

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Radicación:	25000-23-24-000-2012-00662-01
Demandante:	SALUD TOTAL E.P.S.
Demandado:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Tema:	REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA/ LIBRE COMPETENCIA/ SANCIONATORIO SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ FALSA MOTIVACIÓN/ VALIDEZ PROBATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS/ CADUCIDAD FACULTAD SANCIONATORIA/ CONTINUADAS/ ELECTRÓNICOS/ PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en lo contencioso administrativo, por haber negado a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La demanda

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el apoderado judicial de la sociedad SALUD TOTAL S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUYENTE SALUD TOTAL S.A. (en adelante SALUD TOTAL) presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo – CCA, en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), con miras a obtener las siguientes condenas:

“**PRIMERA.** Se declare la nulidad de la Resolución 46111 del treinta de (30) de agosto de 2011, proferida por el Superintendente de Industria y Comercio, por medio de la cual se sancionó a SALUD TOTAL por incumplimiento de las normas de protección a la competencia, al pago de la suma de DOS MIL salarios mínimos legales vigentes (2.000 s.m.m.l.v.), que equivalía al momento de expedición del acto administrativo a MIL UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.071.200.000) y a la publicación de un aviso referencial de imposición de la sanción en un diario de amplia circulación nacional.

SEGUNDA. Se declare la nulidad de la Resolución 65116 del veintiuno (21) de noviembre de 2011, proferida por el Superintendente de Industria y Comercio, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por SALUD TOTAL S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUYENTE SALUD TOTAL S.A. (en adelante SALUD TOTAL) en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC).

interpuesto por SALUD TOTAL en contra de la Resolución 46111 del treinta (30) de agosto de 2011, confirmándose en todas sus partes la Resolución impugnada.

TERCERA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, en calidad de restablecimiento de derecho se condene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a restituir a SALUD TOTAL, la suma de MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$1.071.200) que fueron cancelados por virtud de los actos ADMINISTRATIVOS DECLARADOS NULOS.

CUARTA PRINCIPAL. Solicito que se condene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO al pago de intereses comerciales de mora sobre la suma mencionada en la pretensión principal, liquidados desde el momento en que SALUD TOTAL canceló dicho valor, hasta la fecha en que se haga el pago a mi representada.

CUARTA SUBSIDIARIA. Subsidiariamente, solicito que se condene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO al pago de corrección monetaria más los intereses legales correspondientes a la suma mencionada en la pretensión tercera, liquidados desde el momento en que SALUD TOTAL canceló dicho valor, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago a mi representada.

QUINTA. Como consecuencia de las declaraciones solicitadas en las pretensiones primera y segunda, también en calidad de restablecimiento del derecho se ordene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a publicar la parte resolutoria de la sentencia que declara la nulidad de los actos administrativos en los mismos diarios de amplia circulación nacional en los que tuvo lugar la publicación ordenada en las Resoluciones demandadas.

SEXTA. Para el cumplimiento de la sentencia se tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

SÉPTIMA. Se condene en costas a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.”

I.1.1.- Los hechos que sustentan la demanda

Los hechos relevantes que sustentan la demanda son los siguientes:

La SIC, mediante Resolución 10958 de 6 de marzo de 2009, ordenó abrir investigación en contra de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (en adelante ACEMI) y de distintas entidades promotoras de salud del régimen contributivo (en adelante EPS), entre ellas, SALUD TOTAL.

La investigación iniciada por la Resolución 10958 de 2009 tenía por finalidad determinar si las EPS habían actuado en contravención de los artículos

y

, numerales 1°, 8° y 10° del Decreto 1663 de 199; al incurrir en un acuerdo contrario a la libre competencia, la cual se refiere a la libre concertación versaba sobre cuáles servicios y procedimientos debían entenderse incluidos o excluidos del Seguro Obligatorio de Salud – POS. Igualmente, la Resolución referida tenía como propósito establecer si se había infringido los artículos 3° y 4° del mismo decreto.

Los fundamentos de las imputaciones jurídicas efectuadas en la mencionada resolución, en síntesis son los siguientes:

Las EPS, a través de ACEMI, habrían incurrido en prácticas irregulares, dado que “[...] al observar de las comunicaciones cruzadas entre las EPS y ACEMI, se encontró que corresponde a información en circunstancias normales de mercado no debería estar disponible para la consulta de los competidores. Se trata de criterios de cobertura de servicios de salud, de lo cual se deriva la diferenciación como entidad de cada EPS, así como de costos de los servicios, variable determinante para los entes reguladores al momento de definir el precio del servicio de aseguramiento en salud (UPC y recobros al FOSYGA).”

Las EPS habrían realizado un acuerdo sobre la no cobertura de diversos servicios de salud. Para las afiliadas a ACEMI estaban llegando a consensos sobre la no cobertura de diversos servicios de salud.

Las EPS habrían realizado un acuerdo para la fijación indirecta de precios y la limitación de la transparencia de la información. El mencionado acuerdo se habría dirigido a fijar indirectamente el precio del seguro de salud, es decir, de la UPC, y de igual forma, habrían acordado ocultar y falsear información.

Por último, los representantes legales de las EPS investigadas habrían autorizado y/o tolerado dichas prácticas.

Con memorial radicado ante la SIC el 24 de abril de 2009, la hoy parte actora describió el traslado administrativo referido. Expuso sus argumentos y solicitó las pruebas con miras a controvertir las imputaciones hechas en su contra.

Una vez finalizada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de Competencia, SIC, con fecha 31 de marzo de 2011, presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado, en el que recomendó sancionar a las investigadas y a sus representantes legales, e imponerle multa por el valor más alto establecido en la norma.

El 29 de abril de 2011, SALUD TOTAL presentó sus observaciones al Informe Motivado y a la etapa probatoria de la investigación.

El 30 de agosto de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio expidió la Resolución 46111 que acogió las recomendaciones del Informe Motivado al encontrar probada la realización de acuerdo que restringe la competencia, imponiendo sanción a la demandante por la suma de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes y ordenando una publicación en un diario de amplia circulación nacional.

SALUD TOTAL interpuso oportunamente recurso de reposición en la que señaló los motivos por los cuales podía serle impuesta la sanción, relacionados con los siguientes aspectos: i) la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC; ii) la inexistencia de conducta continuada y la falta de prueba de tal conducta; iii) la imprecisión para determinar la conducta sancionada y en definir el acuerdo anticompetitivo; iv) la indeterminación de la capacidad del acuerdo para restringir la competencia; y, v) la errónea valoración de las pruebas por parte de la SIC.

La impugnación de la actora, al igual que la de las otras EPS investigadas, fue resuelta mediante la 65116 de 21 de noviembre de 2011, actuación ejecutoriada el 2 de diciembre de ese mismo año. En resolución se confirmó en todas sus partes la Resolución 46111 de 30 de agosto de 2011.

SALUD TOTAL canceló el monto de la sanción impuesta, mediante consignación realizada el 2 de 2011, por valor de mil setenta y un millones doscientos mil pesos (\$1.071.200.000), tal y como obró recaudo expedido por el Banco de Bogotá y el recibo oficial de caja emitido por la SIC, el 6 de diciembre de 2011.

I.1.2.- Fundamentos de derecho y concepto de la violación

I.1.2.1.- Normas violadas

El apoderado de la parte demandante enunció la violación de normas superiores y legales así:

Artículos 1° y 29° de la Constitución Política.

Artículos 35, 36 y 38 del Código Contencioso Administrativo.

Artículos 187 y 269 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

I.1.2.2.- El concepto de la violación

La parte actora consideró que los actos administrativos acusados fueron expedidos: i) con violación procesales y sustanciales en que debería fundarse, ii) con falta de competencia; iii) con falsa motivación; iv) con violación al debido proceso, y v) con desviación de poder. Para ello, formuló los cargos de la siguiente

Violación de las normas procesales y sustanciales en que debían fundarse los actos acusados

Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC

Violación directa del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

En primer lugar, señaló que la facultad sancionatoria de la SIC había caducado para el momento de expedición (30 de agosto de 2011) y notificación (12 de septiembre de 2011) de la Resolución 46111 de 2011, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 38 del CCA. Sostuvo que, tanto el auto de apertura de la demanda como el Informe Motivado y el acto administrativo sancionatorio, hacen referencia a situaciones o hechos ocurridos en el año 2007. En ese sentido, arguyó que la sanción se impuso por hechos acaecidos con anterioridad a los años de antelación al acto sancionador.

En segundo término, adujo que, en los actos administrativos demandados, la SIC sostiene que en esos actos se presentaron una pluralidad de acciones u omisiones unidas o ligadas por su intención, con lo que, en su opinión, dicha entidad, se configura una conducta continuada entre marzo de 2007 y el 5 de diciembre de 2008 que tampoco obedece a la realidad y con lo que se vulnera, igualmente, el artículo 38 del CCA.

Señaló que la presunta ocurrencia de las conductas sancionadas se soporta en que el 8 de octubre de 2008 se envió, por parte de ACEMI, un correo electrónico que en concepto de la SIC tuvo como objetivo hacer armonizar las interpretaciones del Plan Obligatorio de Salud (POS) que tenían las EPS, sobre los servicios de salud y tratamientos que estaban o no incluidos.

Frente al correo del 5 de diciembre de 2008, refirió que éste, contrario a lo interpretado por la SIC,

relacionado con una información que las EPS enviaron a la SIC, cuyo propósito era elaborar el estudio de suficiencia de la Unidad de Pago por Capitación (en adelante UPC). La UPC resulta relevante dentro del contexto de la Ley General de Seguridad Social en Salud, en tanto equivale al gasto promedio que representa un afiliado.

Manifestó que, si en gracia de discusión, se aceptaran los argumentos de la SIC para extender el término de la facultad sancionatoria, la Resolución 46111 de 2011 hace referencia a pruebas respecto de situaciones de riesgo como máximo, al mes de octubre de 2008. En ninguna parte de la citada resolución se mencionan pruebas de diciembre de ese año. Por tanto, el fundamento de la SIC se sustenta en un hecho suscitado con anterioridad.

Afirmó que la SIC, en su intención de buscar un sustento para prolongar en el tiempo las conductas que violan mantener la competencia para imponer la sanción, generó vicios insalvables que derivaron en la nulidad del acto administrativo por desconocimiento del término con que cuenta la Administración para sancionar.

Violación indirecta del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Adujo que se presentó una falta de motivación del acto al indicar, en abstracto y de forma indeterminada, que existió una violación continuada de las normas vulneradas por SALUD TOTAL, dando un alcance a la sanción sin individualizar cuáles hechos fueron cometidos por la demandante ni cuáles sustentaban la continuidad de las infracciones.

Agregó que las únicas pruebas que permitirían extender en el tiempo la facultad sancionatoria de la Administración carecen de fortaleza. En primer término, no se hizo referencia al correo de diciembre de 2008. Pero aún si se hubiera mencionado este, el mismo tampoco hace alusión a las conductas relacionadas con la investigación adelantada.

Sostuvo que el acto administrativo demandado debía estar soportado por pruebas que demostraran que el demandado investigado incurrió en la conducta continuada endilgada. Por ende, la Resolución 46111 de 2011 carece de sustento probatorio que le permitiera a la SIC sancionar por hechos sobre los que ya no tenía competencia para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control. Criticó que, a pesar de ello, la SIC trae a colación el correo del 5 de diciembre de 2008 solo hasta el momento de la expedición del acto cuestionado, como una mera formalidad para evadir la caducidad acaecida.

Falta de motivación

Señaló que los actos administrativos demandados vulneran lo dispuesto en el artículo 35 del CCA, en tanto carecen de motivación frente a la existencia de la conducta continuada. Las resoluciones cuestionadas no omiten explicación alguna en relación con las razones por las cuales se considera que todas las infracciones fueron de carácter continuado. Lo anterior implica que la SIC obró en contravía de la obligación con respecto a la norma referida y del alcance jurisprudencial que a la misma le han dado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Así las cosas, alegó que tal circunstancia afecta la validez de los actos por falta de motivación y atenta contra el debido proceso. Ello es así, en la medida en que se desconoció el inciso segundo del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil que establece la obligación de exponer razonadamente el mérito que se le asigna a la prueba que sustenta la decisión. Mencionó que el correo del 5 de diciembre de 2008, con base en el cual se supone se prueba la continuidad de la conducta sancionada, nunca se mencionó en la parte motiva de la resolución.

Por lo tanto, en las resoluciones demandadas no obra explicación sobre la valoración de dicha prueba y el motivo por el cual se considera que constituye la prueba que acredita la conducta continuada.

Falta de competencia de la SIC

Reiteró que, en virtud de la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria, la SIC no tenía de expedir los actos administrativos sancionatorios, en tanto ya no contaba con competencia para para sancionar (*ratione temporis*).

Falsa motivación

La parte actora para sustentar este cargo divide los argumentos en varios puntos, que se resumen a:

a) La SIC consolida la facultad sancionatoria sobre la base de una conducta continuada que no existe y no está probada. Afirmó que la ilegalidad de los actos demandados se estructura a partir de la inexistencia jurídica de los motivos, o que los motivos aducidos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida. En ese sentido, señaló que la SIC consolidó la facultad sancionatoria sobre la base de una conducta que no existió y que no se encuentra probada.

Refirió que la SIC, en los actos administrativos cuestionados, indicó que los hechos investigados consisten en un mismo acuerdo ilícito entre las EPS, cuya prolongación se extendió hasta diciembre de 2008. Afirmó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para que se configure una conducta continuada requiere: i) el despliegue de pluralidad de comportamientos; ii) que los múltiples hechos hagan parte de un mismo plan, identificable y unido por su finalidad; iii) que obre prueba suficiente de la unidad de finalidad; iv) que los múltiples hechos puedan verse como “etapas” de desarrollo de dicho plan, y v) que los comportamientos afecten una misma norma jurídica.

Resaltó que uno de los requisitos sine qua non para establecer la configuración de una conducta continuada es que exista prueba suficiente de la unidad de finalidad o intención. Contrario a ello, en el expediente administrativo carece de tales pruebas. Arguyó que la sanción solo se apoya en dos (2) correos que encuentran relacionados entre sí, cuyo contenido no acredita, siquiera sumariamente, la conducta por la que se impuso la sanción.

Manifestó que, en el caso que nos ocupa, la SIC hizo señalamientos abstractos referentes a los correos electrónicos enviados por las EPS hasta el mes de diciembre de 2008, que supuestamente acreditarían la coordinación de sus actuaciones frente a la prestación de servicios, afectando el valor de la UPC. Sin embargo, los correos no fueron nombrados en las motivaciones del acto sancionatorio y, por tanto, se desconoce si se les asignó ni cómo influyeron en la ilicitud de las conductas investigadas.

Indicó que, si en gracia de discusión se aceptara que los hechos referidos en esos correos electrónicos de diciembre de 2008, se encuentran dentro del término de los 3 años del artículo 38 del CCA, éstos no reúnen la finalidad común necesaria para acreditar la continuidad al acuerdo celebrado entre las EPS. Por tanto, no se les puede tomar como sustento argumentativo de la conducta continuada. En esa medida, se configura la falta de motivación por error de hecho.

b) Inexistencia de consenso entre las EPS. Reprochó que la SIC hubiere desconocido que la intención del supuesto acuerdo era presentar una propuesta al Gobierno Nacional, por parte de ACEMI, encaminada a actualizar los contenidos del POS, y no para negar servicios incluidos en el mismo.

Arguyó que la SIC no definió ni probó la capacidad del consenso de restringir la competencia, tampoco la capacidad o idoneidad de hacerlo. Hubo una valoración errada de las pruebas recaudadas, porque no se valoró los intercambios de información entre las EPS. Igualmente, la SIC omitió demostrar que las coberturas, procedimientos, medicamentos y dispositivos médicos que SALUD TOTAL otorgaba a sus afiliados eran los de la aplicación de lineamientos producto del acuerdo o de concertaciones con competidores.

Puntualizó que los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación, por cuanto los aducidos por la SIC para sancionar no existieron ni tienen el alcance jurídico que les fuera otorgado.

c) Inexistencia de acuerdo para falsear la información del mercado de salud en Colombia. Criticó que los más de 1.000 correos electrónicos, hubiere elegido algunos cuyo contenido fue tergiversado, para concluir la existencia de un acuerdo. Los actos administrativos no hacen referencia a una sola prueba que pueda colegirse que la demandante hubiese remitido, recibido o intercambiado información confidencial, con otras EPS. En esa medida, resulta errado inferir de los datos a los que se hace referencia en las resoluciones demandadas, tenían la intención de incurrir o facilitar una conducta anticompetitiva.

Afirmó que la SIC sancionó a la demandante con fundamento en motivos y circunstancias inexistentes. Señaló que la información remitida por ACEMI al Ministerio de la Protección Social estaba desagregada por costos, frecuencias, servicios a los usuarios, entre otros. Circunstancia de la que erradamente dedujo que se intercambiaban información privada y que, además, la misma no coincidía con las cifras reportadas individualmente, a la citada cartera ministerial. Sin embargo, en el acto administrativo no está probado que la información reportada por ACEMI hubiere sido circulada o intercambiada entre las EPS, previo a su envío al ministerio.

Igualmente, la SIC desconoció que la información reportada por ACEMI y la consignada en la cadena de correos electrónicos que tuvo en cuenta esa entidad para sancionar, aludían a una propuesta gremial para el contenido del POS, y por tal circunstancia iba desagregada de la forma en la que se presentó. Por lo tanto, que tuviera relación con la propuesta gremial, la información suministrada por las EPS al Ministerio de Protección Social estaba relacionada con la obligación de reporte de información para el cálculo de

d) Inexistencia de acuerdo para fijar precios. Los actos demandados no probaron los elementos constitutivos de la infracción endilgada en tanto no se acreditó: i) la realización del acuerdo, ii) que el objeto de este fue el acceso y la cobertura de los servicios POS y manipular la información; iii) la relación de causalidad entre el acuerdo y la manipulación de precios, y iv) la potencialidad perjudicial de la conducta.

En ese mismo sentido, indicó que la SIC había encontrado que se había establecido un mecanismo de manipulación de precios para impactar el valor de la UPC. Sin embargo, contrario a lo afirmado en los actos administrativos demandados, las conductas son disímiles y no llevan a concluir la existencia de un acuerdo. Adicionalmente, los motivos aducidos por la entidad no tienen el carácter jurídico que ésta prueba la existencia de un acuerdo.

Igualmente, la parte actora cuestionó que la SIC, al establecer que el acuerdo era anticompetitivo por lo que hubiera abstenido de probar los efectos de éste en el mercado, con lo cual omitió acreditar el último elemento constitutivo de la infracción, esto es, determinar la potencialidad de la conducta de afectar el mercado.

e) Falsa motivación por desconocimiento del mercado. Arguyó que la SIC cometió un error de derecho por indebida interpretación del orden positivo y por desconocimiento del mercado de las EPS y el POS.

