Fernanda Isaacs, en su condición de representante legal de la EPS Cruz Blanca habría tolerado y autorizado las conductas anticompetitivas.

De otra parte, en lo tocante a la censura relativa la naturaleza de la responsabilidad de los representantes legales, la SIC afirmó que esta surge en virtud de la disposición contenida en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, norma vigente para la época de los hechos, la cual establece como una función del Superintendente de Industria y Comercio la de imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, entre otros, sanciones por autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias de las normas de promoción de la competencia. En cuanto la responsabilidad de los representantes legales, la SIC manifestó que ella no puede ser objetiva, sino que se deriva del ejercicio de las responsabilidades propias del cargo que ostentan, en especial la de diligencia y cuidado frente al cumplimiento de las disposiciones legales y, que, en casos como el presente en el cual está demostrada la infracción de las normas de la competencia por una empresa, será únicamente necesario demostrar que su representante legal las toleró.

Frente a la indebida valoración de las pruebas recaudadas, la aquí demandada insistió en que del estudio sistemático de las pruebas se demostró la existencia del acuerdo anticompetitivo con la intención de interferir en el normal funcionamiento del mercado de la salud, en sustento de lo cual transcribió apartes de algunos correos electrónicos, en especial de uno enviado el 30 de mayo de 2007 remitido por la señora Sandra Camacho a la lista de EPS de ACEMI, el cual muestra la intención ilegítima de la aquí demandante de participar en la regulación del mercado.

En conjunto con ello, advirtió de la existencia de una tabla anexa de reconocimiento o no de insumos. Con ello, expuso que no es posible a los competidores de un mismo mercado acordar o siquiera discutir acerca de la forma, costos y alcance de los servicios que prestan, pues ello es lesivo de las normas de la libre competencia. La SIC refuerza su tesis con el acta No. 006 del Comité Médico del 1 de agosto de 2007, remitida mediante correo el 3 de agosto de 2007, del cual afirma es posible extraer la unificación de criterios acordados por parte de las agremiadas en ACEMI frente a los contenidos del POS. Dicha prueba, según refiere, es complementada por el acta Nos. 006 del 27 de agosto de 2008 y con el flujograma para la interpretación de cobertura de los elementos POS de fecha 3 de agosto de 2007 y el acta del comité médico de ACEMI del 31 de mayo de 2007; en esta última se evidencia la tendencia a estandarizar las políticas de las EPS en lo que a las inclusiones del POS se refiere.

La SIC concluyó su escrito de contestación, manifestando que las resoluciones demandadas están sustentadas en razones de hecho y de derecho que dan cuenta de la necesidad de la imposición de las sanciones discutidas, razón por la cual solicito despachar de manera negativa las pretensiones de la demanda.

4. TRÁMITE PROCESAL Y ALEGACIONES

El 28 de mayo de 2012, el Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá inadmitió la demanda a efectos de que la parte actora presentara escritos separados para cada uno de los accionantes, decisión frente a la cual la actora interpuso recurso de reposición el cual fue decidido mediante auto del 13 de agosto de 2012, confirmado la decisión objeto del recurso. Con escrito del 17 de agosto de 2012 el apoderado de la parte actora allegó un escrito pretendiendo subsanar la

demanda, presentando demandas separadas. Por medio de auto de 24 de septiembre de 2012 (fl.69 y vuelto), el Juzgado Quinto dispuso, previo a proveer sobre la admisión de la demanda de la señora María Fernanda Isaacs que se allegara la constancia de la notificación de los actos demandados a efectos de contabilizar el término de caducidad de la acción, documento que fue aportado por la SIC el 18 de febrero de 2012 (fl. 679). Reunidos los requisitos de ley, el Despacho, por medio de auto del 22 de abril de 2012 admitió la demanda (fls. 681 y 682). El 23 de julio de 2013, el proceso fue asignado al Juzgado Quince Administrativo de Descongestión (fl. 687) y se notificó según consta en la planilla visible a folio 731, se abrió a pruebas mediante proveído del 25 de agosto de 2015 (fl. 778 y vuelto) y finalmente, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por auto del 09 de junio de 2016 (fl. 793 cdno 1), decisión que fue objeto de recurso y se repuso por medio de auto del 17 de agosto de 2016 (fls. 830 a 832) por cuanto no se había surtido un recurso de apelación que había sido concedido en el efecto suspensivo. Por último, mediante auto de 13 de septiembre de 2018, se ordenó obedecer y cumplir lo dispuesto por el superior y. por tanto, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

Las partes hicieron uso de ese derecho, reiterando, en esencia, los argumentos esgrimidos en la demanda y su contestación.

Empero, el extremo activo recabó en el argumento de la falta de configuración de los dos supuestos de hecho que darían lugar a la imposición de la sanción, (i) la comprobación de la violación de las normas sobre protección de competencia y, (ii) la demostración de que la persona autorizó ejecutó o toleró dichas conductas.