En primer lugar, aclaró que las EPS no compiten por los servicios incluidos en el POS, por cuanto el contenido de este ya está definido por el Gobierno nacional. Tampoco compiten respecto de la prestación de servicios fuera del POS, toda vez que dicha cobertura es asumida por otro tipo de compañías que ofrecen productos de aseguramiento en salud. Dichos programas de seguros privados son comercializados bajo dinámicas de mercado que no son comparables con el sistema de aseguramiento obligatorio del POS.

En ese sentido, aquellos servicios que están excluidos del POS o que son impuestos a través de otros servicios que prestan las EPS a sus usuarios dentro de lo que se denomina “cobertura de aseguramiento”

obligatorio”. Así las cosas, la SIC confundió el mercado relevante en el que se analizó la existencia de un acuerdo anticompetitivo, pues sustentó sus resoluciones con razonamientos que no corresponden al Sistema Obligatorio de Aseguramiento de Salud en donde no se ofrecen coberturas adicionales a la cobertura de los afiliados.

Refirió que otro error de la SIC en los actos administrativos demandados es haber concluido que los servicios y procedimientos prestados y no incluidos en el POS son una fuente de ingreso de las EPS. La medida desconoció que los recobros al FOSYGA son reembolsos que se realizan a favor de las EPS por los servicios ya prestados y, por tanto, no pueden constituir enriquecimiento o aumento de su patrimonio. Se destinan a pagar a los proveedores. Por tanto, las EPS actúan como intermediarios y tales recursos constituyen un ingreso para éstas.

Violación al debido proceso

Para sustentar este cargo, el apoderado de la parte actora expone en varios puntos la vulneración al debido proceso en la medida en que se siguió un procedimiento meramente formal a través del cual se revistió de legalidad una decisión previamente emitida de manera irregular por parte de la SIC.

Prueba documental ineficaz por falta de firma. Manifestó que la mayor parte del acervo probatorio que sustenta la decisión de la SIC, está relacionado con correos electrónicos, en su mayoría carentes de firma, de los cuales no se predica la presunción de legalidad que otorga una firma digital a la luz del artículo 527 de la Ley 527 de 1999.

Dichos documentos debieron aceptarse expresamente por la parte en contra de quien se opusieron y en esta circunstancia no ocurrió, entre otras cosas, porque muchos de ellos fueron emanados de terceros no investigados en la investigación. Adujo que el convencimiento al que llegó la SIC para imponer la sanción se sustentó en un conjunto de pruebas ineficaces por ausencia de firma. Las cuales, además carecen de ratificación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 del Código de Procedimiento Civil.

Violación al principio de congruencia. Señaló que la SIC, en la resolución de apertura de la investigación fundamentó el cargo relativo a la presunta celebración de acuerdos contrarios a la competencia, en base a hechos realizados por las investigadas entre los años 2006 y 2007. Sin embargo, la SIC, al momento de imponer la sanción, adujo que esos convenios tuvieron lugar durante los años 2006 a 2009.

Por tanto, la SIC, después de la etapa de investigación, introdujo nuevos hechos, imputaciones y argumentos de derecho, que SALUD TOTAL no tuvo oportunidad de controvertir, toda vez que se centró en desvirtuar las acusaciones iniciales y controvertir el Informe Motivado presentado por el Superintendente Delegado de Protección de la Competencia.

Refirió que la SIC decidió variar la calificación realizada en la resolución de apertura de la investigación sancionando a las EPS afiliadas a ACEMI, no por el objeto sino por el acuerdo mismo, lo que se tradujo en una nueva imputación de cargos que viola el debido proceso y el derecho a la defensa.

No se asigna mérito probatorio a los documentos obrantes en el expediente. Señaló que la SIC arribó a una conclusión de que se encontraba probada la celebración de un acuerdo anticompetitivo, omitiendo un análisis del acervo probatorio en su conjunto, explicando el alcance que le dio a las pruebas y cómo se logró el convencimiento.

La SIC no tuvo en cuenta las pruebas que demostraban cuál era la finalidad del denominado “consenso” y la idoneidad del supuesto consenso para restringir la competencia. Insistió que en el expediente administrativo

hay elementos de prueba que acreditan que el consenso celebrado, objeto de reproche por la SIC, tu propósito presentar una propuesta de actualización de los contenidos del POS ante el Gobierno. El consenso nunca tuvo como fin definir cuáles eran las coberturas que se prestarían a los afiliados.

En ese sentido, en el expediente no existe ninguna prueba de la que se permita colegir que el objeto era abstenerse, interrumpir o afectar los niveles de prestación de los servicios de salud. Por tanto, lo impuso con base en pruebas indirectas, dando por demostrados aspectos y elementos que no fueron en la actuación administrativa.

La imputación a SALUD TOTAL respecto de alterar artificiosamente el cálculo de la UPC, carece de fundamento en el juicio de la parte actora, la SIC, en la inspección practicada en las instalaciones de SALUD TOTAL y en la base de datos, algunos de los más de mil correos electrónicos que dan cuenta de los datos que debía revisar el ACEMI para efectos de la preparación de la Nota Técnica. Reprochó que la SIC, con dicha selección y interpretación de manera fragmentaria e incompleta, al concluir que dichos correos tenían como propósito arreglar las cifras de la información suministrada al Ministerio de la Protección Social para el cálculo de la UPC.

Adujo que tampoco hubo prueba que establezca la decisión de SALUD TOTAL de entregar, en forma manipulada, sesgada o incompleta, la información requerida por la cartera ministerial. En ese mismo expediente no hay prueba que acredite la intención de SALUD TOTAL de participar en un acuerdo con otras EPS. Por el contrario, todas las pruebas aportadas fueron explicadas y aclaradas con la argumentación y los elementos probatorios del caso, que desvirtuaban el alcance que se les dio en la Resolución 46111.

Sanción impuesta por la supuesta realización del acuerdo para fijar precios, fue inferida no probada. La SIC, como ente sancionador, está en la obligación de probar las faltas de los administrados y no se puede limitar, simplemente, a asumir la existencia de posibles infracciones.

Afirmó que el raciocinio elaborado por la SIC para inferir la infracción del numeral 1° del artículo 1663 de 1994, fue errado, porque los convenios celebrados responden a conductas diferentes a las que se le atribuyen.

Violación al principio de proporcionalidad de la sanción. Arguyó el apoderado de la parte actora que desconoció el principio de proporcionalidad de la sanción, por cuanto la pena pecuniaria impuesta no está enmarcada dentro del criterio de ponderación, medida y equilibrio.

Aseveró que las resoluciones evidencian la intención de la SIC de imponer la máxima sanción sin tener en cuenta de manera completa y razonadamente el fundamento de la decisión.

Alegó que la SIC no analizó la naturaleza de la infracción, cuota de mercado, volumen de negocios de la infracción y de la conducta. Tampoco fueron atendidos los criterios que, para imponer la sanción, establece el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Desviación de poder

Luego de hacer referencia al principio de prevalencia del interés general, consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, el apoderado de la empresa prestadora demandante sostuvo sucintamente que las resoluciones atacadas están afectadas de nulidad por desviación de poder. Sustenta dicho cargo en que las resoluciones por las que se impusieron las sanciones, como el procedimiento que las precedió, fueron ajenas al interés general del buen servicio público.

Agregó que la SIC se obstinó en seguir adelante con el trámite de la actuación administrativa a pesar de no tener fundamentos de hecho que sustentaran la sanción. Las motivaciones carecen de prueba y los hechos no corresponden a la realidad.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La SIC, por conducto de apoderada judicial, contestó la demand, oponiéndose a la prosperidad de s pretensiones, por carecer de mérito fáctico y jurídico, solicitando que fueran denegadas. Reconoció los hechos relativos a las actuaciones administrativas surtidas y antes de expresar las razones de de la competencia para proferir los actos cuestionados con base en el Decreto 2153 de 1992, en la Ley y en el Decreto 1663 de 1994.

Luego sustentó su defensa en los argumentos que se resumen a continuación:

II. 1.1.- Legalidad de los actos administrativos. En primer término, relaciona las normas que sustentan la competencia funcional de la SIC, de aquellas relativas a la protección de la competencia y del procedimiento administrativo sancionatorio.

En segundo lugar, refirió que la infracción en cuestión se compone de tres conductas que a pesar de diferentes artículos del Decreto 1663 de 1994, hacen parte de una misma secuencia de actividades e las empresas sancionadas. Mencionó que en el expediente administrativo hay evidencia de una uni criterios por parte de las EPS y ACEMI, para definir los procedimientos y dispositivos que deberían reconocidos como parte del POS.

Señaló que el acuerdo entre las EPS y ACEMI aprovecha la existencia de una dinámica propia del i relacionada con la incertidumbre en la definición del POS. La indefinición o “zona gris” permite la entre las EPS, basada en la captura de afiliados y en la cobertura de servicios ofrecida, esta última c siendo un determinante en la decisión del usuario.

Teniendo en consideración lo referido, la SIC encontró acreditado que las EPS acordaron cuáles pr y dispositivos debían aceptarse como incluidos dentro del POS y aquellos que no. Lo anterior trajó consecuencia la negativa de elementos que las autoridades consideran como incluidos dentro del PO aquellos que, con anterioridad al acuerdo, algunas de las EPS consideraban incluidos dentro del Plá posterioridad a la celebración del acuerdo, hubo uniformidad por parte de las EPS en la negativa de procedimientos del POS.

En esa medida, explicó que al haberse probado que era una conducta por objeto no resultaba neces: sus efectos en el mercado.

Ahora bien, frente a la segunda de las conductas, relativa al acuerdo para afectar la transparencia de información relacionada con la prestación de los servicios de salud por parte de las EPS, la SIC puo que se presentaban diferencias entre la información remitida por las EPS a los entes reguladores y e compartían las EPS y ACEMI. También estableció que ACEMI ejerció como coordinador y partici acuerdos realizados. Adicionalmente, quedó acreditado que la información solicitada por ACEMI a agremiadas, les permitía a estas conocer la forma de funcionamiento de sus competidoras, las estrat comerciales y las características y cantidades de servicios prestados, con lo cual se establecía de ma las condiciones de competencia.

Respecto de la infracción al régimen por fijación indirecta de precios, la SIC encontró que las EPS, acuerdo cuestionado que definían el listado de procedimientos POS y aquel que limitaba la transpa información, estructuraron un mecanismo tendiente a fijar la UPC, al definir indirectamente el prec aseguramiento en salud.

Manifestó que, en esa medida, la infracción sancionada es de carácter complejo, y las conductas qu debe ser analizada de forma articulada. En efecto, cada una de ellas infringe uno o varios de los artí Decreto 1663 de 1994 y confluyen en la violación del artículo 3 ibidem.

II. 1.2.- De la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC - violación del artículo 38 c Contencioso Administrativo: Afirmó que la SIC pudo constatar que la conducta estaba compuesta por un conjunto de estrategias, encaminadas a afectar la competencia en el sector salud. El desarrollo de dichas estrategias se prolongó en el tiempo, esto es, desde el 5 de marzo de 2007 hasta el 5 de diciembre de 2008, configurando una conducta continuada. En esa medida, el término de caducidad inicia a contabilizarse desde el momento de ocurrencia del último acto que la conforma.

Señaló que en la demanda se interpretó erróneamente la norma invocada, porque se pretende que cada uno de los hechos, actos y omisiones que conformaron el reproche de la Administración, tenga su propia causa de caducidad de la potestad sancionatoria. Tal interpretación no puede hacerse, en la medida de que, tratándose de acciones independientes y autónomas, éstas se encuentran ligadas por una misma intención: las actividades hicieron parte de una estrategia de las EPS y ACEMI para restringir la competencia.

Puso de presente que las investigadas llevaron a cabo diferentes actividades, reuniones, intercambio de información, comunicaciones, actas, buscando coordinar actividades frente a la prestación del servicio de suministro de información que generaron la afectación indirecta del precio de la UPC.

Manifestó que las pruebas del expediente administrativo dan cuenta de conductas desplegadas desde el año 2007 y hasta el 5 de diciembre de 2008, fecha del último envío de información, con el propósito de estudiar la suficiencia de la UPC, elaborado por el Ministerio de la Protección Social. Para el año 2007 se propusieron, a través de correo electrónico del 17 de octubre de ese mismo año, reunirse para homologar y armonizar las interpretaciones del manual de actividades intervenciones y procedimientos de PIS-M.

Por ende, se trata de una cadena de comportamientos extendidas en el tiempo, realizados de manera articulada, que dan certeza que se configuraron acciones prohibidas por las normas de competencia. Para sostenerlo, hizo referencia a pronunciamientos del Consejo de Estado en los que se estudia la naturaleza contraria de las acciones, en la medida que consistieron en una pluralidad de actos con una unidad de intención.

Resaltó que, si bien es procedente que los agentes de un mercado formulen propuestas de regulación que habilite para realizar acciones tendientes a fijar la oferta de servicios de salud. Lo anterior, por cuanto la competencia recae en las autoridades, quienes la determinan con base en la información que deben suministrar los agentes del mercado.

Afirmó que quedó demostrado que la supuesta propuesta restringió la oferta por determinar cuáles procedimientos médicos incluidos en el POS no debían estar más.

II.1.3.- Falsa Motivación. Manifestó que, no obstante, las buenas intenciones con las que se pretendían las conductas sancionadas, la SIC pudo determinar, por la forma en la que se efectuó el intercambio de información a través de ACEMI, que las EPS involucradas tuvieron como objeto estipular los contenidos del POS y determinar el precio de la UPC.

Hizo referencia al Decreto 1663 de 1994, especialmente al artículo 5° que prescribe aquellos acuerdos considerados como contrarios a la libre competencia en el mercado de los servicios de salud en Colombia los que se encuentran aquellos consensos “entre competidores que tengan por objeto o tengan como consecuencia abstenerse de distribuir o vender un bien o de ofrecer o prestar un determinado servicio de salud, inapropiada o afectar los niveles de prestación del mismo”.

En cuanto al reconocimiento de la existencia de incertidumbre en el contenido del POS o “zona gris”, el juez adujo que la misma no desdibuja la vulneración de las normas de competencia, por cuanto es preciso un mayor concertación sobre aquellos aspectos que deberían ser interpretados por cada agente del mercado de manera independiente, lo que se reprocha por parte de la SIC.

Teniendo en cuenta lo anterior, hizo un recorrido por los elementos probatorios que sustentan la sancionada, así como sobre los argumentos que frente a cada uno de ellos expone el accionante, a s

“a) correo electrónico enviado por Lucía Torres a la lista de correos de ACEMI con asunto “Circular 20070070073-RC-RS-información trasplantes 2000 a 2006” de fecha 5 de marzo de 2007”

A pesar de la “loable” labor que pretende mostrar el demandante en cuanto a la actividad de ACEMI interpretación sobre el correo en mención, lo cierto es que a través de este se observa que la asociación interesada en tener información acerca de lo que cada una de las EPS clasificaba como procedimiento en el POS. Este hecho unido a los demás que fueron probados en el expediente, evidencia que / desempeñaba un rol como coordinador y centralizador de la información para la realización del acu

Independientemente de las funciones o actividades ejercidas por las asociaciones empresariales, las pueden exceder los límites del bien común. En ese sentido, es claro que la presentación de propuestas regulatorias ante el Gobierno nacional no lo habilita para realizar un intercambio constante de información con los competidores respecto a su respectiva estructura de costos u otro tipo de datos sensibles. Tampoco información encaminada a unificar los comportamientos de los agentes del mercado.

Adujo que el reproche recae sobre el intercambio de información relevante para la toma de decisiones individuales de las EPS, buscando coordinar reconocimientos. En el correo referido se hizo alusión a los pacientes con trasplantes POS y NO POS, y se mencionan el motivo de la diferenciación al interior sobre esta clase de procedimientos. La actora trata de desvirtuar la prueba generando confusión, porque el correo pone en evidencia el flujo y la calidad de la información a la que tenían acceso las sar

Refirió que, si la actividad del gremio, como alega la actora, era transparente, no resulta claro los mecanismos a los cuales para los competidores de este mercado era necesario mantener una postura unificada y consensuada que debería ser defendida “hacia afuera”. En razón a ello, la SIC insiste en que el análisis de las pruebas en el expediente debe hacerse en conjunto y no, como lo pretende la parte actora, valorar de manera individual cada pieza probatoria.

b) “Correo electrónico enviado por Sandra Marcela Camacho a la lista de EPS ACEMI con asunto costeo insumos y depósitos médicos procedimientos POS” de fecha 30 de mayo de 2007 y archivo dicho correo electrónico denominado “Consolidado lista de insumos 04042006”

Mencionó que, al igual que en el caso del correo anterior, no tiene fundamento alguno que ACEMI y las asociaciones afiliadas en ella, realicen un consenso para unificar los servicios y procedimientos que van a prever en esta circunstancia no se encuentra circunscrita ni resultaba necesaria para realizar un estudio de frecuencia de los elementos NO POS, encaminado a presentar una propuesta regulatoria al Estado para modificar las existentes sobre el particular.

c) Fragmento del archivo electrónico denominado “Costeo NO POS” adjunto al correo electrónico enviado por Sandra Marcela Camacho Rojas con el asunto “Costeo de elementos NO POS para procedimientos

Afirmó que, en el correo en mención, se anuncia la remisión de una lista de ordenamientos que las asociaciones consideran “NO POS”, lo cual supone la recopilación de opiniones sobre las programaciones y frecuencias mismas entre competidores. Además, se solicita información relacionada con costos para proponer una cobertura, frecuencias de los procedimientos e impacto en la UPC que tenían las inclusiones. Se trata de una pieza probatoria clara en lo que se refiere al intercambio de información y al objeto mismo de la co

Agregó que no era dable interpretar que el reconocimiento por parte de la SIC de la existencia de varias propuestas regulatorias o de la “zona gris” sobre las coberturas del POS, derivaba en una permisibilidad frente

comportamientos anticompetitivos de los agentes en el sector. Destacó que, contrario a lo aducido por la actora, la existencia de esa “zona gris” respecto de las coberturas del POS, llevaba a propiciar una competencia desleal entre las EPS con respecto a las coberturas, la cual se extinguió con la celebración de los acuerdos y consensos entre ellas.

En relación con los acuerdos y consensos, el apoderado citó el contenido de la parte considerativa de la Resolución 65116 de 2011, con el propósito de acreditar que bajo las normas colombianas es posible la infracción basada en el objeto anticompetitivo que tienen las conductas de los investigados. En consecuencia, con el solo hecho de realizarse un acuerdo restrictivo en el sector de la salud, se entiende que el mismo puede ocasionar un daño al mercado.

“d) Acta 006 del Comité Médico 27/08/2007”

Aseveró que, tal y como se interpretó en los actos acusados, del documento citado es posible inferir que se realizaron reuniones entre las EPS en las que los involucrados, por unanimidad, llegaron a acuerdos sobre los contenidos del POS. Igualmente, dichas decisiones tuvieron un impacto en la Unidad de Pago por Prestación (UPC).

En criterio de la SIC, no es suficiente justificación para la existencia de los acuerdos la presunta evitación del impacto que tendría la propuesta regulatoria que harían al Gobierno nacional, en tanto es evidente que el acuerdo se hizo con el propósito de determinar de manera indirecta el valor de la UPC.

Reiteró que la conducta anticompetitiva se encuentra plenamente probada y que, con el acta referida, se determinó que hubo reuniones para discutir contenidos del POS y se reconoció expresamente que las decisiones tomadas en relación con los mencionados contenidos, efectivamente tenían un impacto en la UPC. En consecuencia, se estableció que los recobros constituían un factor relevante por considerar.

“e) Acta No. 006 del Comité Médico del 1º de agosto de 2007, remitida mediante correo electrónico el 2 de agosto de 2007.”

Manifestó que se trata de un documento del cual es posible extraer la unificación de criterios acordados por las investigadas respecto de sus posiciones frente a los contenidos del POS.

Precisó que, de aceptarse la posición planteada en la demanda, un acuerdo de precios en un mercado de salud con problemas regulatorios debe estar exento de cualquier sanción, por cuanto los participantes de este mercado deben poder justificar su realización en la elaboración de propuestas ante el Gobierno nacional. Explicó que, en el caso, el hecho de que los competidores en el mercado de salud en Colombia hubieran definido, de manera conjunta, los contenidos del POS, excede los límites de lo permitido para efectuar una propuesta regulatoria.

Señaló que, de una parte, se establecen indirectamente elementos comunes de referencia sobre las coberturas y, por otra, la propuesta misma tiene como objetivo disminuir o reducir las interpretaciones que sobre las coberturas venían realizando los entes reguladores.

“f) Flujograma para la interpretación de la cobertura de elementos POS en el correo electrónico con el número 006 y documentos posición Acemi interpretación POS de 3 de agosto de 2007”.

Sostuvo que ACEMI, dentro del correo referido, presentaba un flujograma para tratar el tema del POS, el cual había sido aprobado por los asistentes a la reunión, tratándose de un mecanismo de concertación inapropiado que sustenta el acuerdo celebrado que se reprocha.

Anotó que, a pesar de la claridad y transparencia que pretende imprimirle el demandante a esa gráfica, resulta desconocer que en el documento en cuestión se propone un orden lógico a seguir al momento de es

procedimientos. El método está compuesto por siete pasos que contienen preguntas, lo que permite que el seguimiento de este proceso tenga como resultado lógico que exista una unificación de criterios respecto a los servicios POS y NO POS. A juicio de la SIC, se trata de una prueba que por sí sola demuestra la intención de actuar de manera coordinada por parte de las EPS.

“g) Resumen coberturas listas MPS 03882007”.

ACEMI remitió a sus agremiadas, entre ellas SALUD TOTAL, la posición que se adoptó respecto a la definición de la cobertura de insumos que se consideran se encuentran incluidos en el POS, la cual es una hoja de Excel marcada con el nombre de “Definiciones y Cobertura”.

En ese documento se hace referencia a un listado de trámites que, según la SIC, muestra el acuerdo alcanzado y desembocó en un consenso en la interpretación sobre la prestación de servicios de salud, respaldado por un intercambio de información entre competidores.

Insistió en que resulta difícil de justificar, como lo pretende la demandante, que esas acciones fueran realizadas con el único propósito de aportar una mejora en el sector a través de una propuesta regulatoria. Al contrario, encuentra injustificado que las EPS y ACEMI se hubieran enfocado en concertar los contenidos del plan teniendo como derrotero sus propios intereses frente a las posiciones que venían planteando los reguladores de las coberturas.

Arguyó la SIC que, en la propuesta efectuada por las EPS y ACEMI, se echan de menos los criterios técnicos para definir si un examen, procedimiento o dispositivo debe ser reconocido como POS. También tuvieron en consideración los pronunciamientos judiciales y reconocimientos constitucionales. En consecuencia, sostuvo que para realizar la propuesta regulatoria tampoco era necesario intercambiar información con los competidores.

“h) Fragmento del correo electrónico marcado con el asunto “AGENDA JORNADA DE TRABAJO PARA HOMOLOGACIÓN MAPIPOS Y PRECISIÓN DE LAS DEFINICIONES DEL MANUAL de octubre de 2008”.

Manifestó que el contenido de la prueba analizada muestra la forma como se generaban los espacios para que las EPS discutieran temas relacionados con la definición de los contenidos del plan. De acuerdo con lo que se encuentra en el expediente, junto con los demás elementos probatorios obrantes en el expediente, quedó demostrado que sí se realizó una conducta reprochable, conducta que se gestó como abuso del ejercicio del cabildeo, el cual es permisible y puede ser utilizado para ensanchar o buscar oficializar un acuerdo anticompetitivo.

“i) Tabla elaborada por la Superintendencia en la Resolución sancionatoria”.

Respecto de la tabla en cuestión, que se encuentra anexa a las pruebas recaudadas en el expediente administrativo, el accionante afirmó que no se trata de un consenso para negar los servicios del POS, sino una clasificación que tenía como propósito delimitar los elementos que se debían costear para formular una solicitud de inclusión expresa en el POS. Sin embargo, la SIC discrepa del argumento expuesto por el accionante en cuanto del análisis realizado se pudo establecer que se trata del ejercicio de contraste frente a las diferentes interpretaciones sobre las coberturas y el consecuente consenso al que llegaron.

La SIC presentó una relación de elementos probatorios que sustentan la existencia de la conducta en cuestión, a saber:

“a) correo de noviembre 7 de 2007, de Sandra Marcela Camacho Rojas, Directora Médica de ACEMI a los delegados de las EPS agremiadas.”

Resaltó un aparte de ese documento en donde se anotó que, de acuerdo con una Junta Directiva, se el reporte realizado al Ministerio de Protección Social y a ACEMI, de acuerdo con unas instruccior

Precisó que aunque el fragmento citado hace referencia a la EPS SALUD TOTAL, por ser la entida contestación al correo citado, se pudo determinar, por su contenido y sus anexos, que fue remitido a la Directora Médica de ACEMI a todos los delegados de las EPS agremiadas.

“b) hoja de Excel titulada “NO POS per cápita enviado UPC” contenida en el archivo denominado confirmación No POS” adjunto al correo electrónico enviado por Juan Pablo Rueda, Director Técnico de SALUD TOTAL, con asunto “Tarea ACEMI: aclaración de la información UPC”, de fecha 20 de octubre de 2007”.

Mencionó que este correo tiene relación directa con el anteriormente analizado. De su contenido se pudo determinar que existen diferencias en la información que se manejaba por parte de las EPS frente a la que compartían con ACEMI. En el caso de ésta última, se solicitaba realizar ajustes en la forma en que la información debía ser presentada.

“c) Acta No. 009 del Comité Médico de ACEMI del 26 de octubre de 2007, contenida en el correo electrónico enviado por Lucía Torres al listado de contactos de ACEMI del 26 de octubre de 2007 (página 80 de

Afirmó la SIC que, en esta prueba, ACEMI sugirió que la información para el cálculo de la Nota Técnica enviada previamente por cada una de las EPS a esa agremiación, con el objetivo de hacer una revisión y recomendaciones para el reporte al Ministerio de Protección Social.

Indicó que la actora, durante la investigación administrativa, arguyó que el correo obedece a que ACEMI, en el marco del apoyo a sus agremiados, revisaba la forma en que las EPS reportaban la información a la SIC para detectar errores y corregirlos, previamente a su remisión. Frente a ello, la SIC encuentra injusto el paso de la información a través de la agremiación previo a su envío a las autoridades pertinentes y, además, generó que ACEMI tuviera acceso a información a la que, de otra manera, no tendría. Además, con el fin de “errores” buscaba generar puntos de referencia comunes en la forma en la que la información se

Refirió que el correo de 10 de octubre de 2007 complementó lo anterior, por cuanto permitió corroborar la existencia de una participación directa de ACEMI en la forma como se brindaba lo requerido por el

Afirmó que todas las pruebas mencionadas, permitieron a la SIC concluir que existió un acuerdo entre las EPS, con la colaboración, dirección y participación de la agremiación ACEMI, con el objeto de garantizar la debida transparencia de la información en el mercado de aseguramiento en salud, violando lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 5° del Decreto 1663 de 1994.

Señaló que resulta desacertada la afirmación de la demandante relativa a que la sanción fue impuesta por un fragmento de un Acta de diciembre de 2007 y que no obra prueba que fundamente la existencia de un acuerdo entre las EPS para fijar indirectamente el valor de la UPC. Frente a lo cual, la SIC insistió en que, en el mercado de aseguramiento en salud del Régimen Contributivo, el precio está compuesto por una parte denominada Unidad de Pago por Capitación (UPC). Puso de presente que el valor de la UPC es como está definido por el Estado con base en la información que las EPS reportan anualmente al Ministerio de Protección Social para el estudio de suficiencia.

Afirmó que la anterior aclaración cobra relevancia por cuanto, contrario a lo manifestado por SALUD TOTAL, la infracción endilgada se compone de tres conductas que deben analizarse como un núcleo, por lo que los elementos probatorios que las soportan tienen relación entre sí. En esa medida, el acervo probatorio del expediente de la actuación administrativa sancionatoria adelantada ha de analizarse como un todo,

pudo establecer con certeza que existió un intercambio indebido de información entre las EPS del F Contributivo. También se pudo evidenciar que el objeto de dicho acuerdo fue afectar la transparencia como se remitía la información a los entes regulatorios del sector.

Concluyó la SIC señalando que el invocado objetivo altruista y desinteresado de las EPS de aclarar contenidos del POS, queda desvirtuado con las pruebas obrantes en el expediente. Además, pierde uno de los factores a evaluar era el impacto que tuvieran las inclusiones de servicios POS en las estimaciones de costos de las EPS. Por lo anterior, no es posible afirmar que las resoluciones atacadas se encuentran motivadas.

II.1.4.- Violación al debido proceso. Como primer planteamiento de defensa en este cargo, manifiesta que el Corte Constitucional ha establecido que los mensajes electrónicos de datos reciben a nivel jurídico el mismo tratamiento que los documentos de papel y, por tanto, deben ser igualmente válidos para afectar a una persona.

Aunado a lo anterior, los documentos refutados fueron recaudados por la SIC en ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia y control, en la visita administrativa realizada a SALUD TOTAL, lo que les otorga la presunción de legalidad, la que debe ser desvirtuada por la actora.

Refirió que, si en gracia de discusión, no se aceptara el argumento antes expuesto, resulta evidente el agotamiento de la vía gubernativa, en tanto era necesario exponer su defensa en torno a esa supuesta vía a través de los recursos de ley.

Refutó el argumento de la falta de congruencia de las resoluciones acusadas, explicando que los hechos y conductas investigadas guardan la identidad exigida y se configuraron conductas continuadas iniciadas en los años 2006 y 2007, extendiéndose a fechas posteriores, circunstancia que se encuentra probada en el expediente.

Señaló que la Resolución No 10958 de 6 de marzo de 2009 contiene la relación de los hechos que sirven de fundamento para la apertura de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las partes jurídicas y naturales aparentemente responsables. En el acto acusado, la SIC adoptó una decisión que muestra congruencia entre los hechos y las normas vulneradas, los cuales encuentran sustento en la evidencia del expediente.

Acotó que dentro de los procesos sancionatorios se presenta la violación al derecho de defensa cuando se niega a los investigados la oportunidad para alegar, plantear sus argumentos frente a las imputaciones y aportar pruebas, garantías que fueron otorgadas por la SIC a SALUD TOTAL, durante la actuación administrativa adelantada.

Respecto de la aseveración consistente en que la SIC no había tenido en cuenta las pruebas que demuestran la finalidad del consenso, la demandada insistió en que la infracción objeto de sanción estuvo compuesta por conductas que hacen parte de una misma secuencia de actividades ejercidas por las sancionadas.

La primera de ellas, parte de premisas relacionadas con el funcionamiento del mercado específico, reconoce la existencia de una incertidumbre en la definición del POS y emerge la competencia entrante basada en la captura de afiliados y donde las coberturas ofrecidas tienen un papel importante. En este sentido, se probó que acordaron cuáles procedimientos y dispositivos debían aceptarse como incluidos en el POS y cuáles debían negarse. Esta última circunstancia llevó a que concertadamente las EPS negaran elementos que legalmente están considerados dentro del Plan.

Como segundo punto, las pruebas que sustentan la realización del acuerdo deben ser evaluadas de forma articulada y por tratarse de una conducta “de objeto”, no es necesario demostrar sus efectos en el mercado.

de presente que el Decreto 2153 de 1992 define directamente como anticompetitivos, por objeto, lo que taxativamente están señalados en los numerales 1 a 10 del artículo 47 ibidem, así como algunas de abuso de la posición de dominio y los acuerdos referidos a materias primas e insumos establecidos en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Refirió que, en el mismo sentido, el Decreto 1663 de 1994 en su redacción sigue la anterior tendencia en los numerales 8° y 10° de su artículo 5°. El primero de ellos se refiere a aquellos acuerdos entre competidores que tengan por objeto abstenerse de prestar un determinado servicio de salud. El segundo señala como anticompetitivos aquellos acuerdos con los que se abstengan de proveer datos reservados a los usuarios, ocultarlos o falsearlos para impedir la debida transparencia en el mercado. Igual situación ocurre con el numeral 3 de la norma que incluye la prohibición general en el sector salud.

Así las cosas, arguyó que la normatividad aplicable a casos como el presente, determina que las actitudes que son por esencia anticompetitivas sin que haya necesidad de analizar su potencialidad anticompetitiva. Mucho menos, demostrar sus efectos en el mercado, asunto que desvirtúa el cargo alegado por la acusación en relación con la naturaleza de la conducta y, en particular, con el intercambio de información efectivamente sancionadas.

Cuestionó que las conductas sancionadas pretendan mostrarse como una “cándida” cooperación entre competidores y colaboración con el Estado, desconociendo que, en desarrollo de esa labor, se buscaron interpretaciones sobre los contenidos del Plan Obligatorio de Salud, se pretendió reducir los contenidos de la información a enviar a los entes de control y, como consecuencia, se tuvo como objeto indirectamente el valor de la UPC.

Destacó que la infracción sancionada es de carácter complejo y, las diferentes conductas que hacen parte de ella se deben analizar de manera articulada y si se miran en conjunto, se puede concluir que con aquella prevista en el artículo 3° del Decreto 1663 de 1994, dado que a través de diferentes actuaciones realizadas de manera sistemática se buscaba, en general, afectar la competencia del sector salud.

II.1.5.- Desviación de poder. Luego de citar la jurisprudencia atinente al concepto jurídico invocado para que prospere un cargo por desviación de poder, no basta con la simple afirmación de quien lo alega, sino que resulta necesario que allegue elementos probatorios que permitan demostrar la intención de quien actúa en el acto cuestionado, de proceder en beneficio de su interés particular.

Alegó que en caso sub examine el sustento del cargo obedece a apreciaciones propias del demandado y carecen de sustento fáctico frente a la actuación administrativa desarrollada por la SIC.

II.1.6.- Violación al principio de proporcionalidad. Para controvertir este cargo de nulidad, la SIC a primera medida, debía hacer alusión a los criterios que han de valorarse para la graduación de multas en las circunstancias de agravación y atenuación de estas.

Señaló que el Decreto 2153 de 1992 era la norma vigente al momento de analizar las conductas objeto de reproche y, por tanto, era aplicable al caso concreto. Igualmente, hizo alusión al artículo 38 de la Ley 1887, analizó la metodología aplicada para la dosificación punitiva en los actos demandados. Refirió que los primeros argumentos que consideró para ese efecto fueron aquellos relacionados con el grado de afectación e impacto que con la conducta se generó en el mercado. Frente a la actuación de cada empresa, las sociedades con mayor participación en la conducta endilgada debían sancionarse con mayor rigurosidad.

Respecto de los elementos agravantes y atenuantes de la sanción, se estudiaron las pruebas arrojadas en el expediente con el fin de establecer cuáles podrían ser tomadas en cuenta para aplicarles esos efectos con los criterios de persistencia, antecedentes de infracciones al régimen de protección en comentario.

participación como líder, instigador o promotor de la conducta. En ese sentido, el proceso de dosificación adelantado por la SIC se ajustó a los criterios establecidos en la Ley, sancionando a SALUD TOTAL con las condiciones, características y responsabilidades que se derivaron de los cargos imputados.

Recordó que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, faculta al Superintendente de Industria y Comercio a imponer sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes a las infractoras de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En concreto, se logró establecer que la demandante transgredió con su comportamiento lo dispuesto en los artículos 3° y 5°, numeral 8, del Decreto 1663 de 1994, afectando al sector de la salud en Colombia, lo que requiere el reconocimiento y garantía de los derechos de la salud y la vida.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia de 6 de febrero de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca–Sección Subsección C en Descongestión–, negó las pretensiones de la demanda, previo análisis de los cargos formulados por la parte actora, como se resume a continuación:

Planteó que el problema jurídico “se contrae a la discusión de legalidad de los artículos primero, séptimo, décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno, vigésimo, sexagésimo segundo y sexagésimo cuarto de la Resolución No. 46111 de 30 de agosto de 2011 y el artículo tercero de la Resolución No. 65116 de 11 de noviembre de 2011, en los que se hace referencia a la responsabilidad endilgada a SALUD TOTAL por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1663 de 1994, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.”.

III.1.- Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC

En relación con la forma como se concreta el ejercicio de la potestad de la administración, señaló que el Honorable Consejo de Estado no ha sido uniforme, pues sobre el particular existen tres distintas posturas.

La primera que establece que la interrupción del término de caducidad se configura con la expedición del acto administrativo que impone la sanción, dentro de los tres años siguientes a la fecha en que se produjo el hecho objeto de su origen. Esto significa que no es necesario que dentro de ese término se dé su notificación o que resuelvan los recursos de la vía gubernativa.

La segunda, determina que la expedición y notificación del acto administrativo sancionatorio debe producirse dentro del término de los tres años del artículo 38 del CCA, contados desde la configuración de los hechos.

Por último, la tercera señala que tanto la expedición y notificación del acto sancionador y del que se interpuso el recurso en la vía gubernativa deberá producirse dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia de los hechos sancionables. Lo anterior, por cuanto la potestad de la administración se entiende ejercida hasta el momento en que la decisión queda en firme.