Sostuvo que la SIC no probó que la señora Isaacs Cabral hubiera realizado conducta alguna que pueda considerarse restrictiva de las normas de la libre competencia, aunado a que tampoco se demostró que Cruz Blanca EPS hubiera incurrido en alguna de esas conductas.

Resaltó, que en caso de aceptarse que la responsabilidad de la EPS en prácticas restrictivas de la competencia, esa sola consideración no basta para endilgarle responsabilidad a una persona natural.

Ahondó en el argumento relacionado con la configuración de la falsa motivación, en el sentido de indicar que la SIC desconoce el funcionamiento del sistema de salud en Colombia y, por tanto, sus apreciaciones relativas a la configuración de prácticas anticompetitivas devienen erróneas.

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el proceso no se observa causal de nulidad que pueda dejar sin valor la actuación que hasta aquí se ha surtido por lo que se procede a decidir sobre el fondo del asunto litigado en los siguientes términos

1. PROBLEMA JURÍDICO

Estima el Despacho que el problema jurídico, se centra en determinar si los actos administrativos acusados fueron o no expedidos con falsa motivación o con violación al debido proceso.

Ahora, en el evento que alguna de las acusaciones de la demanda resulte probada, el Juzgado deberá proveer sobre el restablecimiento del derecho deprecado y la solicitud de indemnización de perjuicios.

2. MEDIOS PROBATORIOS RELEVANTES

Dentro del expediente obran los siguientes medios probatorios relevantes, que servirán de soporte a la decisión que se adopta en esta providencia:

- ✓ Copia de la Resolución No 46111 de 30 de agosto de 2011, por medio de la cual se imponen unas sanciones a unas EPS agremiadas en ACEMI, entre ellas Cruz Blanca EPS, por haber desarrollado prácticas anticompetitivas en materia de servicios de salud, y se sancionan a unos representantes legales de esas instituciones, entre otros, a la señora María Fernanda Isaacs Cabral (fl. 3 al 138 del cdno 1.)

- ✓ Copia de la Resolución No. 48186 del 9 de septiembre de 2011, por medio de la cual se modificaron unos artículos de la Resolución No 46111 de 30 de agosto de 2011. (fls. 140 a 145 del cdno 1).
- ✓ Copia de la Resolución No. 65116 de 21 de noviembre de 2011, por medio de la cual se resolvieron unos recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución No 46111 de 30 de agosto de 2011, que en lo pertinente, confirmó la sanción impuesta en contra de la señora María Fernanda Isaacs Cabral en su condición de representante legal de Cruz Blanca EPS (fls. 146 a 331 del cdno 1)
- ✓ Copia de la Resolución No. 42046 del 12 de agosto de 2010, por la cual la SIC le impuso a la sociedad demandante la multa que por este medio de control se controvierte (fls. 127 a 136 del cdno de antecedentes).
- ✓ Copia del expediente administrativo No. 09-021413 obrante en medio magnético CD (fl. 791 cdno 2)

3. CASO CONCRETO

La parte actora propuso dos cargos de nulidad, así: (i) falsa motivación y, (ii) violación del debido proceso, censuras que se resolverán en el orden que fueron presentadas en la demanda, de acuerdo con lo previsto en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, norma vigente para el momento de presentación del libelo.

3.1. TESIS DEL DESPACHO.

El Despacho negará las pretensiones de la demanda en la medida que la parte actora no demostró que los actos administrativos demandados hayan sido expedidos con falsa motivación o con violación del debido proceso, como quiera que los actos administrativos fueron debidamente motivados y están edificados en las pruebas oportuna y legalmente allegadas a la actuación, con sujeción estricta al debido proceso administrativo y con respeto del derecho de defensa y contradicción.

4. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA LIBRE COMPETENCIA, SOBRE LAS CONDUCTAS QUE INFRINGEN DICHO REGIMEN Y LA FORMA DE PROBARLAS

El artículo 333 de la Constitución Política, dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 333. actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (Resaltado fuera de texto)

Respecto del concepto de libre competencia, la Corte Constitucional, en la sentencia C-032 de 2017, expresó:

“La libertad de competencia por su parte, acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica

lícita que ha sido escogida por el participante.” (Resaltado fuera de texto)

En esa misma providencia, el Alto Tribunal señaló que la libre competencia comprende los siguientes elementos: “(i) *la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.*

En ese contexto, puede entenderse que la libre competencia pre supone que existen varias empresas intentando conquistar un mercado de bienes y servicios, para lo cual, buscarán ofrecer las mejores condiciones a fin de captar la atención de los consumidores, quienes, a su vez, están en libertad de escoger la mejor opción entre el abanico de posibilidades que tienen a su alcance.