En el caso analizado, el actor indicó que los actos causantes de la medida, calificados como conductas anticompetitivas, fueron plenamente identificados a partir de la Resolución No. 10958 de 6 de marzo de 2007, con la que se ordenó la apertura de la investigación administrativa en contra de ACEMI y las EPS de carácter contributivo agremiadas, entre ellas, SALUD TOTAL EPS. Adicionalmente, manifestó que, en el momento de la motivación jurídica y fáctica, se evidenciaron por parte de la SIC, varias actuaciones sistemáticas que prolongaron el proceso hasta el 5 de diciembre de 2008, fecha del último envío de información al actor por correo electrónico, con el fin de adelantar el Estudio de Suficiencia de la UPC.

En esa medida, refiere el Tribunal que se trató de una cadena de comportamientos extendida en el tiempo.

no se realizaron separadamente. En ese marco, señaló el a quo, en ninguno de los escenarios previstos en la jurisprudencia para contabilizar el término discutido, operó la figura de la caducidad.

Determinó que, en la primera de las posiciones jurisprudenciales sobre caducidad, el último de los actos de sanción se presentó el 5 de diciembre de 2008 y el acto sancionatorio se profirió el 30 de agosto de 2008. En consecuencia, tanto, no se encontraba vencido el término para ejercer la prerrogativa por parte de la administración. En la segunda teoría, ocurre lo mismo, por cuanto la promulgación y notificación del acto a los sancionados se realizó dentro de los tres años del artículo 38 del CCA, contados desde el 5 de diciembre de 2008, fecha en la que se remitió el último correo electrónico por parte de ACEMI a las EPS.

Respecto de la tercera de las posiciones jurisprudenciales sobre la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, el Tribunal resaltó que la Resolución No. 65116 de 2011, mediante la cual la SIC resolvió el recurso de reposición de la Resolución 46111 de 2011, fue notificada el 22 de noviembre de 2011 y quedó ejecutoriada el 2 de diciembre de 2011. En esa medida, determinó el a quo, que el fenómeno alegado no se suscitó porque existe prueba suficiente que los hechos que dieron lugar a la multa cesó de producirse el 5 de diciembre de 2011.

El Tribunal puso de presente que la contabilidad del término del artículo 38 del CCA, en los casos de conductas de carácter continuado, se debe empezar a partir de la fecha en que ésta cesó y no desde la fecha de la conducta objeto de reproche.

El a quo determinó que, en razón a que los hechos que dieron lugar a la multa constituían una conducta continuada y ésta cesó el 5 de diciembre de 2008, es a partir de esa fecha que debe contabilizarse el término del artículo 38 del CCA. Ahora bien, estableció que teniendo en consideración que tanto el acto administrativo sancionatorio y el acto que resolvió los recursos en la vía gubernativa fueron expedidos y notificados dentro del término de los 3 años, no operó la figura de la caducidad.

En consecuencia, los cargos de nulidad referidos al término de caducidad alegados por la parte demandante (vii) y la falta de competencia temporal no tienen vocación de prosperidad.

III.2- Falta de motivación

Refirió el a quo que este cargo se sustentó por la parte actora en la inexistencia de una conducta con la que la SIC englobó las conductas infractoras de las normas de protección de la competencia. Encontró que la conducta objeto de sanción por parte de la SIC es continuada con hechos que datan del 5 de diciembre de 2008 y se prolongó hasta el 5 de diciembre de 2008.

Concluyó que, sin lugar a duda, el último acto constitutivo de la conducta reprochada fue el 5 de diciembre de 2008, de manera que la administración tenía hasta el 6 de diciembre de 2011 para poder sancionar a la parte actora. Explicó que, debido a que el acto que agotó la vía gubernativa quedó notificado el 2 de diciembre de 2011, la facultad sancionatoria de la SIC no había caducado.

En esa medida, señaló el Tribunal que la falta de motivación alegada por el demandante carece de fundamento real y legal, en tanto que es evidente que no operaba la caducidad de la facultad sancionatoria.

III.3.- Falsa Motivación y Desviación de poder

Explicó que los cargos de falsa motivación y desviación de poder fueron sustentados por la parte actora. Señaló que la SIC inició una actuación administrativa por motivos distintos al interés general, la cual carecía de sustento probatorio.

Manifestó que la decisión de la SIC no tuvo como único objeto sancionar a los investigados, sino que

protección de las normas de libertad de competencia e impuso multas por la comisión de prácticas que afectaron el impacto económico que estas implicaron. Por tanto, consideró que la parte demandante no probó distinto que haya constituido la desviación de poder.

Frente a la presunta carencia probatoria para iniciar la actuación administrativa, el a quo determinó que la decisión de la SIC se encuentra plenamente sustentada y soportada en pruebas que dan cuenta de las conductas anticompetitivas. Puso de presente que, contrario a lo afirmado por SALUD TOTAL, la reprochable no recaía sobre la disposición de las investigadas a atender los requerimientos efectuados por el Gobierno Nacional. Hizo énfasis en que lo cuestionado y sancionado por la SIC había sido que, las ACEMI, en el marco de la elaboración de la propuesta de regulación al Estado hubieren: i) circular con precios privados de costos y número de afiliados atendidos por parte de cada una de las EPS; y, ii) concertado servicios de salud a prestar a los usuarios a través del POS generando distorsiones al interior del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Estableció que la SIC, en los actos cuestionados, analizó los argumentos de las investigadas resolviendo como: i) los recobros ante el FOSYGA; ii) los componentes del precio de aseguramiento en salud; iii) la afectación directa de la UPC; iv) los estudios de suficiencia 2006-2009 del Régimen Contributivo; v) la unicidad de los datos que recibe la CRES para la fijación de la UPC; vi) el nivel de desagregación de la información reportada para el cálculo de la UPC; vii) las diferencias entre la base de datos de suficiencia de la UPC y la Nota Técnica realizada por cada entidad; y, viii) la definición del precio de aseguramiento en salud en Colombia.

Refirió que el análisis efectuado por la SIC la llevó a determinar que las EPS agremiadas en ACEMI concertada, crearon un mecanismo tendiente a fijar la UPC (Unidad de Pago por Capitación) y, por ende, definieron indirectamente el precio de aseguramiento en salud. En ese orden de ideas, el Tribunal no encontró fundamentos fácticos ni jurídicos que sustentaran los cargos de desviación de poder y falsa motivación.

III.4.- Violación al Debido Proceso

Señaló el Tribunal que la SIC había respetado las formas del trámite administrativo adelantado en contra de las EPS y ACEMI que llevó a la sanción de estas por las conductas anticompetitivas en las que éstas habían incurrido. Afirmó que no obra prueba alguna de que se hubiere incurrido en irregularidad que hubiere afectado el debido proceso de la parte actora. Por el contrario, se pudo determinar que SALUD TOTAL ejerció su derecho de defensa y contradicción sin detrimento alguno.

Recordó que SALUD TOTAL alegó la vulneración al debido proceso al hacerse sustentado la sanción principalmente, en correos electrónicos. Tal circunstancia, alegó la parte actora, a su juicio constituye un acto ineficaz por carencia de firma lo que afecta su presunción de autenticidad, de conformidad con la Ley 50 de 1999. Frente a dicha afirmación, el Tribunal señaló que el mensaje de datos puede considerarse equivalente a un documento suscrito o firmado, siempre que se hubiere empleado un método que permita identificar y verificar el contenido que su contenido cuenta con su aprobación.

En esa medida, en el sub lite quedó acreditado que el método de obtención de los correos electrónicos en el expediente administrativo que culminó con la expedición de los actos cuestionados, fue el recuento probatorio de la SIC, en cumplimiento de su facultad de inspección, vigilancia y control, del numeral 2° del artículo 2153 de 1992.

Así las cosas, el a quo determinó que, en razón a que los correos que sirven para probar la existencia de las conductas sancionadas fueron recaudados en las visitas de inspección realizadas a ACEMI y, es esperable que la parte actora según consta a folio 328 del Acta de dicha visita (carpeta 2 del CD “ACEMI 09-21413 C.R.”) las visitas tenían como objeto recabar elementos probatorios documentales, entre los cuales se encontraron:

enviados y recibidos. Frente a los cuales se dejó constancia expresa de la reserva de los documentos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 29 del CCA, 61 del Código de Comercio y 15 de la Ley 2009.

Señaló que, en consecuencia, la presunción de legalidad de que están revestidos los correos electrónicos permanece intacta, al cumplir con los requisitos de la Ley 527 de 1999. Adicionalmente, puso de presente que las conductas reprochadas y la sanción impuesta se encuentran sustentadas, además de los correos electrónicos, en las pruebas documentales contenidas a folio 69 del cuaderno principal, donde en un disco compacto digitalizadas las cuarenta y nueve (49) carpetas contentivas de aproximadamente 11.000 folios de la administración, las cuales fueron puestas en conocimiento de la parte actora y tuvo la oportunidad de controvertirlas.

Aclaró que el debido proceso no se vulnera cuando la decisión de la administración sea contraria a lo esperados o pretendidos por la persona, en este caso, objeto de investigación. Refirió que, de la revisión del expediente administrativo, encontró pruebas que acreditaban la ocurrencia de las conductas reprochadas sancionadas por la SIC.

Frente a la manifestación de SALUD TOTAL de vulneración al debido proceso por falta de congruencia administrativa sancionatorio respecto del de apertura de la investigación, el a quo aclaró que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el principio de congruencia se define como aquel que exige que la autoridad que decida deberá hacerlo en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda. En tanto, se vulnera el principio de congruencia cuando los falladores ordenan por objeto distinto al propuesto en una causa diferente a la invocada por los actores.

Sin embargo, puso de presente que según el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, “[...] las sentencias se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que lo alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.

Así las cosas, estableció que el principio de congruencia invocado es plenamente aplicable a los procedimientos surgidos de las investigaciones administrativas por prácticas comerciales restrictivas, de manera que las conductas investigadas guarden identidad con lo que sea objeto de sanción. Igualmente, resalto que para que, durante el trámite de la actuación adelantada por la Administración, puedan surgir nuevos hechos o imputaciones, de conformidad con lo señalado por el artículo 305 del CPC. Más aun en el sub lite la sanción se dio por la comisión de conductas continuadas, por lo que durante la etapa de investigación pueden surgir hechos causados con posterioridad a la apertura.

Recordó que la etapa de investigación administrativa tiene como finalidad establecer las circunstancias de hecho y de derecho necesarias para determinar si una conducta imputada corresponde o no con lo acreditado en el trámite. Anotó que en el sub lite, el comportamiento anticompetitivo de las EPS y ACEMI fue la causa de las condiciones puntuales sobre los servicios de salud del Régimen Nacional que debían ofrecer a su vez, de acuerdo para afectar el valor de la UPC. En esa medida, no es posible afirmar que se imputaron hechos que no fueron objeto de investigación, porque los mismos pertenecen a la conducta continuada incurrida por la demandante, tratándose de evidencias de prácticas restrictivas. Adicionalmente, fueron los hechos que en el recurso de reposición radicado en sede gubernativa.

Reiteró que los hallazgos de la investigación administrativa consignados en el Informe Motivado del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, de fecha 31 de marzo de 2011, fueron las etapas previas a la sanción y del mismo se dio curso a SALUD TOTAL. Por tanto, fue objeto de

sede administrativa con lo que se garantizó el debido proceso.

De acuerdo con lo expuesto, el a quo desestimó el cargo de nulidad respecto de la vulneración al de

III.5.- Violación al principio de Proporcionalidad de la Sanción

Precisó que, frente al principio de proporcionalidad de la sanción, se ha de tener presente que la sanción debe ser previamente contemplada por una norma y que al momento de graduarla se atiende la finalidad que persigue para evitar los excesos.

Destacó que en la Resolución 46111 de 2011, la SIC dedicó un aparte exclusivo para explicar la metodología aplicada por la tasación de la falta. De la lectura del mismo, de la jurisprudencia y de la normatividad del a quo concluyó que la SIC no había vulnerado el principio de proporcionalidad en tanto que para imponer la sanción apreció las pruebas allegadas al expediente, las cuales acreditaron la conducta reprochada, los antecedentes en relación con infracciones al Régimen de Protección de la Competencia y la conducta de SALUD TOTAL, las demás EPS y de ACEMI, la afectación que la misma produjo en el mercado de salud. Sin embargo, que, en esa medida, la SIC para definir el monto de la sanción, tuvo en cuenta elementos cuantitativos y cualitativos para tasarla.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad legal correspondiente, la parte demandante, por conducto de apoderado judicial, presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia. Manifestó que los motivos de inconformidad, en resumen, se concretan en lo siguiente:

Frente a la caducidad de la facultad sancionatoria: alegó que, contrario a lo establecido por el Tribunal, la facultad sancionatoria de la SIC se encontraba caducada bajo cualquiera de las posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado. Arguyó que los hechos que fundamentan la sanción impuesta datan del 5 de mayo de 2007 hasta el 17 de junio de 2008, por tanto, a la fecha de expedición de la Resolución 46111 de 30 de agosto de 2011 y de su notificación (12 de septiembre de ese mismo año) ya habían transcurrido los 3 años de que trata el artículo 10 del CCA.

En ese sentido, afirma que acogiéndose cualquiera de las teorías del Consejo de Estado, habría operado el fenómeno de la caducidad, al haberse expedido y notificado los actos acusados por fuera del término de los tres años.

Criticó que el Tribunal sustentara que no se había configurado la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC, por tratarse de una conducta continuada que se había prolongado, por lo menos hasta el 5 de diciembre de 2008; cuando no está demostrado que hubiera una unidad de intención entre los supuestos hechos sancionados desde el 5 de mayo de 2007 hasta finales de 2008, para que pudiese afirmarse que hay continuidad de la conducta. Refiere que basta con la simple afirmación de la unidad de intención, sino que ésta debe probarse, lo que no ocurrió en el presente caso.

Afirmó que resultaba tan evidente que la actividad de la administración carecía de sustento para imponer la sanción que el argumento de la conducta continuada solo apareció en el acto administrativo que resolvió el recurso, como una mera formalidad para tratar de evadir la ocurrencia de la caducidad, asunto involucrado y probado por los sancionados.

Puso de presente que al momento de estructurar la responsabilidad de las empresas sancionadas mediante la Resolución 46111 de 2011, la SIC nunca hizo referencia a una prueba de diciembre de 2008. Sin embargo, el Tribunal tuvo en cuenta esa última fecha para concluir que no había operado el fenómeno de la caducidad, lo que convalidó la vulneración al debido proceso de SALUD TOTAL. Insistió en que en la resolución de primera instancia se

de la investigación no se hizo mención al correo de diciembre de 2008 ni se dio oportunidad de cor Así las cosas, no hubo una real oportunidad de defensa.

Frente a la falta de motivación: Argumentó que el Tribunal había descartado el cargo por la no ocu caducidad. Sin embargo, en la demanda se había sustentado el cargo en dos razones: i) falta de aná individualización de los motivos que sustentan la continuidad de la conducta reprochada; y, ii) tam alusión al correo electrónico de diciembre de 2008 ni se determinó el mérito que la SIC le otorgó a

Por tanto, el Tribunal desconoció los fundamentos presentados por la parte actora y se limitó a ratif posición en torno a la ausencia de caducidad. Con dicha circunstancia, la ausencia de motivación d Resolución 46111 de 2011, además de afectar la validez del acto, vulnera el derecho al debido proc actora.

Respecto de la Falsa Motivación: Arguyó que el Tribunal desconoció que el consenso entre las EPS único propósito presentar, al Gobierno Nacional, una propuesta de regulación tendiente a actualizar contenidos del POS. Insistió en que, al igual que la SIC, el a quo desconoció esta circunstancia y d testimonios que sustentaban el actuar de los investigados.

Alegó que en el expediente no obran pruebas que soporten el supuesto consenso para restringir la c Tampoco fueron probadas ni la capacidad ni la idoneidad del supuesto acuerdo para restringir la cc Lo anterior, lleva necesariamente a concluir que hubo una errada valoración de las pruebas recauda a ello, no reposa evidencia del intercambio de información entre las EPS. Insistió en que la interpre coberturas, procedimientos, medicamentos y dispositivos médicos ofrecidos por SALUD TOTAL c única y exclusivamente a su propia interpretación del POS.

Frente a la supuesta existencia de un consenso destinado a negar la prestación de servicios incluido para la determinación de cuáles debían entenderse incluidos y cuáles no, reiteró los argumentos exp demanda.

Adicionalmente, criticó que el Tribunal hubiera desconocido que la información enviada por ACEM correspondía con datos agregados e históricos y, en esa medida, no se trataba de un intercambio de confidencial o sensible de la actividad de cada EPS agremiada en ACEMI.

Además, puso de presente que la diferencia de información entre el reporte al Ministerio y la consig propuesta, encuentra su justificación en el hecho de que se trata de datos con objetivos diferentes. l información reportada por ACEMI era histórica y tenía como propósito la determinación de la Nota la propuesta regulatoria de actualización del POS. La reportada por la EPS al Ministerio de Protec por solicitud expresa de dicha entidad, correspondía a los datos necesarios para el cálculo de la UP

Refirió que todas las afirmaciones efectuadas respecto de este cargo están respaldadas y probadas c testimonios que obran en el expediente, los cuales, a pesar de su claridad fueron descartados por la Tribunal, dándole mayor relevancia a los correos electrónicos que fueron citados de manera fragne interpretados de forma descontextualizada. La información de los correos hacía referencia a la prej Nota Técnica y no tenía relación alguna con la información que debía suministrar la EPS al Ministe Protección Social para el cálculo de la UPC.

Frente a la violación al debido proceso: Respecto de los correos electrónicos, cuestionó que el Trib dado validez probatoria a pesar de no contar con firma, desconociendo lo dispuesto en el artículo 2: 527 de 1999. El citado artículo establece la validez de los mensajes de datos y los atributos de la fi Resaltó que la mayoría de las pruebas que sustentan la sanción no fueron tomados de los computac SALUD TOTAL y tampoco llevan firma. Por tanto, el Tribunal no podía otorgarles la presunción c

autenticidad que se deriva de la firma digital. Esas pruebas son ineficaces por ausencia de firma, y no se tomarse para llegar al convencimiento al que arribó la SIC en relación con el presunto incumplimiento de libre competencia.

En relación con el principio de congruencia, se opone a lo afirmado por el Tribunal, por cuanto existe evidencia de que los cargos y hechos aducidos en la apertura de la investigación difieren de los que fundamentan la sanción. No puede darse aplicación al artículo 305 del CPC en tanto, contrario a lo afirmado por el Tribunal, no fueron objeto de controversia por parte de SALUD TOTAL, dado que fueron conocidos hasta la resolución sancionatoria, por fuera de la oportunidad probatoria de que trata el Decreto 2153 de 1992. En esos hechos nuevos constituyen una nueva imputación de cargos.

En relación con el principio de proporcionalidad de la sanción: manifestó su desacuerdo con la decisión del Tribunal porque cuanto los actos administrativos cuestionados no contienen el análisis adecuado de los elementos necesarios para justificar la imposición del monto máximo de la sanción. El Tribunal igualmente debían analizarse la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado y el volumen de negocios, los antecedentes de la infracción y la conducta de las partes.