En contraste con lo anterior, se incurre en infracciones a la libre competencia cuando esas empresas, como actores dominantes en el mercado, deciden llegar a acuerdos sobre las condiciones y ventajas comerciales, limitando la oferta e impidiendo, total o parcialmente, que los consumidores puedan escoger por diferentes opciones del mercado, dicha circunstancia se traduce en una práctica restrictiva de la competencia que en últimas afecta a los consumidores de los bienes y servicios ofertados, en una clara oposición de los postulados del artículo 333 constitucional.

Es por lo anterior, que este tipo de prácticas se encuentren proscritas en el ordenamiento jurídico¹ colombiano, como lo señaló el Consejo de Estado en providencia de 9 de agosto de 2018², así:

“Bajo tal marco, es muy importante señalar que se ha establecido un marco jurídico para la salvaguarda de la libre competencia en los

¹ Al respecto se resaltan la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, cuyas normas pertinentes serán citadas posteriormente.

² Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00334-01; Actor: Cementos Argos S.A. y Jose Alberto Vélez Cadavid; C.P. Rocío Araujo Oñate.

diferentes mercados, estableciendo, por ejemplo, prohibiciones genéricas, la vigilancia especial de algunas empresas, las facilidades de intervención del Estado y la obligación que tienen algunas empresas de rendir informes a la SIC, de los cuales puede decirse actualmente que las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan, entre otros aspectos, lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales³.”

Así mismo, es pertinente señalar que el proceso administrativo sancionatorio, cuando se trata de prácticas restrictivas de la competencia asociada a acuerdos entre empresas, presenta particularidades que surgen de la naturaleza misma de la conducta que deben ser observadas antes de entrar a resolver los cargos de nulidad.

En principio, debe tenerse en cuenta que este tipo de infracciones no son realizadas por una sola persona, en efecto, los acuerdos empresariales, implican la participación no solo de dos o más personas jurídicas, sino, además, de los empleados de estas que son quienes realizan dicha concertación, en la medida que, si bien una empresa constituye una persona jurídica, ficción que la hace sujeto de derechos y deberes; lo cierto es que materialmente actúa por conducto de las personas naturales que en ella laboran, quienes son las que toman las decisiones y realizan los pactos irregulares.

En ese orden de ideas, una conducta cartelista constituye un todo en el que participan las empresas y se compone de las conductas particulares de aquellos sujetos con poder de decisión que participaron en los acuerdos anticompetitivos, sin que se puedan desligar estos últimos de la actividad ilícita de la empresa.

En este tipo de conductas cartelistas, las pruebas de las actividades individuales de los directivos sancionados, deben estudiarse en conjunto con los hechos

³ Esta posición se instituye actualmente en virtud de los parámetros del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, posterior a los hechos que son objeto de análisis en el presente caso, pero en consonancia con los parámetros del marco de la ley 155 de 1959. El nuevo texto es el siguiente:> Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

probados respecto de la actividad de las empresas, con el propósito de efectuar una valoración integral y evitar de esta manera caer en interpretaciones de los hechos como si fueran comportamientos aislados de los particulares sin relación alguna con la actividad de la sociedad a la cual se encontraban vinculado

En torno a ello, el H. Consejo de Estado ha manifestado que este tipo de conductas cartelistas se prueban mediante indicios, así lo dejó sentado en la providencia de 19 de julio de 2018, al estudiar un caso similar a este⁴, al señalar:

“Frente a la valoración de las pruebas que se encuentran en un proceso como el aquí adelantado, la Superintendencia en la Resolución 46111 de 2011 afirmó: “las pruebas arriba citadas deben ser interpretadas como la muestra de una cadena de acciones que en su conjunto componen la infracción acusada.”, de manera que las pruebas deben valorarse en su conjunto, para encontrar la prueba de la conducta investigada.

Lo anterior ya que como lo ha dicho esta Sección en oportunidades anteriores: “la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia”

Así las cosas, de la valoración de todos los medios probatorios en su conjunto se encontró que las demandantes le entregaron información desagregada y confidencial a ACEMI, la cual posteriormente fue recirculada entre las EPS agremiadas, razón por la cual fueron objeto de las sanciones impuestas en los actos demandados.”

En efecto, las conductas anticompetitivas por acuerdos entre empresas, suelen sustentarse en pactos no escritos en los que es difícil determinar puntualmente qué persona (natural) lo propuso y el grado exacto de participación en su cumplimiento.

⁴ Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00690-01; Actor: SALUDCOOP Y OTROS; Carlos Enrique Moreno Rubio

En ese escenario, la prueba indiciaria constituye una herramienta de especial importancia para la entidad que ejerce las funciones de control y vigilancia en estos casos, por cuanto le permite partir de unos hechos ciertos (comunicaciones, encuentros, reuniones, correos electrónicos) y relacionando dichos sucesos particulares con el marco general de la conducta de las empresas, inferir la responsabilidad del sujeto en la práctica anticompetitiva.

3.2. PRIMER CARGO: VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO

La parte actora considera que la SIC vulneró el debido proceso administrativo del que es titular en su condición de investigada, por dos aspectos esenciales. El primero, la presunta falta de imparcialidad del funcionario encargado de la investigación por ser el mismo que finalmente adopta las decisiones. Y, el segundo, por la negación de la práctica de unas pruebas solicitadas en sede administrativa por el grupo Salud Coop, en especial de los testimonios de los representantes legales de las EPS investigadas y de un dictamen pericial.

Para iniciar el estudio de este reproche, es importante señalar que el debido proceso se erige como un derecho fundamental que se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, del cual se extrae que el ejercicio de las competencias públicas es un asunto reglado por la ley que busca la realización de los cometidos estatales, la efectividad del derecho material y la protección de las garantías de quienes intervienen en los distintos procedimientos, para cuyos efectos se dota al administrado involucrado en la actuación de una serie de instrumentos de defensa en aras de la protección de sus derechos y garantías fundamentales.

De conformidad con lo anterior, el derecho al debido proceso se concreta en la protección constitucional que se otorga a todas las personas con el fin de garantizar durante todo el trámite, bien sea administrativo o judicial, la obtención de decisiones justas y adecuadas al derecho material, para lo cual es indispensable que se haya proporcionado al interesado la oportunidad de ser escuchado y de controvertir los elementos probatorios que sustentan la adopción de la respectiva decisión.

En asuntos administrativos, el debido proceso implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino que lo haga también en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación, esto es, dentro de una actuación administrativa, razón por la que, todo acto arbitrario del Estado implica violación del debido proceso.

Ahora bien, corresponde al Despacho dilucidar si la actuación administrativa que dio origen a la expedición de los actos acusados, lo fue con plena observancia del derecho al debido proceso.

Para poner el asunto en contexto, es pertinente recordar que en materia de salud están proscritas las prácticas de competencia desleal dentro de la dinámica de ese mercado, según lo preceptuado en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994⁵, en virtud del cual están prohibidos los acuerdos, convenios o prácticas que directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto restringir la libre competencia en el mercado de prestación de servicios en salud, norma cuyo texto es como se transcribe a continuación:

La norma en comento establece que dichas prohibiciones le son aplicables a las actividades realizadas por “(...) *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”. (subraya y resalta el Despacho). En complemento

⁵ **ARTICULO 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 interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito. (...)

de ello, el artículo 5 ibídem consagra los acuerdos que son contrarios a la libre competencia en materia de salud.

Bajo ese contexto, es claro que existe una regulación especial del mercado de la salud que prohíbe una serie de comportamientos tendientes a regular de manera artificial los precios o los servicios prestados, proscribiendo comportamientos tendientes a la cartelización de ese sector mediante prácticas de alineación de los actores del sistema, cuyos efectos también irradian a las personas naturales que participan en él, luego era perfectamente viable que la SIC investigara y sancionara a los representantes legales de las EPS concernidas dentro de la actuación administrativa.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto se tiene que la demandante considera que la actuación del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia es lesiva del debido proceso, por cuanto este mismo funcionario se encarga de adelantar la investigación, pronunciarse acerca de las pruebas y proferir la decisión; proceder que, en su criterio, le permite asumir la posición de contraparte, por cuanto se constituiría en juez y parte dentro del procedimiento administrativo.

Al respecto, es pertinente traer a colación que las funciones del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia están definidas en el Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010, norma que en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 8 establece como atribuciones propias de esa dependencia, las siguientes:

“3. Iniciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares acerca de infracciones a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

4. Resolver sobre la admisibilidad de las denuncias de que trata el numeral anterior.

5. Tramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

6. Presentar al Superintendente de Industria y Comercio una vez instruida la investigación, informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

7. Elaborar los proyectos de resolución mediante los cuales se decida una investigación por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia, de acuerdo con los lineamientos e instrucciones que sobre el caso particular imparta el Superintendente de Industria y Comercio.” (subraya y resalta el Despacho)

De las normas transcritas se puede concluir sin necesidad de mayores elucubraciones de tipo jurídico, que las actuaciones del Superintendente Delgado para la Promoción de la Competencia, se ajustó a las competencias fijadas en la norma que gobierna la materia, es decir, que actuó con apego al principio de legalidad y con respeto al debido proceso, luego las afirmaciones de la actora en ese sentido carecen de todo sustento fáctico y jurídico, en la medida que el funcionario actuó de conformidad con sus atribuciones. Ahora bien, si lo que extraña la parte actora es una separación intra orgánica donde existan dos instancias independientes, una encargada de llevar la investigación y otra encargada del juzgamiento, dicho asunto corresponde a un debate completamente distinto, ajeno a la finalidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del cual no es predicable vulneración de derechos alguna, en la medida que, se insiste en el respeto de las normas que rigen la materia y las competencias establecidas en la ley.