V.- TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue concedido por el Magistrado sustanciador de la primera instancia, mediante auto del 12 de marzo de 2014.

El Despacho sustanciador través de auto de 22 de septiembre de 2014, admitió el recurso de apelación y emitió providencia de 14 de enero de 2015, corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión, y vencido este, al Ministerio Público para que rindiera concepto.

En esta oportunidad procesal se pronunciaron, la parte actora reiterando los argumentos expuestos en el recurso de alzada y la SIC ratificando lo manifestado en la contestación de la demanda.

El agente del Ministerio Público, en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

VI.1.- La competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, la Sección IV del Consejo de Estado es competente para decidir en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos.

VI.2.- El problema jurídico

De acuerdo con las prescripciones del artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión al artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, corresponde a esta Sala determinar si confirma o revoca la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, habrá de determinarse si la Resolución 46111 de 30 de agosto de 2011 "Por la cual se imponen unas sanciones", y la Resolución 65116 de 30 de noviembre de 2011, expedidas por la SIC vulneran normas de superior jerarquía por haberse expedido en violación a las normas procesales y sustanciales en que debería fundarse, ii) falsa motivación, y iii) debido proceso.

VI.3.- Acto administrativo objeto de análisis de legalidad

SALUD TOTAL S.A. E.P.S., por conducto de apoderado judicial, demandó la Resolución 46111 de 2011 “Por la cual se imponen unas sanciones” y la Resolución 65116 de 21 de noviembre de 2011 “Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”, ambas expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio.

VI.4.- Análisis del caso concreto

En el recurso de alzada, los demandantes insistieron en que debía revocarse la sentencia de primera instancia para, en su lugar, declarar la nulidad de las Resoluciones 46111 de 30 de agosto de 2011 y 65116 de 21 de noviembre de 2011, expedidas por la SIC dentro del procedimiento administrativo sancionador adelantado, en contra de la hoy demandante, mediante las cuales se impusieron unas sanciones pecuniarias por existencia de un acuerdo anticompetitivo para fijar indirectamente el valor de la UPC-C y afectar la libre competencia de la información del mercado, conductas estas que resultan contrarias a la libre competencia en el aseguramiento en salud en Colombia.

En el recurso, como se indicó, la parte demandante solicitó revocar la decisión de primera instancia. Sin embargo, no se presentaron argumentos frente a lo resuelto por el Tribunal de instancia frente a cada uno de los cargos de nulidad planteados en la demanda. En esa medida, la Sala pone de presente que la parte demandante, en el recurso de apelación, planteó sus reproches respecto de lo decidido por el a quo en relación con los siguientes cargos:

Violación de las normas procesales y sustanciales en que debían fundarse:

Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC.

Falta de motivación.

Falsa motivación

Violación al debido proceso

Prueba documental ineficaz por falta de firma. Vulneración al artículo 28 de la Ley 527 de 1999.

Violación al principio de congruencia.

Violación al principio de proporcionalidad de la sanción.

VI.4.1.- Análisis de los cargos

En el recurso de alzada, la parte demandante reitera los argumentos expuestos en la demanda y reproduce las decisiones del a quo respecto de algunos de los cargos. Por razones metodológicas la Sala analizará los argumentos de la parte actora en el orden presentado por esta en el escrito del recurso.

VI.4.1.1.- Violación de las normas procesales y sustanciales en que debían fundarse

VI.4.1.1.1.- Caducidad de la facultad sancionatoria.

La Sala observa que la parte demandada disiente en lo relacionado con el alcance de la caducidad de la facultad sancionatoria, por lo que, para determinar la forma y el momento a partir del cual se debe contabilizar la caducidad, deberá analizarse lo siguiente: i) si la conducta objeto de reproche es continuada o instantánea, y ii) si se entiende impuesta la sanción a la luz de lo que ha expuesto la jurisprudencia sobre el particular.

En relación con el primer punto, esto es, determinar el momento a partir del cual comienza a contarse el ejercicio oportuno de la potestad reglamentaria de la Administración, la jurisprudencia de esta Corte

sido clara en señalar que debe tener en cuenta el tipo de conducta que es objeto de sanción.

Según la jurisprudencia de la Sección Primera de esta Corporación—

, este término empieza a contabilizarse, generalmente, y como ya lo ha sostenido esta Corporación—

, desde (i) la realización del acto de ejecución instantánea, (ii) la cesación de la conducta continuada en la que se debió cumplir un debe—

, o (iv) de manera individual frente a cada una de las conductas homogéneas reiteradas.

En ese sentido, cabe precisar que estas hipótesis tienen como común denominador la realización de conforme lo dispone el artículo 38 del CCA y lo ha precisado esta Corporación, entre otras, en sent de marzo de 2014 (Expediente Núm. 4400123310002008-00124-01, M.P. Marco Antonio Velilla M 23 de febrero de 2012, M.P. María Elizabeth García González).

En ese orden de ideas, cuando se trata de una conducta de ejecución instantánea, el término para in sancionar al administrado se debe contabilizar desde que se produce el hecho; mientras que cuando segundo tipo de conductas, el término de los tres (3) años de que trata el artículo 38 del C.C.A., coi contarse a partir del momento en que cesa la conducta reprochabl.

ii) Ahora bien, respecto del término con que cuenta la administración para hacer uso de su potestad sancionatoria, la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación unificó su jurisprudencia mediante se de septiembre de 200, en el sentido de determinar que el factor temporal para ejercer la facultad del hasta el momento que se expida y notifique el acto principal, y no frente a aquellas actuaciones pos surten en virtud del agotamiento de la vía gubernativa.

Así se estableció con claridad en la mencionada decisión, cuando se precisó:

“Bajo este hilo conductor, y **en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el te** que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia ju Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando **concluye la actuac administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelv proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de disciplinaria.** 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 és actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrad** existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado c decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por pr propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de ya tomada.

Afirmar que la administración, **además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del**

cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en marcha el proceso investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones el funcionario administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias.

En este orden de ideas, en el sub examine es evidente que el fallo suplicado interpretó de forma errónea el artículo 12 de la Ley 25 de 1974 con las modificaciones que le introdujo el artículo 6 de la ley 13 de 1995 porque le otorgó un equivocado entendimiento al considerar el alcance del término de prescripción de la actuación administrativa disciplinaria hasta comprendida la notificación del acto administrativo que resuelve el recurso de la vía gubernativa. Por el contrario, imponer la sanción disciplinaria dentro del término de cinco años contados a partir del último acto constitutivo de la falta, significa que, como máximo, dentro de ese lapso debe la autoridad pública expedir y notificar el acto administrativo principal, es decir, el acto primigenio que impone la sanción y que pone fin a la actuación administrativa disciplinaria.

La prosperidad del cargo propuesto impone infirmar la sentencia del 25 de julio de 2002 y, consecuentemente, emitir sentencia de reemplazo” (negritas fuera de texto).

De conformidad con la tesis jurisprudencial expuesta, en el término para ejercer la facultad sancionatoria la Administración debe expedir y notificar el acto administrativo principal y luego de vencido este período debe proceder a resolver la correspondiente vía gubernativa, conforme los recursos procedentes contra el acto administrativo sancionatorio principal, en su naturaleza sancionatoria.

En concordancia con el precedente jurisprudencial, esta Sección ha considerado que en el término de cinco años con el que cuenta la Administración para ejercer la facultad sancionatoria debe proferirse y notificarse el acto administrativo sancionatorio principal, sin que en ese lapso deban ser resueltos los recursos interpuestos puesto que los mismos se consideran una etapa posterior, tal y como se observa a continuación:

“Para resolver la controversia, **la Sala observa que de conformidad con el artículo 38 del C.C.A. que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años a partir del acto que pueda ocasionarlas**”. Para contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, **la Jurisprudencia** de esta Sección tiene establecido lo siguiente: «**Ante las diferentes posiciones e interpretaciones que se le ha dado al tema de la prescripción de la acción sancionatoria acerca de cuándo debe entenderse “impuesta la sanción”, la Sala Plena de esta Corporación con el fin de unificar jurisprudencia sostuvo mediante sentencia de 29 de septiembre de 2009 , que “la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto administrativo principal primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa”**. La postura de la Sala, es que la sanción se entiende impuesta oportunamente, si dentro del término asignado para ejercer esta potestad la Administración expide y notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, independientemente de la interposición de los recursos (negritas fuera de texto).

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 del CCA y el precedente jurisprudencial trazado por esta Corporación, la administración cuenta con un término de tres (3) años para expedir y notificar el acto administrativo sancionatorio y proceder a su notificación, agotando así la actuación administrativa, en el caso de haberse ejercido los recursos establecidos en el ordenamiento contra el acto administrativo sancionatorio, para proceder a desatar la vía gubernativa, siendo esta una etapa de defensa estipulada para controvertir el acto administrativo adoptada en una fase administrativa previa, que cuenta con su propia regulación y términos.

Descendiendo al caso que ocupa la Sala, cabe precisar que la Resolución 46111 de 30 de agosto de 2011, mediante la cual la SIC impuso una sanción a SALUD TOTAL por conductas desplegadas entre marzo de 2007 y hasta 5 de diciembre de 2008, se notificó por edicto que se desfijó el 12 de septiembre de 2011.

Para determinar el extremo a partir del cual se debe contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC, deberá la Sala establecer el tipo de conductas por las cuales se sancionó a SALUD TOTAL S.A. E.P.S.

En ese sentido, resulta pertinente precisar que la multa impuesta en la Resolución 46111 de 30 de agosto de 2011, confirmada por la Resolución 65116 de 2011, se fundamentó en la infracción de lo dispuesto en los artículos 3° y 5° del Decreto 1663 de 1994, en razón de la celebración de acuerdos contrarios a la ley que regulan el mercado de prestación de servicios en salud.

Según lo argumentado en las resoluciones cuya nulidad se deprecia, y de lo acreditado en los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición de aquella, los hechos considerados contrarios a la competencia en el mercado de servicios de salud se originaron entre el 5 de marzo de 2007, con ocasión de un correo electrónico de una funcionaria de ACEMI enviado a todas las EPS que integran la asociación de EPS, el 5 de diciembre de 2008, fecha en la que se constató el envío de un correo electrónico por parte de las EPS para la realización del Estudio de Suficiencia de la UPC.

Al respecto, es importante señalar que en tratándose de conductas que afecten o sean contrarias a la competencia, esta Corporación ha reiterado, en distintas oportunidades, que, para el cómputo de la facultad sancionatoria de la administración, deviene necesario determinar la naturaleza de los hechos que originan la investigación administrativa, esto es, si son de ejecución instantánea o sucesiva.

Son conductas instantáneas aquellas que se agotan en un solo momento. De otro lado, las de ejecución sucesiva se prolongan en el tiempo, lo que significa que la comisión de la conducta objeto de investigación tiene un carácter de permanente o continuada, de tal suerte que la facultad sancionatoria de la administración computarse a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución.

En efecto, en el evento de investigarse una conducta permanente o continuada, el Consejo de Estado ha establecido que el término de caducidad para imponer la sanción “comienza a contarse a partir de la fecha en la que se cometió la conducta. De allí que en los demás casos, dicho plazo se contabilizará en la forma establecida en el artículo 38 del C.C.A., esto es, desde que el hecho se produce

—

—.

En desarrollo de lo anterior, es relevante señalar que, según lo establecido por la SIC en las resoluciones de cuestionamiento, las actuaciones objeto de investigación tienen el carácter de continuadas por el hecho de que se derivan de un comportamiento con una unidad de propósito o intención. La SIC encontró que, desde marzo de 2007 y hasta diciembre de 2008, se llevaron a cabo diferentes actividades por parte de las sancionadas, como reuniones, intercambios de información, comunicaciones, actas, etcétera; todas las cuales están encaminadas a coordinar sus actuaciones frente a la prestación de servicios, al suministro de información, a la afectación indirecta del valor de la UPC.

En relación con el análisis de la ocurrencia del fenómeno jurídico de la caducidad, el Tribunal determinó que, tratarse de una conducta continuada, el término del artículo 38 del CCA debía contabilizarse a partir del momento en que se cometió el hecho o cuando hubiere cesado la conducta objeto de reproche. Adicionalmente, determinó que a partir de diferentes criterios del Consejo de Estado frente al término de cuando se entiende que se ha ejercido

sancionatoria, tal circunstancia resultaba irrelevante en el caso bajo estudio, por cuanto los actos ad demandados habían quedado en firme el 2 de diciembre de 2011, esto es, tres (3) días antes de que caducidad de la facultad sancionatoria.

En este aspecto, la Sala precisa que no obstante el Tribunal determinó que no había ocurrido el fenec caducidad, se debe llamar la atención de que no se hubiera tomado como sustento para llegar a tal c decisión adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estad que acogió el criterio según el cual la faci sancionatoria de la administración se entenderá ejercida cuando se ha notificado el acto sancionator dentro del término las decisiones de los recursos precedentes y su respectiva notificación.

De lo anterior, la Sala concluye que la decisión del Tribunal respecto de la inexistencia de caducida facultad sancionatoria si bien resulta acertada y será confirmada, las razones para desestimar el rep parte demandante frente a esta serán las anteriormente expuestas en esta providencia.

De otra parte, en el recurso la parte demandante arguyó la inexistencia de pruebas en el sub examin permitan asegurar, como lo hizo la SIC y el a quo, que hay una unidad de intención y, en esa medid continuidad alegada de la conducta.

Respecto de las afirmaciones del recurrente, la Sala encuentra necesario precisar que la continuidad conducta a sancionar fue expuesta en la Resolución 46111 de 2011, en el aparte 6.6. de Temas Proc 6.6.1.1. “Caducidad de la facultad sancionatoria, de la siguiente manera:

“Como se ha señalado a lo largo de la presente Resolución las conductas mencionadas a pesar de in de las normas previstas en el Decreto 1663 de 1994, deben ser entendidas como diferentes manifes una estrategia diseñada e implementada de manera conjunta por las investigadas con el fin de afecto competencia en el sector salud.

Además de lo anterior, no debe desconocerse, como lo pretenden los apoderados, que las conductas **no son de aquellas que se realicen una sola vez en el tiempo, sino que por el contrario implica realización de una pluralidad de acciones u omisiones unidas o ligadas por una unidad de int anterior, deben ser consideradas como de naturaleza continuada** y, en esa medida, el término c debe contarse a partir de la ocurrencia del último acto que hace parte de la conducta investigada.

[...]

Adicionalmente, como se ha señalado a lo largo de la presente Decisión, **las investigadas llevaron diferentes actividades, como reuniones, intercambios de información, comunicaciones, actas, medio de las cuales buscaban coordinar sus actuaciones frente a la prestación de servicios, al de información y como consecuencia de las dos anteriores, la afectación del valor de la UPC.**

En el expediente obran pruebas que dan cuenta de las conductas cuestionadas desde marzo de 2007 **menos el 5 de diciembre de 2008**, fecha que se tiene probada dentro del expediente como el último información por parte de las EPS con el fin de realizar el Estudio de Suficiencia de la UPC, elabora MPS para el año 2008 para la vigencia del año 2009. Con anterioridad a esta fecha se encuentra pr **de octubre de 2008**, las EPS propusieron, a través de un correo electrónico, reunirse con el fin de h armonizar las interpretaciones del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Pla de Salud – MAPIPOS. El correo de la fecha mencionada en el que se hace referencia a una reuniór realizada el 17 de octubre siguiente, tenía por objeto establecer la “Agenda jornada de trabajo comi homologación Mapipos y precisión de las definiciones del Manual.” (Resaltado de la Sala)

De allí la importancia de traer a colación lo consignado en la sentencia de 25 de noviembre de 201-

, cuando al resolver un asunto similar al que nos ocupa, en lo concerniente al carácter continuado de la infracción, se señaló lo siguiente:

“[...] En ese orden, no es de recibo que la Superintendencia hubiese desconocido el mandato contenido en el artículo 38 del CCA, **pues de acuerdo con lo que está probado, las infracciones endilgadas no consisten en una única conducta reprochable sino de un conjunto de actividades que sumadas identifican tres infracciones calificadas de anticompetitivas.**

[...]

En efecto, la investigación que se adelantó se soportó en una situación particular que no desvirtuó lo investigado. **Lo investigado atiende a la condición de conductas continuadas, pues la infracción no se desahució en un solo momento y por la EPS demandante, sino que se extendió en el tiempo con ocasión de los actos de la SIC para delimitar las tres infracciones formuladas respecto de un conjunto de EPS de la entidad que las asocia al identificar tres estadios diferentes de la realización de las faltas por las que le sancionó, así:**

i) la solicitud de la ACEMI de la información relativa con el mercado de salud a sus EPS afiliadas y de los requerimientos efectuados por la asociación con miras a unos planteamientos, ii) los consensos y las conclusiones logradas con fundamento en la información remitida y iii) la fijación indirecta de precios por razón a los acuerdos logrados frente a la información reportada.

De esta manera, la alegación de la recurrente desconoce que las conductas infractoras que fueron identificadas finalizaron para la SIC en el momento en que identificó que esos acuerdos afectaban de manera indirecta los precios regulados de las UPC, debido al consenso de las EPS de manejar reportes uniformes en la prestación de los servicios de salud a su cargo.

[...]

Las resoluciones acusadas fueron el resultado del procedimiento administrativo que se adelantó, a partir de la formulación de los cargos y los hechos específicos que los respaldaron, para calificar las conductas de 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 2008 y el 5 de diciembre de 2008.

El primer momento determinado por el correo enviado por la ACEMI a las EPS miembros de esa asociación fue la solicitud de remisión de la información relevante y concerniente con la prestación de los servicios de salud el último, que se tomó como parámetro para la formulación de los cargos de infracción, relativo con el correo electrónico del 5 de diciembre de 2008, que fue remitido por la ACEMI a sus asociados, entre los que se encuentra la EPS apelante.

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 involucradas que accedieron al envío de información y asintieron en las orientaciones dadas por la ACEMI, frente a las que se lograron.

[...]

Por lo precedente, no le asiste la razón a la parte apelante al considerar como fecha de conteo del término de la caducidad, [...] porque dada la naturaleza de la infracción, que implicó la realización de actos positivos y negativos continuados de doble dirección para examinar la afectación al mercado de salud, **resultaba insuficiente**

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 reexamen complejo por ser una conducta continuada y no evidenciada sino a través del contexto de pruebas recopiladas que daban cuenta del escenario de infracción en el que se movían ciertos tratados por conducto de la ACEMI con las EPS miembros que desbordaban el propósito de cooperación en el que se amparan.