En lo relacionado con la negación por parte de la SIC de la práctica de unas pruebas, concretamente de un dictamen pericial y de los testimonios de los representantes legales de las EPS investigadas, para este Despacho tal actuación tampoco es lesiva del debido proceso, por las siguientes razones:

En lo que tiene que ver con la negativa del decreto de los testimonios de los representantes de las EPS, le asiste razón a la SIC al considerar que tal medio de prueba no era procedente, en la medida que el testimonio se predica respecto de un tercero imparcial a quien le consten los hechos materia de investigación;

empero, en este caso, una vez iniciada la investigación administrativa los representantes legales de esas empresas adquieren la condición de parte procesal, escenario en el cual el medio idóneo es la declaración de parte, la cual tiene como finalidad provocar la confesión de la parte, en la forma en la que lo hizo la SIC en el procedimiento objeto de este pronunciamiento.

Al respecto el H. Consejo de Estado en sentencia No. 2116570 25000-23-24-000-2012-00690-01 del 19 de julio de 2018, con ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, en un caso homologo a este, precisó: *“De acuerdo con lo anterior, no se advierte por parte de esta Sala una violación al debido proceso por parte de la SIC en cuanto a la denegatoria de decretar el testimonio de los representantes legales de las EPS investigadas, ya que dentro de esa actuación administrativa todas las EPS constituían la parte investigada y por tanto no eran terceros, de manera que no se podía decretar su testimonio, ya que como se dijo con antelación los testimonios tienen como objeto la declaración de terceros y no de las partes dentro del respectivo proceso.”*

Ahora, en lo concerniente a la negativa de la SIC de no permitir a los apoderados de las EPS interrogar a los declarantes, esa Alta Corporación manifestó: *“En cuanto a la manera como se practicó el interrogatorio de los representantes legales de las EPS investigadas, tampoco se encuentra violación al debido proceso, toda vez que cuando se decreta por solicitud de una de las partes, será ésta quien haga las preguntas buscando la confesión de su contraparte.”* En tal sentido, si los apoderados de las EPS deseaban demostrar algunas situaciones dentro de la investigación, lo debieron haber hecho de conformidad con los medios de prueba legalmente permitidos, dentro de los parámetros de la utilidad, la pertinencia y la conducencia.

En cuanto a la negativa del dictamen pericial, observa el Despacho que la experticia tenía por objeto el estudio de la variación de la UPC y su correspondencia con el POS, lo que sin lugar a dudas no guarda una relación inescindible con la finalidad perseguida dentro de los procesos investigativos por prácticas cartelistas, en la medida que la administración lo que pretendía demostrar era la alineación irregular en la que estaban incurriendo las ES agremiadas en ACEMI de cara a incidir en las oberturas del POS y en el valor de la UPC, es decir, que lo que se reprocha es la concertación de las EPS, con

independencia de que hayan logrado los objetivos o no. Por esta razón, el Despacho concuerda con la postura de la SIC de haber negado el referido medio de prueba.

Aparejado a lo anterior, tal como lo ha sostenido el máximo órgano de lo contencioso administrativo, la simple negativa de un medio de prueba dentro del proceso administrativo no conduce indefectiblemente a la vulneración del debido proceso, bajo el entendido que la parte lo que debe demostrar es la actuación irregular de la administración, para lo cual debe solicitar dentro del proceso judicial la práctica de los medios de prueba negados en sede administrativa, y de esta manera el juez contencioso pueda valorar la censura, carga con la que no cumplió la parte actora, en la medida que no solicitó dentro de esta actuación la práctica de los medios probatorios que extraña.

Por los anteriores motivos, el cargo de violación del debido proceso será despachado de manera negativa.

4. SEGUNDO CARGO: FALSA MOTIVACIÓN

Luego de hacer una exposición de la falsa motivación como causal de anulación de los actos administrativos y de efectuar un estudio acerca de lo que la doctrina y la jurisprudencia han entendido frente a esta censura, la parte actora aterrizó sus inconformidades respecto del sustento en el que la SIC fincó las determinaciones objeto de censura cuatro aspectos fundamentales; (i) carencia de pruebas en contra de Cruz Blanca EPS y de la señora Isaacs Cabral, (ii) interpretación errónea de las pruebas recaudadas (iii) sanción por participar y expresas opiniones dentro del seno de una agremiación y, (iv) desconocimiento de las falencias en la reglamentación del sistema de salud imponiendo sanciones a las EPS y sus representantes legales por expresar sus opiniones.

En lo que tiene que ver con los dos primeros reparos que componen este cargo de anulación, es Despacho observa que están dirigidos a cuestionar la presunta carencia de pruebas y la errónea interpretación de las existentes de cara al compromiso de responsabilidad que la SIC le atribuyó a la señora María Fernanda Isaacs Cabral.

En este punto, es preciso hacer claridad que en materia probatoria la SIC regentó el proceso con base en lo reglado por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que era la norma vigente en ese momento. Por ello, tal como lo afirmó en la contestación de la demanda y quedó explícito en los actos acusados, realizó una apreciación de todas las pruebas en su conjunto, en anuencia con los postulados de la sana crítica.

También resulta de vital importancia de cara a la responsabilidad de los representantes legales de las entidades que ejecutan prácticas anticompetitivas, traer a colación el contenido del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, vigente para la época de los hechos, merced al cual la SIC está facultada para imponer multas hasta por el valor de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, entre otras personas, a los representantes legales de las empresas que autoricen, ejecuten o toleren prácticas comerciales restrictivas.

En este punto, el primer aspecto que se debe abordar de cara a estudiar los motivos en los que la SIC edificó su decisión, es el relativo a la existencia de la conducta cartelista parte de las EPS agremiadas en ACEMI, misma que se fue probada a través de varios correos electrónicos y mensajes de datos de los que pudo colegir la intención torcida de las EPS de unificar criterios de cobertura respecto de los procedimientos y dispositivos cubiertos por el POS, comportamiento contrario a lo establecido en el artículo 3º del Decreto 1663 de 1994.

Así las cosas, dentro del procedimiento administrativo sancionatorio se probó la participación de ACEMI como centro de coordinación y recolección de información en torno a la interpretación de las coberturas del POS, actividad que desborda el objeto de dicha agremiación, en la medida que la labor de interpretación le corresponde de manera individual a cada EPS como competidores dentro del mismo mercado. A dicha conclusión llegó la SIC con base en una serie de correos, entre ellos, el enviado el 3 de agosto de 2007 respecto del acta de comité médico de 3 de agosto de ese año, misiva en la ponía de presente la necesidad de mantener una posición en el tema de recobros y autorizaciones (fl. 465 cdno 2). Aunado a una serie de correos donde se determinaba a las EPS a unificar criterios de cara a la presentación de las

propuestas que se presentaban ante el Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Salud.

Otro aspecto que debe quedar claro es el concerniente a la existencia de una zona de incertidumbre en el mercado de los servicios de salud, que, como en cualquier otro mercado en el que confluyan varios actores, constituye el marco de movilidad que permite la dinámica de la libre competencia entre los ellos. Por ello, permitir que los competidores, en este caso las EPS, se concierten para llegar con una postura unificada con el ánimo de influir en las coberturas de los procedimientos y medicamentos incluidos o no dentro del POS, se erige en el comportamiento que precisamente la SIC les reprochó a las instituciones de salud agremiadas en ACEMI.

Es preciso aclarar, que en este asunto, por la naturaleza de los acuerdos o consensos a los que llegaban las EPS bajo la rectoría de ACEMI, la SIC no efectuó un examen de la conducta de cada una de estas entidades individualmente consideradas, sino que, su estudio estuvo regido por análisis conjunto de la participación de las entidades en la agremiación, en la medida que fue a través de ACEMI que se impartieron las directrices para que las afiliadas unificaran sus criterios en cuanto a temas de coberturas de servicios por el POS y los consecuentes recobros. Por ello, demostrada la responsabilidad de ACEMI como coordinador de las conductas cartelistas deviene indefectiblemente la de las EPS pertenecientes agrupadas en la asociación, entre ellas la de Cruz Blanca EPS, pues la coordinación se ejercía en aras de influenciar la unidad de criterios con las que estas presentaban sus informes antes los entes regulatorios como el Ministerio de Salud y de esta manera falsear la competencia que debe existir entre ellos en temas relacionados a calidad, cobertura y servicios, eliminado de esta forma los factores de competencia naturales que deben regir la prestación de servicios de salud según las reglas del mercado.

Para resolver las inconformidades planteadas, es importante recabar en lo dicho por el Despacho en el acápite de las generalidades de las conductas clientelistas y la forma de probarlas, bajo el entendido que tales actuaciones no son realizadas por una sola persona, en la medida que los acuerdos empresariales de alineación de políticas para afectar un mercado, suponen la participación de varias personas jurídicas, las cuales a su vez materializan su actuar a través de personas

naturales, quienes, en últimas, son quienes conciertan las colusiones, situación de la cual se desprende la responsabilidad de los representantes legales, por acción o por omisión.

Indudablemente, que en este tipo de asuntos la responsabilidad no es objetiva, sino que, debe surgir de un análisis probatorio esencialmente indiciario, por medio del cual, de un hecho probado se pueda inferir uno desconocido, como quiera que en la mayoría de los casos de cartelización nunca obran pruebas escritas de los pactos, razón por la cual el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea de decisión basada en la prueba indiciaria como sustento de la responsabilidad de los investigados.