Determinado como está, que las infracciones sancionadas son de carácter permanente o continuado considera que el Tribunal acogió en derecho y para el cómputo de la facultad sancionatoria de la SI 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 afiliada”.

Al igual que esa oportunidad, en el presente asunto la Sala pudo determinar que la conducta por la que se sancionó a ACEMI y a las EPS del régimen contributivo, entre ellas la hoy demandante, es de carácter continuado, por cuanto se refiere a conductas desplegadas entre el 5 de marzo de 2007 y el 5 de diciembre de 2008. Los hechos, aunque en apariencia aislados, se encuentran relacionados por una unidad de proceso, como lo afirma la SIC en los actos demandados, todos hacen parte de una serie de estrategias encaminadas a afectar la competencia en el sector salud. En esa medida, no pueden ser analizados de manera independiente, sino que deben estudiarse en conjunto.

En ese orden de ideas, por tratarse de una conducta continuada, el término para ejercer la potestad sancionatoria deberá contabilizarse desde el 5 de diciembre de 2008, última fecha en que consta que se remitió por correo electrónico a las EPS, entre ellas, SALUD TOTAL, información a ACEMI con el fin de realizar el Estudio de Suficiencia de la UPC, elaborado por el Ministerio de Protección Social para el año 2008 para la vigencia del año 2009.

Por último y respecto del argumento del recurrente frente a que el correo del 5 de diciembre de 2008, en lugar de ser contrario a lo interpretado por la SIC-, no podía ser considerado como elemento constitutivo de la conducta censurada, toda vez que se dio dentro de la remisión de una información que las EPS al Ministerio de Protección Social con el propósito era elaborar el estudio de suficiencia de la Unidad de Pago por Capitación (en adelante UP) considera que, tal como lo determinó la SIC, tal comunicación no puede interpretarse de manera aislada, sino que pretende hacerlo la parte actora.

En efecto, este correo del 5 de diciembre de 2008, al igual que las pruebas que respaldaron la decisión de la Sala, es una más de las diferentes actividades irregulares desplegadas por las EPS y por ACEMI, las cuales se realizaron a través de “[...] reuniones, intercambios de información, comunicaciones, actas, etc. por medio de las cuales se buscaban coordinar sus actuaciones frente a la prestación de servicios, al suministro de información y a la afectación del valor de la UPC.”

Cabe resaltar que, en la Resolución 46111 de 2011, la SIC refirió que el 5 de diciembre de 2008 es la fecha en la que se tiene probada dentro del expediente como el último envío de información por parte de las EPS al Ministerio de Protección Social con el fin de realizar el Estudio de Suficiencia de la UPC, elaborado por el MPS para el año 2008 para la vigencia del año 2009”. Significa lo anterior que tal correo constituye la última de las actividades en la que se dio intercambio de información sensible entre las EPS y ACEMI y cuya circulación se encontró probada dentro del expediente administrativo. Los motivos por los cuales se produjo dicho intercambio, a pesar de que se enmarcaba dentro del proceso de la presentación de una propuesta regulatoria, desbordaban el derecho de asociación y la libre competencia, tal como lo determinó la Sala en sentencia de 25 de noviembre de 2011, posición jurisprudencial que en esta ocasión se prohija.

En consecuencia, el 5 de diciembre de 2008 es la fecha en la que inicia el término de tres años con el que se computa el término de prescripción de la acción de nulidad.

administración para investigar los hechos constitutivos de infracción al ordenamiento legal y la imposición de sanciones. La Resolución 46111 de 2011, se expidió el 30 de agosto y fue notificada el 7 de septiembre de ese año. Así las cosas, la potestad sancionatoria se ejerció faltando 2 meses y 24 días para operara el fenómeno de la caducidad del artículo 38 del CCA.

En esa medida, se despachará desfavorablemente el reproche del recurrente frente a la ausencia de hechos que sustentan la continuidad de la conducta y la consecuente ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria.

De acuerdo con lo expuesto, el cargo propuesto no tiene vocación de prosperidad.

Ahora bien, el recurrente además arguyó que la SIC nunca puso de presente en el acto sancionatorio los hechos investigados constituían una conducta continuada, y que, en esa medida, la Resolución 46111 omitió hacer referencia a la prueba del 5 de diciembre de 2008. Manifestó que, debido a ello, no hubo una verdadera oportunidad de defensa frente al contenido de este.

Acerca de las afirmaciones del recurrente, basta señalar que la citada resolución 46111 explicita que: **“las conductas mencionadas no son de aquellas que se realicen una sola vez en el tiempo, sino que, por el contrario implican la realización de una pluralidad de acciones u omisiones unidas o ligadas por una unidad de intención; por lo anterior, deben ser consideradas como de naturaleza continuada”**

Por ende, la Sic definió claramente la naturaleza de la conducta, motivo por el cual la demandante tuvo una oportunidad de controvertir la sanción impuesta en el curso de la vía gubernativa. Igualmente ocurrió con la mención al correo del 5 de diciembre de 2008, que también es relacionado en el acápite antes referido. Así las cosas, no le asiste la razón al recurrente cuando afirma que fue hasta la resolución que resolvió el recurso que enteró la existencia de la prueba mencionada.

De acuerdo con lo expuesto, el cargo propuesto no tiene vocación de prosperidad.

VI.4.1.1.2.- Falta de motivación

La parte actora alegó que el Tribunal había descartado el cargo de falta de motivación por la no ocurrencia del fenómeno de la caducidad. Sin embargo, en la demanda se había sustentado el cargo en dos razones: el análisis e individualización de los motivos que sustentan la continuidad de la conducta reprochada; se hizo alusión al correo electrónico de diciembre de 2008 ni se determinó el mérito que la SIC le atribuyó a la prueba.

El a quo desestimó el cargo, en razón a que los argumentos expuestos por la parte actora se sustentan exclusivamente en la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria, y al haberse establecido por el Tribunal que tal fenómeno no había acaecido, el presente cargo carecía de sustento.

Frente a este cargo, la Sala encuentra que le asiste razón al a quo cuando desestimó el cargo de falta de motivación. En efecto, la parte demandante sustentó el cargo, tanto en la demanda como en el recurso, en la ocurrencia de la caducidad por la ausencia de sustento de la actividad continuada y, en el hecho de haber omitido hacer referencia a la prueba del 5 de diciembre de 2008.

Sobre el particular, la Sala reitera el análisis efectuado sobre el sustento de la conducta continuada y la mención del correo referido de diciembre de 2008, efectuada en el punto inmediatamente anterior de la providencia.

La Sala pudo determinar que sí se efectuó un análisis por parte de la SIC frente a la continuidad de la conducta con base en las pruebas obrantes en el expediente y, adicionalmente, la fecha que se consideró como la que se desplegó la conducta objeto de reproche por la Administración fue la del 5 de diciembre de 2008.

frente a la cual también se analizó su relación con las conductas contrarias a la competencia.

Por las razones expuestas, el presente caso no prospera.

VI.4.1.2. - Falsa motivación

Para abordar el análisis de este cargo, en primer lugar, la Sala encuentra necesario precisar que la motivación de los actos administrativos es un elemento necesario para su validez. En ese sentido, todo acto debe consignar las razones de hecho y de derecho que sustentan su expedición. Sobre el particular, esta Sala ha manifestado lo siguiente:

“[...] la validez del acto administrativo depende, entre otros elementos, **de que los motivos por los que se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que motivó su expedición, mismo se haya tomado, valga decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho que son necesarios para la toma de la decisión de que se trate**, y que se den en condiciones tales que permitan adoptar una y no otra determinación, por lo que se trata de un requisito material, en cuanto **depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo causa del mismo, realidad jurídica y/o fáctica del caso** [...]” (Resaltado fuera de texto).

En esa medida, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo prevé como una de las causas de nulidad de los actos administrativos la falsa motivación. El defecto de falsa motivación se configurará cuando se encuentren inconsistencias entre las razones y afirmaciones del acto frente a los supuestos de hecho y derechos.

Esta Sección, mediante sentencia de 11 de julio de 2011, consideró lo siguiente:

“[...] **La motivación constituye, entonces, uno de los elementos esenciales o fundamentos de la validez del acto administrativo, a tal punto que cuando se pretermite, o cuando se demuestra que las razones que sustentan la decisión no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que**

Ahora bien, teniendo en cuenta la presunción de legalidad de la cual goza el acto administrativo, **cuando se alega que quien pretende desvirtuarlo por la causal de falsa motivación demostrar el vicio en el elemento de la decisión, es decir, la inexistencia o el error de los antecedentes de hecho y derecho que fundamentan la expedición** o, en otras palabras, que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad (Resaltado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, la falsa motivación constituye causal de nulidad de los actos administrativos y alegue su configuración debe demostrar su ocurrencia, en aras de desvirtuar la presunción de legalidad de los mismos.

Por último, esta misma Sección, mediante sentencia de 12 de diciembre de 2011, reiteró lo expresado en el pronunciamiento del 14 de abril de 2011, en el que estableció los eventos los cuáles se configura la falsa motivación de los actos administrativos, al señalar que esta tiene lugar: “[...] cuando i) se presentan fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública que no corresponden a los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones e intereses simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no corresponde a la realidad; iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión [...]”.

Descendiendo al caso, frente a este cargo la parte actora adujo que el actor desconoció que el consenso entre las EPS tenía como único propósito presentar al Gobierno nacional una propuesta de regulación para actualizar los contenidos del POS. Insistió en que, al igual que la SIC, el Tribunal desconoció esta

y descartó los testimonios que sustentaban el actuar de los investigados.

Alegó que en el expediente no obran pruebas que soporten el supuesto consenso para restringir la c
Tampoco fueron acreditadas ni la capacidad ni la idoneidad del supuesto acuerdo para restringir la
Lo anterior lleva necesariamente a concluir que hubo una errada valoración de las pruebas recauda
a ello, no reposa evidencia del intercambio de información entre las EPS.

Adicionalmente, criticó que el Tribunal hubiera desconocido que la información enviada por ACEM
correspondía con datos agregados e históricos y, en esa medida, no se trataba de un intercambio de
confidencial o sensible de la actividad de cada EPS agremiada en ACEMI.

Refirió que todas las afirmaciones efectuadas respecto de este cargo están respaldadas y probadas c
testimonios que obran en el expediente, los cuales, a pesar de su claridad, fueron descartados por la
Tribunal, dándole mayor relevancia a los correos electrónicos que fueron citados de manera frage
interpretados de forma descontextualizada. La información de los correos hacía referencia a la prej
Nota Técnica y no tenía relación alguna con la información que debía suministrar la EPS al Ministe
Protección Social para el cálculo de la UPC.

El Tribunal, en la sentencia recurrida, encontró infundadas las afirmaciones de la parte demandante
constató que se había probado la ocurrencia de la conducta continuada y que la SIC explicó con suf
base en los elementos fácticos y jurídicos que reposan en el expediente administrativo. Determinó
demandada había expuesto y analizado con suficiencia las pruebas en las que sustentó su decisión.

La Sala encuentra que el punto de reproche de la parte actora radica fundamentalmente en la incons
los hechos y pruebas que sustentan la sanción y los demás elementos probatorios que, en su criterio
ignorados por la SIC y por el Tribunal y que probarían las afirmaciones de la demandante respect
inexistencia del acuerdo contrario a la competencia.

Frente a lo anterior, la Sala debe indicar que el fundamento principal de los actos demandados se e
consignado en la parte considerativa de los mismos, los cuales hacen referencia a las pruebas recau
la investigación adelantada por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia
pruebas y su análisis detallado fueron señalados en el Informe Motivado presentado por esa Delega
Superintendente de Industria y Comercio, el 31 de marzo de 2011. Dicho análisis fue recogido por
46111 de 2011, para dar respuesta a los reproches al Informe Motivado, manifestados por los inves

La SIC, en la Resolución 46111 de 2011, y específicamente frente a la existencia de la conducta de
señaló:

“Para este Despacho, las pruebas recaudadas durante la investigación apuntan a una unificación arti
criterios entre las EPS-C agremiadas en ACEMI, en torno a la negación de servicios incluidos en el
como de los servicios de salud que debían considerarse POS y NO POS, lo que constituye una infra
normas arriba descritas. En el marco de la conducta descrita, ACEMI habría servido como instrume
difusión y coordinación y habría actuado como partícipe del mismo. En efecto, la asociación lideró
coordinación y la recopilación de información, con el fin de determinar y unificar aquellas prestaci
EPS consideraban POS y NO POS. Al respecto resulta pertinente citar el correo electrónico enviado
Torres, funcionaria de ACEMI, a la lista de correos ACEMI, con asunto “circular 2007 0073- RC-F
información trasplantes 2000 a 2006, de fecha 5 de marzo de 2007 que muestra lo siguiente:

“De forma urgente, solicitamos a todas las entidades que nos envíen a más tardar el día 7 de marzo
antes de las 4:00 pm, la siguiente información: 1. Pacientes que recibieron trasplantes o retrasplante
POS) el tratamiento farmacológico de inmunosupresores (POS y NO-POS) en las EPS durante los]

a 2006, incluyendo el costo anual del tratamiento farmacológico (...)"

En el correo citado se aprecia que la asociación estaba interesada en tener información acerca de lo de las EPS clasifica como procedimiento incluido o no en el POS. Este hecho Unido a los demás q probados en el expediente evidencia que ACEMI desempeña un rol como coordinador y centralizac información para la realización cuerpo.

[...]

Teniendo como marco las anteriores afirmaciones, para este despacho está probado en el expedient realización de un acuerdo anticompetitivo basado en el consenso realizado por las EPS involucrars investigación, el cual tuvo como eje a ACEMI. Para llevar a esta conclusión se considera relevante mención (sic) a algunos de los elementos probatorios que lo sustentan. (subrayado de texto original

Es importante reiterar que estos medios de prueba, así como los argumentos que presentaron los ap frente a la valoración realizada por la Delegada, serán analizados de manera detallada más adelante **cualquier caso, se llama la atención sobre el hecho de que los medios de prueba que obran en deben ser valorados es un conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica"**. (Resaltado de

En esa medida, en la Resolución 46111 de 2011 (Folios 27 a 301 del Cuaderno 1 Anexos de la Den hace alusión, entre otras pruebas, a los múltiples correos electrónicos enviados por una funcionaria la lista de correos de las EPS agremiadas, de los que se infieren las concertaciones sistemáticas real interior de las EPS respecto de los servicios de salud que deberían estar o no cubiertos en el POS.] palabras, para afectar el listado ya definido por parte del Ministerio de Protección Social, entidad e regular ese aspecto con base en la información que suministre cada EPS en forma independiente.

Para ilustrar el punto, la Sala considera pertinente hacer referencia a las pruebas del expediente adn tales como correos, reuniones y actas, con fundamento en las cuales la SIC encontró se había mater violación a las normas de protección a la competencia. Entre ellas se destacan las siguientes:

Correo enviado por Lucía Torres, funcionaria de ACEMI, a la lista de correos de ACEMI, con asunto 20070073-RC-RS- información trasplantes 2000-2006", de fecha 5 de marzo de 2007, el cual tiene contenido:

““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 mar antes de las 4:00 p.m., la siguiente información:

1. Pacientes que recibieron trasplantes o retrasplantes (POS y NO-POS) y tratamientos farmacológico inmunosupresores (POS y NO-POS) en la EPS durante los períodos 2000 a 2006, incluyendo el cost tratamiento farmacológico.
2. Pacientes que recibieron transplantes o retransplantes (POS y NO-POS) y tratamiento farmacoló, inmunosupresores (POS y NO-POS) en la EPS durante los periodos 2000 a 2006 y que venían trasl entidad, incluyendo el costo anual del tratamiento farmacológico.

Lo anterior con el fin de hacer el análisis y fijar la posición gremial del tema en la ponencia que

presentar el presidente ejecutivo de ACEMI ante el Instituto Nacional de Salud.

Anexo: Instrumento de recolección de información sobre trasplantes (trasplantes.xls) cualquier inquietud comunicarse con Lucia Torres C.[...] (resaltado de la Sala)

En este correo electrónico se puede apreciar que ACEMI solicita a las EPS información relativa a los tratamientos y procedimientos que consideran POS y NO-POS y su valor anual. Información que corresponde al desarrollo del negocio de cada EPS y que, en circunstancias normales, no debería compartir o con sus competidores.

Correo electrónico enviado por Sandra Marcela Camacho a la lista de EPS ACEMI con asunto "Costeo insumos y depósitos médicos procedimientos POS" de fecha 30 de mayo de 2007 y archivo de dicho correo electrónico denominado "Consolidado lista de insumos 04042006"

"Asunto: Compromiso costeo insumos y dispositivos médicos procedimientos POS (...)"

Datos Adjuntos: Consolidados lista insumos 04042006.xls; glosario y artículo 12 V15032006.

Apreciados señores,

Por medio de la presente, **les estoy enviando la lista de procedimientos POS que más frecuentemente requieren insumos, dispositivos médicos o prótesis que las EPS consideran que no están en 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, **la cual se llegó por consenso.**

Los objetivos son:

Costear para cada procedimiento cuánto pueden costar los elementos no POS (para proponer topes de costo).

Determinar la frecuencia con la cual se realizan los procedimientos POS de la lista.

Determinar la frecuencia con la cual la EPS está suministrando un dispositivo no POS para cada uno de los procedimientos.

Calcular el impacto en la UPC, que tiene la inclusión de los elementos y diferentes escenarios de topes económicos para la cobertura económica y ajustes UPC. (...) (Resaltado y subrayado de la Sala)

El archivo adjunto al que hace referencia en el correo transcrito contiene el archivo denominado "Consolidado lista insumos 04042006.xls, con la siguiente información:

Código	Nombre MAPIPOS	Elemento mencionado	EPS 001	EPS 002	EPS 005	EPS 008	EPS 010	EPS 003/013/023	EPS 017	EPS 018
1143	Craneoplastia con acrílico	Acrílico para craneoplastia	N	N	N	N	S	N	S	S
1146	Derivación ventrículo-atrial	Elementos para derivación de SNC incluyendo válvula protésica o prótesis valvular	S	N	S	S	S	S	S	S

	para implantación de electrodos de neuroestimulación, extradurales	neuroestimulación									
1345	Laminectomía para implantación de electrodos de neuroestimulación, intradurales	Electrodos de neuroestimulación	N	N	N	N	N	N	N	S	N
1346	Revisión o remoción de electrodos de neuroestimulación espinales	Electrodos de neuroestimulación	N	N	N	N	N	N	N	S	N
1347	Incisión para la colocación subcutánea de receptor de neuroestimulación, acoplamiento directo o inductivo.	Receptor de neuroestimulación	N	N	N	N	N	N	N	S	N
1348	Revisión o remoción de receptor de neuroestimulador espiral	Receptor de neuroestimulación	N	N	N	N	N	N	N	S	N
1361	Colocación de derivación lumbar, subaracnoideo peritoneal – pleural u otras	Elementos o sistema de derivación – válvula de Hakim	N	N	S	S	S	S	S	S	S
1362	Reemplazo, irrigación o revisión de derivación lumbar, subaracnoideo peritoneal- pleural u otras	Elementos o sistema de derivación – válvula de Hakim	N	N	S	S	S	S	S	S	S

Fuente: Informe Motivado página 52. Referencia SIC en página 111 de la Resolución 46111 de 2011 pública.