En el asunto bajo examen, el tipo de responsabilidad que se le atribuyó a la señora Isaacs Cabral, lo fue por omisión, en la medida que, en su condición de representante legal de la EPS Cruz Blanca, cuando menos, toleró la realización de unos acuerdos anticompetitivos entre las EPS asociadas en ACEMI, agremiación por conducto de la cual se distribuyó información desagregada entre las EPS con el claro objeto de incidir en las coberturas del POS y en el valor de la UPC.

La responsabilidad de la señora María Fernanda Isaacs Cabral, la halló probada la SIC con base en la declaración rendida por ella misma el día 16 de septiembre de 2010, dentro de la cual aceptó haber trabajado en cargos directivos del grupo Salud Coop y como representante legal de Cruz Blanca. En dicha declaración, admitió que en su condición de representante legal de Cruz Blanca EPS participaba de las reuniones de la junta directiva de ACEMI.

De lo anterior la SIC concluyó: *“ de todo lo anterior, es posible concluir que la investigada recibía reportes sobre las actividades llevadas a cabo a interior de la asociación y que también hacía parte de su junta directiva. Es decir, a pesar de tener conocimiento de las actividades llevadas a cabo, no realizó ningún acto para impedir las y/o evitarlas. (...)”*

Como se puede apreciar, si bien, la SIC no hizo alusión a una prueba directa para imputar responsabilidad a la aquí demandante, a tal deducción arribó luego de analizar en la Resolución No. 46111 de 2011, la responsabilidad de todas las EPS investigadas y la de sus representantes legales, luego no fue una inferencia

hecha sin ningún tipo de sustento, en medida que se acompasa con los hechos probados respecto de las prácticas restrictivas de las EPS a través de ACEMI, todo lo cual, en su conjunto le permitió a la SIC establecer que la señora Isaacs Cabral, conocía de las actuaciones irregulares de las EPS agremiadas en ACEMI tendientes a fijar artificialmente el mercado de los servicios de salud y no hizo nada para impedirlos.

En este punto, el Despacho recuerda lo señalado por el Consejo de Estado en providencia de 21 de junio de 2018⁶, así:

*“En efecto, en reiteradas oportunidades, la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar **la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia.***

Esta metodología dio origen a la doctrina de las “prácticas conscientemente paralelas”, que tiene dos elementos fundamentales: (i) La ocurrencia de una conducta paralela; y (ii) la demostración del elemento consciente.

(...)

*En consonancia con lo anterior, para probar la existencia de casos de paralelismo consciente **es necesario demostrar, además del paralelismo, unos factores adicionales que no son otra cosa que indicios de la existencia de un acuerdo entre las compañías investigadas.***

*Estos indicios pueden ser **comunicaciones verbales o escritas entre los competidores que indican un ánimo de llevar a cabo una conducta comercial que tiene efectos sobre la competencia.** Puede tratarse, por ejemplo, de comunicaciones o reuniones en las cuales los competidores se intercambian información sensible (información actual y desagregada) sobre aspectos estratégicos tales como precios, zonas de influencia, fechas de lanzamientos de nuevos productos, etc.” (Resaltado fuera de texto)*

⁶ Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00305-02; Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO; C.P. Alberto Yepes Barreiro

Cabe aclarar, que aquí no se está atribuyendo responsabilidad personal a la señora Isaacs Cabral por el mero hecho de pertenecer a la EPS Cruz Blanca, sino porque en su condición de alto directivo y representante legal de la misma, participaba de manera activa en la definición de las políticas de la EPS y participaba en los comités de ACEMI, tal como ella misma lo reconoció ante la SIC, luego conocía perfectamente los lineamientos que desde el seno de esa agremiación se impartían en aras de fijar artificialmente ciertos aspectos del mercado de salud. Y si bien, no milita prueba directa que le enrostre a la señora Isaacs Cabral la estructuración del acuerdo en colusorio, no es menos cierto que su participación en los comités y su rol de representante legal de Cruz Blanca EPS permiten establecer su responsabilidad en las prácticas cartelistas, con base en el análisis conjunto de las pruebas de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012.

No puede avalar este Despacho un análisis fragmentado del material probatorio, en la forma que lo pretende la aquí demandante, cuando lo cierto es que las prácticas restrictivas de la competencia se desarrollan entre varios actores, con grados de participación diversas, por lo que las pruebas deben ser analizadas en su conjunto, de acuerdo a la sana crítica y a las reglas de la experiencia, como en efecto lo hizo la SIC en los actos demandados, por lo menos, en lo que atañe a la responsabilidad de la señora María Fernanda Isaacs Cabral.

En ese contexto, para el Despacho resulta acertada la valoración probatoria efectuada por la SIC, en razón a que como ya se ha dicho a lo largo de esta providencia, en este tipo de actuaciones, la forma de poder establecer responsabilidad y establecer los hechos es por medio de la prueba indiciaria, práctica que ha sido aceptada de manera pacífica por el H. Consejo de Estado y con la cual concuerda plenamente este estrado Judicial. Por tal motivo, no se avizora irregularidad alguna derivada de una falsa motivación en la forma planteada en la demanda, puesto que los hechos sustento de la investigación concuerdan con la realidad probatoria y la situación jurídica expuesta en los actos acusados.

De otro lado, frente al reparo del demandante según el cual la SIC está proscribiendo el derecho de reunión, el Despacho desestimaré de plano esta

afirmación, por cuanto es evidente que el ente de control no sancionó a la actora por el solo hecho de encontrarse con otras personas y sostener reuniones en el seno de su agremiación, sino porque en alguna de esas reuniones se plantearon prácticas que restringen la libre competencia entre varias EPS que compiten entre sí en el mercado de la salud, proceder totalmente contrario a las normas de protección al derecho de competencia.

En cuanto a la manifestación de la parte actora referida al presunto desconocimiento de parte de la SIC acerca de las falencias en la reglamentación del sistema de salud, y que por tal motivo haya sancionado a las EPS concernidas en la investigación y a sus representantes legales, tal argumento no puede ser de recibo para este juzgador y menos constituir una censura por falsa motivación de los actos. Al respecto, para el Despacho es claro que, si esa era la situación, así se debió haber planteado a través de la entidad rectora de la Salud en Colombia, es decir, el Ministerio de Salud, y no haber procedido con el ejercicio de prácticas anticompetitivas en aras de lograr sus objetivos, porque ello claramente se enmarca en una infracción a dicho régimen, en la forma en la que los determino la SIC en los actos demandados.

Finalmente, referente a la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sala Transitoria, el 27 de noviembre de 2018, que fue allegada por la parte actora el 28 de enero de 2019 (fls. 847 a 822), considera el Despacho que las razones esgrimidas por esa corporación para declarar la nulidad de una sanción impuesta a una funcionaria de una EPS dentro de un proceso de colusión, lo fue por no haber encontrado ningún tipo de prueba de la que se pudiera determinar, por lo menos, la tolerancia de la señora en los acuerdos anticompetitivos, aunado a que la allí investigada era la suplente de un cargo directivo, cuya función se activaba solamente en los eventos en los que el titular no podía ejercer su función. Situación muy distinta, a la que se presenta con la señora María Fernando Isaacs Cabral, quien para la época de los hechos era la representante legal de Cruz Blanca EPS y sobre quien existen una serie de evidencias que determinan su participación en la alineación de las EPS agremiadas en ACEMI con el ánimo de influir en las coberturas del POS. Por ello, la referida sentencia no constituye, en modo alguno, una postura adoptada por ese Tribunal en cuanto las sanciones que la SIC les ha impuesto a las personas naturales que ejecutan o toleran las acciones colusorias.

Por lo anterior, el cargo de falsa motivación no tiene méritos para prosperar.

Así las cosas, como la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados, se negarán las pretensiones de la demanda.

4. COSTAS

Sobre las costas, el artículo 171 del Decreto 01 de 1984 (norma vigente para la época en la que se presentó la demanda) disponía lo siguiente:

“ARTÍCULO 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”

Las normas previstas en el Decreto 01 de 1984 y en el Código de Procedimiento Civil, establecían la condena en costas con un criterio subjetivo, por lo que es necesario analizar la conducta asumida por las partes, en especial la vencida, para efectos de determinar la procedencia o no de la misma.

Así, en el presente caso, en la medida en que no se observa que la parte vencida esté inmersa en alguna de las conductas descritas en los artículos 73 y 74 del Código de Procedimiento Civil (norma vigente para la época en la que en la que se presentó la demanda) el Despacho no efectuará condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Cinco Administrativo de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

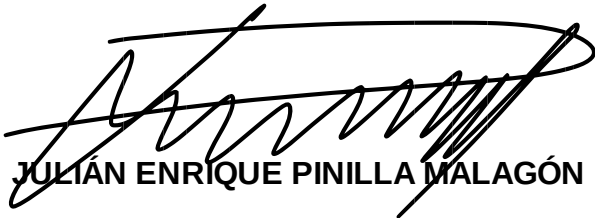
RESUELVE

PRIMERO. - NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos esbozados en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO. - Sin condena en costas.

TERCERO. - Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, **DÉJESE** constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JULIÁN ENRIQUE PINILLA MALAGÓN
JUEZ

Firmado Por:

JULIAN ENRIQUE PINILLA MALAGON
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 45 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8b7f2d7909cb59f9759f051691d9f96d95dc9eec4721a7b81a836251c3a25124

Documento generado en 30/06/2020 12:39:45 PM