En este correo y en su archivo adjunto se puede apreciar que ACEMI remite información sobre los procedimientos y tratamientos sobre los que no es claro el criterio de si están o no el POS, con el fin de que las EPS conozcan el criterio de clasificación de las otras y para lograr un consenso frente a ser considerado como procedimiento POS y su impacto en el valor de la UPC.

En el correo se habla de que los documentos adjuntos se han construido con base en el consenso lo EPS al interior del gremio. En esa medida, la Sala encuentra que dicha información resulta sensible al resorte interno de cada EPS, pues ante la incertidumbre de si dichos procedimientos se encuentran incluidos en el POS, estas tendrían la oportunidad de competir para tener más afiliados aprovechan denominada “zona gris” del POS y ofrecer aquellos que, por ejemplo, otras consideran excluidos de

Acta No. 006 del Comité Médico del 1 de agosto de 2007, remitida mediante correo enviado el 3 de agosto de 2007:

“1. Contexto

ACEMI hace una introducción en el tema y su relevancia en el contexto actual:

Conceptos del Ministerio de la Protección Social extienden cada vez más el POS.

Tenemos una propuesta de conciliación de 500 mil MM de recobros para cuya interpretación la definición de POS es relevante.

Cada vez se deteriora más la imagen de las EPS por supuesta no cobertura de servicios POS, ver innumerables tutelas de la defensoría.

Esto hace fundamental que la **posición oficial del gremio sea unificada** y entendida por cada una de las EPS **para que la sostengan en el ámbito de las reuniones con externos y para al interior de sus EPS las implicaciones económicas** y legales de dicha posición en el tema de los recobros y en la política de autorizaciones.

Se relata que el trabajo del año 2006 se basó fuertemente en dar un contexto a la discusión que permitiera la interpretación de manera técnica y neutral, este contexto se basa en hacer unas definiciones y procedimientos de flujo de interpretación. El trabajo se concentró en tratar de contextualizar el artículo 12 y la interpretación del consenso de interpretación del Ministerio y la SNS (2000).

Basado en ese trabajo anterior, el área jurídica ha desarrollado unos conceptos para presentar los argumentos de manera sencilla al Ministerio y a los demás interlocutores del Gobierno. Anexo 1. (Resaltado de la Sala)

En este correo, la Sala puede evidenciar que las EPS y ACEMI continúan realizando un ejercicio de negociación frente a los procedimientos, tratamientos y medicamentos que deben estar considerados en el POS ; para tener la “posición oficial del gremio” la cual consideran, **debe** ser unificada, sobre criterios, que se explicó en el literal anterior, deben ser determinados de manera individual e independiente por cada una de las EPS.

También en dicha acta se puede encontrar el siguiente fragmento:

“ACEMI le informa al comité médico que tiene un listado de 112 procedimientos y que de acuerdo con las definiciones del consenso del grupo POS, aprobadas por el comité médico del año 2006, se encuentran que se encuentran no cubiertas.

De igual forma, **ACEMI solicita que se haga una reunión en la cual se presenten las definiciones del artículo 12 concertadas y aprobadas de forma unánime** durante la reunión del comité médico, **que cada una de las EPS examine a su interior el impacto económico en términos de recobros de la UPC a futuro con la implementación de este acuerdo (...)** (Resaltado de la Sala)

Para la Sala, esta acta y el correo al que se adjuntó, muestran con mediana claridad que existían variaciones en las que se fue construyendo el acuerdo sobre lo que debía ser considerado o no incluido en el POS

último aparte transcrito se pone en evidencia que tales reuniones tenían como propósito, además de criterios frente a la definición de los contenidos del POS, evaluar el impacto económico al interior en términos de recobros y del UPC con la implementación del acuerdo al que se llegó.

Correo electrónico enviado por Lucía Torres al listado de contactos de ACEMI de octubre de 2007. el (Folio 142 de la Resolución 46111 de 2011)

“Apreciados señores,

Por medio de la presente les solicitamos hacer llegar a ACEMI antes del 17 de octubre la información **EPS planea enviar al Ministerio de la Protección Social**, en respuesta al comunicado que se anexa **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 entrega.

Agradecemos su atención y oportuna colaboración

Atentamente

Sandra M. Camacho

Directora médica” (Resaltado de la SIC)

La Sala encuentra que de este correo se puede establecer que la información que debía remitir cada EPS al Ministerio de la Protección Social debía pasar previamente por la agremiación, para que, como el artículo 10 lo indica, “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”, con el propósito de hacer recomendaciones a cada una. De lo anterior se puede deducir que la Asociación realizaría la respectiva revisión y recomendaría un mismo parámetro para todas sus agremiadas. Lo anterior también puede traer como consecuencia distorsión de la información enviada por cada EPS al MPS, basada en las recomendaciones que hiciera la agremiación.

Así mismo, con base en lo que ahí se afirma la información remitida por las EPS tenía relación con la información en la Base de Datos de UPC del MPS, la cual, como se advirtió de las pruebas arribas referidas, esa información debería ser conocida entre competidores. Adicionalmente, debería ser reportada de manera individual por cada EPS sin la interferencia o injerencia de la agremiación.

Fragmento del correo electrónico, denominado “Tarea ACEMI: aclaración de la información UPC en el POS – Comentarios proyectos de Ley Cáncer – evento” enviado el miércoles 7 de noviembre de 2007 por Marcela Camacho Rojas, obtenido durante la visita administrativa realizada a ACEMI y Hoja Excepcional “NO POS per cápita enviado UPC”, contenida en el archivo denominado “Formato confirmación N°”.

“Apreciados señores,

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

Frente a este correo, la Sala encuentra que es otra prueba que soporta la continuidad de las conductas anticompetitivas de las EPS-C y de ACEMI, que intercambiaban información sensible, en este caso

usuario a cargo de cada EPS, en razón al concepto de cobertura de los servicios excluidos del POS. remitieron los documentos con instrucciones y con costos de referencia, debido a la heterogeneidad ACEMI al revisar y conocer la información de todas las EPS. Cabe resaltar que el correo se envió a las EPS de la lista de correos de ACEMI, lo que permite inferir que había conocimiento por parte de los datos sensibles de las otras.

Tabla adjunta a correo electrónico del 21 de julio de 2007, remitido por Jonny Carmona, de ACEMI Montoya de la EPS Colsanita.

La tabla muestra el costo ponderado de los servicios de cirugía, consulta externa, imágenes diagnósticas, laboratorio, medicamentos, otras atenciones profesionales, otros servicios ambulatorios, procedimientos diagnósticos y terapéuticos y servicios odontológicos, discriminados para SANITAS y a posición de frente a las otras EPS.

De la prueba citada, la Sala puede determinar cómo una de las EPS agremiadas, en ese caso SANITAS, obtuvo información de ACEMI en la que se compara el valor de los procedimientos de esta EPS frente a otras agremiadas y la ubica dentro del percentil de la distribución de cada una de las variables. Por tanto encuentra, tal y como lo estableció la SIC, que ACEMI disponía de toda la información recopilada que circulaba entre ellas.

En consecuencia, de acuerdo con los correos citados y sus anexos, y a las demás pruebas del expediente administrativo, para la Sala resulta claro que se encuentra demostrado que se solicitó información por parte de ACEMI a las EPS a través de correos electrónicos y en reuniones de la agremiación. Adicionalmente, la información circulaba entre ellas y que sirvió de sustento para llegar a un consenso respecto de los servicios considerados como cubiertos o no dentro del POS.

Resulta pertinente resaltar que en los actos administrativos demandados y en los antecedentes que conforman estos, también se hace referencia, entre otros medios de prueba, a los testimonios practicados a los representantes legales de las EPS, cronogramas elaborados por las mismas y el contenido de las actas de distintas reuniones llevadas a cabo para intercambiar información con esa específica finalidad.

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 salud, en la medida en que lo pretendido por las EPS era establecer, de manera concertada, los procedimientos 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.

Ahora bien, para la Sala es claro que la definición de los procedimientos médicos que se encuentran excluidos del POS es un asunto de competencia del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), en coordinación con los demás entes que forman parte del SGSS–

El CNSSS también es el encargado de calcular el valor de la UP con base en la información suministrada por cada EPS, acerca de la frecuencia de suministro de medicamentos, servicios, dispositivos, los costos, etc. En esa medida, la información reportada por cada EPS deberá ser aquella que maneja en el desarrollo de su negocio en condiciones de competencia en el mercado. Los datos que sean proporcionados en condiciones diferentes producirán distorsión de la información necesaria para el cálculo.

Ahora bien, la existencia de una zona de gris o de indefinición de los procedimientos y servicios incluidos en el POS, precisamente le permitiría a las EPS competir frente a los servicios que ofrecería a sus afiliados. Por tanto, cualquier acuerdo tendiente a estandarizar aquellos procedimientos o servicios respecto de los que se duda, sería contrario a la competencia.

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

En esa medida, la estandarización de criterios que se gestó en las EPS bajo la coordinación de ACEMI para 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.

Bajo tales presupuestos, no le asiste razón al apelante en el sentido de afirmar que toda la información intercambiada entre SALUD TOTAL y ACEMI obedeció a la construcción de una propuesta reguladora. Dicha circunstancia está probada con base en los testimonios que no fueron apreciados por la SIC. Así mismo, advierte la SIC en los actos demandados, todas las pruebas fueron apreciadas en su conjunto, bajo la sana crítica. Adicionalmente, la parte demandante tuvo las oportunidades para controvertirlas y presentar pruebas.

Del citado análisis probatorio, se evidenció la configuración de: i) la conducta constitutiva de consorcio para la determinación de los contenidos del POS; ii) la conducta constitutiva de afectación a la debida transparencia en el mercado de aseguramiento en salud, y iii) la conducta constitutiva del intento de fijar de manera unilateral el precio de aseguramiento en salud.

Por tanto, evidenció la Sala que el análisis del acervo probatorio consignado en los actos objeto de cuestionamiento, contrario a lo manifestado por SALUD TOTAL, da cuenta de que la información por las EPS a través de ACEMI, era sensible respecto de las coberturas del POS. Dicha información, de esta manera, no hubiera sido compartida ni circularía entre competidores de un mercado. Cabe resaltar que, en gracia de discusión se tratara de información histórica y desagregada como lo afirma el apelante, tal conducta, si se justificara que estuviere siendo compartida, en tanto debía ser reportada de manera individual por cada EPS, cumpliendo la exigencia del Ministerio de Protección Social para definir el listado del POS. De allí que el apelante afirma que la individualización del reporte de información busca que exista transparencia en el mercado de prestación de servicios de salud.

Tampoco es cierto que tanto la SIC como el Tribunal de instancia hubieren omitido la valoración de los testimonios privilegiando correos electrónicos citados de manera fragmentaria y sin contexto. Frente a esta afirmación, la Sala reitera que, del contenido de los actos demandados, se puede establecer que la Sala no haber realizado un análisis fragmentado, parcializado y descontextualizado de las pruebas obrantes en el expediente, efectuó un estudio juicioso e integral del acervo probatorio.

En esa medida, la Sala pudo determinar que el análisis probatorio efectuado por la SIC, al igual que en la sentencia de primera instancia, se centró en todos los medios que fueron decretados y practicados en la investigación administrativa, de modo que se acreditó con las pruebas documentales, testimonios, explicativos y flujogramas, la existencia de las conductas reprochadas y sancionadas por la SIC, así como su incorporación en los actos administrativos demandados. Así las cosas, contrario a lo señalado recurrente, de las pruebas obrantes en el proceso se puede concluir la capacidad e idoneidad del apelante para restringir la competencia.

Por consiguiente, la Sala no encuentra demostrado que exista una incongruencia entre los antecedentes y derecho y la decisión tomada por la SIC en los actos administrativos demandados. Lo anterior, por lo que la motivación expuesta en las resoluciones cuestionadas está acorde con las pruebas que demuestran la

de las conductas sancionadas.

En consecuencia, este cargo no tiene vocación de prosperidad.

VI.4.1.4. - Violación al debido proceso

VI.4.1.4.1. Debido proceso administrativo. Frente al debido proceso, cabe precisar que el artículo 2 de la Constitución Política, determina que éste se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Asimismo, establece que “[...] nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada uno de ellos [...]”.

Por su parte, el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 1º, determina que las normas de la parte primera se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Los efectos de ese Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de "autoridades".

La norma establece, además, que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se aplicarán en ellas y que, en lo no previsto en ellas, se aplicarán las normas contenidas en la parte primera de ese Código.

En términos generales, la Corte Constitucional en relación con el debido proceso administrativo, ha establecido que “[...] en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en el cual encuentran obligadas a “actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción [...]” y que, en todo caso, se debe identificar algunas garantías mínimas asociadas al concepto de debido proceso administrativo, en las que se encuentran: i) que el trámite se adelanta por la autoridad competente; ii) que durante el mismo y hasta su culminación se permita la participación de todos los interesados; iii) ser oído durante toda la actuación; iv) que la actuación se adelanta sin dilaciones injustificadas; v) ser notificado de las decisiones que se adopten de manera oportuna y de conformidad con la ley; vi) solicitar, aportar y controvertir pruebas; vii) en general, el derecho de defensa y contradicción; y, por último, viii) impugnar las decisiones que puedan afectar los derechos de los interesados.”

Precisado lo anterior, pasa la Sala a estudiar los argumentos presentados por el apelante.

VI.4.1.4.2. Validez probatoria de los mensajes de datos: Frente a este cargo, la parte demandante alega desacuerdo con la decisión del Tribunal de instancia por cuanto le otorgó validez probatoria a los correos electrónicos a pesar de que éstos no cuentan con firma. En consecuencia, el apelante alega que desconoce lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 527 de 1999, según el cual la validez de los mensajes de datos está atada a los requisitos de la firma digital.

Refirió que la ausencia de la firma en los correos electrónicos cobra relevancia en el presente asunto porque la mayoría de las pruebas que sustentan la sanción, corresponden a correos electrónicos sin firma, lo que, además, no fueron tomados de los computadores de SALUD TOTAL.

De otra parte, reprocha que el Tribunal hubiera desestimado los argumentos frente a la violación, por parte de la Sala, del principio de congruencia en tanto los cargos y los hechos aducidos en la apertura de la investigación difieren de los que sustentaron la sanción. Frente a lo cual, tampoco podía darse aplicación al artículo 175 del CPC, por cuanto la parte actora no tuvo oportunidad de controvertirlos.

Para abordar la primera parte del reproche manifestado en el recurso de apelación, relativo a la carencia probatoria de los correos electrónicos ante la ausencia de firma de estos, la Sala hará referencia a la probatoria de los mensajes electrónicos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 “Por la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”.

El literal a) del artículo 2 de la Ley 527 de 1999 define el mensaje de datos como aquella “[...] información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, los que se encuentran los mensajes de correo electrónico. Por su parte, el artículo 5 ibidem establece que no podrán negar los efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

Adicionalmente, el artículo 7 de la citada ley señala:

“**ARTÍCULO 7. FIRMA.** Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho el requerimiento si:

Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar el contenido cuenta con su aprobación;

Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado y comunicado.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una obligación.

A su vez, el artículo 10 de la Ley 527 de 1999 les otorga admisibilidad y fuerza probatoria a los mensajes de datos, de conformidad con las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro I del Código de Procedimiento Civil. Así mismo, determina que en las actuaciones administrativas no se podrá prohibir desconocer o negar la eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a toda información contenida en un mensaje de datos, por el solo hecho de que se trate de un mensaje de datos o por no haber sido presentado en forma original.

Respecto de los criterios que han de ser tenidos en cuenta para valorar probatoriamente un mensaje de datos, deberán atender las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Específicamente, deberá tenerse en cuenta: i) la confiabilidad en la forma en la que se haya archivado o comunicado el mensaje; ii) la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la información, y iii) la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

En relación con la Ley 527 de 1999, específicamente frente a la validez de los mensajes de datos, la Sala Constitucional en sentencia C-622 de 2000 señaló lo siguiente:

“El proyecto de ley, al igual de la Ley Modelo, sigue el criterio de los "equivalentes funcionales" que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento original para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas.

Se adoptó el criterio flexible de "equivalente funcional", que tuviera en cuenta los requisitos de forma, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos plasmados en la ley.” (Subrayado de la Sala)

De conformidad con lo expuesto, se puede concluir que los correos electrónicos cuentan con plena fuerza jurídica y probatoria, mientras se pueda garantizar su fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad. De acuerdo con el criterio de “equivalencia funcional” referido por la Corte Constitucional, mientras pueda garantizarse la confiabilidad de la información y la certeza de su generador, en atención a lo dispuesto en los artículos 6 a 13 de la Ley 527 de 1999, los correos electrónicos son admisibles como medios de prueba y tendrán la fuerza probatoria que les otorgan las disposiciones contenidas en el Capítulo VIII del Título XIII, Sección Segunda del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

Precisada la validez probatoria de los mensajes de datos, descendiendo la Sala al análisis del argumento presentado por la parte actora, la cual cuestiona la fuerza probatoria de los correos electrónicos que sirvieron de base para sustentar la sanción impuesta y reprochó que el Tribunal de primera instancia le hubiere otorgado plena fuerza probatoria cuando son documentos que no cuentan con la firma digital y los efectos que de esta se derivan según lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 527 de 1999.

En primer lugar, la Sala pone de presente que se equivoca el apelante al pretender que se equipare la fuerza probatoria de la firma de un documento con los efectos que se derivan de la firma digital. La firma digital corresponde a una serie de datos que se asocian a un mensaje para indicar quien envía el mensaje. En esa medida, olvidando la actora que la aplicación de los requisitos y efectos jurídicos que se otorgan a los mensajes de datos, en el caso de los correos electrónicos, se encuentra reglada por el capítulo II de la Ley 527 de 1999. Tal y como se expuso en líneas precedentes, dicha norma establece una equivalencia funcional entre el correo electrónico y la información que conste por escrito.

En esa medida, la aplicación del principio de equivalencia funcional frente al mensaje de datos tiene como consecuencia que estos deberán considerarse equivalentes a un documento suscrito o firmado, siempre que se cumplan los presupuestos contenidos en los artículos 6 a 13 de la citada norma. En esa medida, la Sala resalta que el artículo 7º ibidem establece los lineamientos que han de tenerse en cuenta para lograr la equivalencia entre un documento con firma y los correos electrónicos. Por lo tanto, no deberá recurrirse al artículo 28 de la Ley 527 de 1999 para llenar el vacío de la firma, como lo pretende la parte demandante, en la medida en la que esta alusión a los efectos de la firma digital, la cual tiene propósitos diferentes a los que se buscan en el presente asunto.

En efecto, el artículo 7º precitado señala que ante la exigencia de una firma o, en el caso de que no se establezcan ciertas consecuencias en ausencia de la misma respecto de los mensajes de datos, se entenderá satisfecho tal requisito siempre que se den las siguientes condiciones: i) que se hubiere empleado un método que permita identificar al iniciador, entendida como la persona que, por su cuenta, o en cuyo nombre se envió o generó el mensaje, y ii) que el método deberá ser confiable y apropiado para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado.

En estos términos, está visto que el Tribunal encontró que estaban acreditados ambos requisitos del artículo 7º, en razón al método de obtención de los correos electrónicos contenidos en el expediente administrativo que culminó con los actos administrativos cumple con los requisitos arriba referidos y comparte plenamente el análisis efectuado por el a quo cuando señala que, tanto el primero como el segundo de los requisitos de la norma, estaba plenamente acreditado por la forma en que fue recaudada la información.

contenida en los mensajes de datos.

Determinó el Tribunal de instancia que el recaudo probatorio de la SIC se había dado en cumplimiento de la facultad de inspección, vigilancia y control, consagrada en el numeral 11 del artículo 2° del Decreto 1992. Es así como los correos que sirven para probar la existencia de las conductas sancionadas fueron recaudados en las visitas de inspección realizadas a ACEMI y a las EPS investigadas, incluida la efectora. Con base en ello, se podía garantizar la confiabilidad del método para identificar al iniciador de los mensajes de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación.

Así mismo, el Tribunal resaltó que las visitas tenían como objeto recabar elementos probatorios de los cuales se encontraban, correos enviados y recibidos, tomados de los servidores de las entidades, respecto de los cuales se dejó constancia expresa de la reserva de los documentos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 29 del CCA, 61 del Código de Comercio y 15 de la Ley 1340 de 2009.

Frente a la integridad de un mensaje de datos, la Sala ha de recordar que el artículo 9° de la Ley 527 de 1999 determina que “[...] se considerara que la información consignada en un mensaje de datos es íntegramente permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido, será determinado de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso.”

En consecuencia, la Sala encuentra que la presunción de legalidad de que están revestidos los correos electrónicos permanece intacta, al cumplir con los requisitos de la Ley 527 de 1999, requisitos estos que el cumplimiento no fue desvirtuado por el recurrente, en tanto no obra prueba alguna que se violó la custodia. En esa medida, se despacharán desfavorablemente los argumentos de la parte actora respecto de este aspecto.

VI.4.1.4.3. Principio de congruencia: Previo al análisis del reproche planteado por la parte actora, la Sala encuentra necesario precisar el alcance del principio de congruencia frente a las actuaciones administrativas.

En primera medida, habrá de señalarse que el principio de congruencia se define como aquel que exige que la autoridad que decida deberá hacerlo en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda. Este principio, tanto, se vulnera cuando los falladores ordenan por un objeto distinto al pretendido o por una causa invocada por los actores.

Frente a dicho principio, la Sala prohíja lo manifestado en sentencia de 5 de diciembre de 2019, en donde señaló:

“[...] [en la sentencia] (iii) **el fallador no puede desbordar el marco predeterminado por el contenido de las pretensiones de la demanda, a partir de lo cual se fija el litigio.**

Tales limitaciones encuentran fundamento, tanto en la referida disposición constitucional como en los derechos constitucionales a la contradicción y a la defensa, **en razón a que las partes no pueden ser sorprendidas y perjudicadas por la definición de asuntos que no hacen parte del objeto sometido a la decisión del juez—**

(resaltado fuera del texto).

De acuerdo con lo citado, el principio de congruencia busca delimitar la competencia del fallador e impedir que las partes en un proceso sean sorprendidas con argumentos, hechos o pruebas que no hubieran sido controvertidas por ellas. En esa medida, el principio de congruencia busca evitar la vulneración del debido proceso. En las actuaciones administrativas deberá también respetarse el principio de congruencia.

para los procesos sancionatorios deberá verse reflejado en una correspondencia entre: i) los cargos i acto administrativo que impone la sanción; y, ii) la sanción y los elementos fácticos y jurídicos que

En el sub examine, la SIC, mediante Resolución 10958 de 6 de marzo de 2009, ordenó abrir investi contra de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (en adelante ACEMI) y de c entidades promotoras de salud del régimen contributivo (en adelante EPS), entre ellas, SALUD TO

La investigación iniciada por la Resolución 10958 de 200 tenía por finalidad determinar si las EPS habían actuado en contravención de los artículos

y

, numerales 1°, 8° y 10° del Decreto 1663 de 199; al incurrir en un acuerdo contrario a la libre com concertación versaba sobre cuáles servicios y procedimientos debían entenderse incluidos o excluic Obligatorio de Salud – POS. Igualmente, la Resolución referida tenía como propósito establecer si infringido los artículos 3° y del mismo decreto.

Los fundamentos de las imputaciones jurídicas efectuadas en la mencionada resolución, en síntesis siguientes:

Elementos que facilitan la realización de conductas consideradas anticompetitivas. La SIC rel EPS a través de ACEMI habrían compartido información privada, señalando que “[...] al observar de las comunicaciones cruzadas entre las EPS y ACEMI, se encontró que corresponde a informació en circunstancias normales de mercado no debería estar disponible para la consulta de los competid se trata de criterios de cobertura de servicios de salud, de lo cual se deriva la diferenciación como e cada EPS, así como de costos de los servicios, variable determinante para los entes reguladores al r definir el precio del servicio de aseguramiento en salud (UPC y recobros al FOSYGA).”

Para sustentar este cargo, la SIC hizo referencia a algunos correos electrónicos, a saber:

Correo de 01 de agosto de 2007: Asunto: Enviar el listado de procedimientos y actividades, medica insumos NO POS que por efecto de frecuente uso, costo e impacto en la UPC pueden ser susceptib incluidos en el POS.

Correo de 25 de mayo de 2007: Asunto: Enviar los formularios remitidos por ACEMI en relación c para cada procedimiento NO POS con el fin de proponer topes de cobertura, ii) determinar la frecua cual la EPS está suministrando un dispositivo NO POS, iii) la frecuencia con la cual la EPS sumini

dispositivo NO POS para cada uno de los procedimientos, iv) calcular el impacto de la UPC que tiene en cuenta la inclusión de los elementos y diferentes escenarios de topes económicos.

Correo de 25 de junio de 2007: Asunto: Se definió la manera en cómo debían reportarse atenciones y el diligenciamiento del valor total de la actividad, insumo o medicamento.

Correo de 28 de junio de 2007: Asunto: Costeo de elementos NO POS para procedimientos POS. Si la EPS tenía información del costo mínimo y máximo y per capita de cada procedimiento, actividad o medicamento e incluso del número de casos y la frecuencia con el que es suministrado el servicio.

Correo de 5 de marzo de 2007: Asunto: Circular 20070073, respecto de la solicitud de información de pacientes que recibieron trasplantes o retrasplantes en servicios POS y NO POS, incluyendo el valor de los costos de tratamiento.

Correo de 20 de noviembre de 2007: Asunto: Aclaración de la información UPC. En esta tabla se evidencia información privada que “en circunstancias normales de mercado no deberían estar disponibles para la consulta de los competidores”.

Consenso respecto de la autorización o negación de servicios de salud: La SIC menciona que las EPS realizaron un acuerdo sobre la no cobertura de diversos servicios de salud. Para la SIC, las EPS afiliadas a ACEMI estaban llegando a consensos sobre la no cobertura de diversos servicios de salud. Para efectos de cargo, relacionó lo siguiente:

Correo de 27 de agosto de 2007: Asunto: Acta núm. 006 del Comité médico de ACEMI se presenta un listado de 112 procedimientos se aprobó por el Comité que 48 de ellas no fueran cubiertas, y se pidió reunión con respecto a las concertadas con el fin de que cada EPS “examine a su interior el impacto en términos de recobros y el impacto de la UPC a futuro con la implementación de este acuerdo”.

Correo de 30 de mayo de 2007: Asunto: “Compromiso costeo insumos y depósitos médicos procedimientos POS” y su archivo adjunto “Consolidado lista insumos 04042006”. En esta comunicación se manifestó una propuesta de definiciones para aclarar el artículo 12, es “fruto del trabajo de la EPS y al cual se llegó a un consenso”.

Acuerdo para la fijación indirecta de precios y la limitación de la transparencia en la información. Se alega que las EPS habrían realizado un acuerdo para la fijación indirecta de precios y la limitación de la transparencia en la información. El mencionado acuerdo se habría dirigido a fijar indirectamente el precio del servicio en salud, es decir, la UPC y de igual forma, habrían acordado ocultar y falsear información. Frente a esto, relacionó lo siguiente:

Correo de 01 de agosto de 2007: La SIC señaló que en este correo electrónico se evidencia “la posición del gremio sea unificada y entendida por cada una de las EPS, para que la sostenga en el ámbito de negociación con el exterior y para que al interior de su EPS analicen las implicaciones económicas y legales que derivan de esto en el tema de los recobros y en la política de autorizaciones”.

Correo de 07 de diciembre de 2007: Asunto: UPC y los conceptos de suficiencia, entendido como la correspondencia que debe existir entre los planes de beneficios (POS y POS-S) que deben responder a las necesidades de salud de la población y el perfil epidemiológico. Que la UPC representa ese valor a pagar para garantizar la prestación de los servicios de salud contenidos en los planes de beneficios.

Correo de 26 de octubre de 2007: Asunto: Acta del Comité Técnico de ACEMI. De este correo 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 más alta cobertura han presentado en la base de datos, esto es, mayor gasto médico que propenda por incremento de la UPC.

La parte actora, una vez notificada de la resolución de apertura de la investigación, mediante memo del 10 de abril de 2009, expuso sus argumentos y solicitó las pruebas con miras a controvertir las imputaciones referidas.

Mediante la Resolución 69842 de 2009 “Por la cual se decreta la práctica de pruebas dentro de una investigación” se decretaron, según las solicitudes, pruebas documentales, testimonios y dictámenes requeridos por las partes vinculadas y de ACEMI. Obran también las Resoluciones 12312 de 26 de febrero de 2010 “Por la cual se modifica un acto de pruebas”, 16948 de 25 de marzo de 2010 “Por la cual se resuelven unos recursos de reposición y, 36320 de 16 de julio de 2010 “Por la cual se modifica un acto de pruebas.

Una vez finalizada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de Competencia Económica (SIC), el 31 de marzo de 2011, presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe de Investigación el que recomendó sancionar a las investigadas y a sus representantes legales, e imponer la multa por infracción de ley alto establecido en la norma, por hechos ocurridos entre marzo de 2007 y diciembre de 2008.

En la Resolución 46111 de 2011, la SIC frente a este reparo efectuado por algunos de los investigadores por falta de congruencia, explicó:

“Frente a estos argumentos, se debe tener en cuenta que las averiguaciones preliminares que esta Entidad adelanta en investigaciones sobre prácticas comerciales Restrictivas están dirigidas a esclarecer las circunstancias de hecho y de derecho necesarias para determinar si una conducta particular corresponde o no con el comportamiento anticompetitivo. Así, dichas averiguaciones buscan principalmente esclarecer dudas que se lleve a cabo la conducta, los agentes en el mercado, y la posible ocurrencia de la conducta reprochada.

Habiendo agotado esta etapa, en presencia de algunas pruebas que sugieran que una conducta anticompetitiva ha tenido lugar, se expide la resolución de apertura de investigación correspondiente, en la que se detallan las conductas a investigar. Dicha apertura, sin embargo, no es el escenario para establecer de manera exhaustiva todos los hechos que deban ser analizados por la entidad para determinar la existencia de una conducta anticompetitiva. Serán los elementos recaudados durante la investigación los que permitan establecer los hechos que deban ser analizados para determinar la existencia o no de la conducta.

No es posible pedir como es pretendido, que no se tengan en cuenta los hechos nuevos que pueden surgir de las pruebas que se practican dentro del trámite correspondiente. La interpretación errónea de los hechos investigados, según la cual en el acto de apertura la entidad debe aludir a todos los hechos que se investigan de la conducta, implicaría que se deben rechazar de antemano las pruebas que se practican durante la etapa de investigación.” (Resaltado de Sala)

De acuerdo con la cita, la SIC entiende que el principio de congruencia permite a la administración, en la etapa de la investigación, incluir hechos nuevos siempre que tengan relación con los cargos contenidos en el acto de apertura.

Frente al alcance del citado principio, el Tribunal a quo le dio un alcance similar al de la SIC y, además, que era necesario dar aplicación al artículo 305 del CPC que sustenta la inclusión en la sentencia de los hechos que modifican o extinguen el derecho sustancial sobre el cual versa el litigio, ocurrido con posterioridad a la demanda propuesta, siempre que aparezca probado y hubiere sido alegado por la parte interesada en la oportunidad procesal indicada en el referido artículo. Con base en la norma citada, el Tribunal de iure despatchó desfavorablemente el cargo de la parte actora, con los siguientes argumentos:

“La Sala recuerda que la etapa de investigación administrativa tiene como finalidad establecer las circunstancias de hecho y de derecho, necesarias para determinar si una conducta imputada corresponde o no con la conducta que se reprocha. En el caso sub lite el comportamiento anticompetitivo de las EPS y ACEMI cuando concertaron con la demandante acuerdos puntuales sobre los servicios de salud del Régimen Nacional y afectaron el valor de la Unidad de Pago por Capitación de los afiliados.

En esa medida, no es posible afirmar que se imputaron nuevos hechos que no fueron objeto de investigación porque los mismos pertenecen a la conducta continuada en que incurrió la demandante, tratándose de prácticas restrictivas, las cuales fueron controvertidas en el recurso de reposición radicado en sede gubernativa.”

Respecto de lo expuesto por el Tribunal, si bien la Sala concuerda con la decisión de la no prosperar el recurso, no comparte las razones que la sustentan ni la necesidad de dar aplicación al artículo 305 del CPC, a explicar.

Para la Sala, el alcance que debe darse al principio de congruencia entre el acto administrativo de apertura de investigación y aquel que resuelve la actuación, está determinado por los cargos que se consignen en la resolución de apertura. En esa medida, le estará vedado a la autoridad administrativa imponer una sanción por una conducta que no encuentre dentro de los cargos formulados en la apertura de la investigación.

Por tanto, los hechos que se plantean en el acto de inicio de investigación y las pruebas que los sustentan, tanto justifican la decisión de la autoridad administrativa de empezar una averiguación tendiente a determinar la ocurrencia de la conducta que reprocha, no constituyen una “camisa de fuerza” para la Administración incorporar de otros elementos probatorios durante la etapa de indagación.

Así, lo que condiciona el alcance y procedencia las pruebas que deban practicarse en el curso de la investigación y de los hechos que deben analizarse, es el cargo o cargos sobre conductas restrictivas de la competencia que refiere la apertura de la misma. La investigación se abre precisamente para determinar si la conducta reprochada y quiénes son responsables de tal comportamiento.

En ese orden de ideas, tanto de oficio como a petición de parte, se practicarán durante esa etapa de investigación aquellas pruebas que permitan profundizar o controvertir las razones fácticas y jurídicas que motivaron la apertura. Una interpretación distinta llevaría al absurdo de dejar sin propósito la etapa de indagación si es durante su desarrollo que se recaba la mayor cantidad de evidencias, ya sea para desvirtuar la conducta reprochada o para reforzar los argumentos que prueban su ocurrencia.

En ese sentido, sería impropio referirse a la evidencia recaudada como “hechos nuevos” frente a los hechos que motivaron el acto de apertura de la investigación, toda vez que las pruebas que se incorporen en el expediente administrativo serán exclusivamente aquellas que tengan relación con los cargos. Son esas pruebas las que constituyen el sustento fáctico y jurídico que permitirá a la administración tener los elementos de juicio para decidir imponer o no la sanción.

En consecuencia, conforme a las normas que regulan el debido proceso en materia de prácticas restrictivas de competencia, para la Sala las pruebas de la etapa investigativa están circunscritas a los cargos contenidos en la resolución de apertura. Por lo que, tanto la información recogida durante la averiguación preliminar como las pruebas decretadas una vez dictada la resolución de apertura de investigación, constituyen los elementos fácticos y jurídicos que sustentaran la decisión que ponga final a la actuación administrativa. Lo anterior presupone que tales pruebas hubieren estado a disposición de los investigados y contra ellas pudieron ejercer su derecho a la defensa presentando las explicaciones que contravirtieran la evidencia recaudada.

Descendiendo al presente asunto, el reproche del recurrente frente al principio de congruencia se erige en pruebas que dan cuenta de hechos ocurridos en el año 2008, especialmente la relacionada con el caso de diciembre de ese año, que no fue relacionado dentro de los que sustentaron el acto de apertura de la investigación.

De acuerdo con lo planteado por la Sala, los medios probatorios aludidos tienen plena correspondencia con los cargos planteados en el acto de apertura de la investigación, en tanto, entre otras cosas, logran acreditar la continuidad de la conducta contraria a las normas de competencia. Adicionalmente, la Sala encuentra plenamente acreditado dentro del expediente administrativo, que los correos referidos fueron hallazgos de la investigación administrativa cuyo resultado fue consignado en el Informe Motivado del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, de fecha 31 de marzo de 2011 (folios 8717 a 8835 C.P. 1-49” – “Cuadernillo Público No. 38”, visible a folio 69 cuaderno principal).

La Sala también evidencia que del mismo se dio traslado a SALUD TOTAL, conforme lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, por lo que fue objeto de reproche en sede administrativa, con lo cual, resaltarlo, se garantizó el debido proceso de la parte actora.

Por consiguiente, el argumento asociado a la supuesta violación de los derechos al debido proceso y al derecho de defensa no tiene asidero jurídico válido, por haberse demostrado la configuración de las conductas contrarias a las normas de competencia en el mercado de servicios de salud, al amparo de un estudio detallado y minucioso por parte del SIC.

En consecuencia, este cargo no tiene vocación de prosperidad.

VI.4.1.5. Violación al principio de proporcionalidad de la sanción: Finalmente, el apelante manifiesta desacuerdo con la decisión del Tribunal, al considerar que los actos administrativos cuestionados no fueron sometidos a un análisis adecuado de los elementos necesarios para justificar la imposición del monto máximo de la sanción. El Tribunal ignoró que debían analizarse la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado y el volumen de los negocios, los efectos de la infracción y la conducta de las partes.

En cuanto a los criterios que han de observarse al momento de tasar la suma dineraria a imponer como sanción, el Corte Constitucional determinó que, en el derecho administrativo sancionador, el derrotero será que las penalidades que se irroguen deberán atender la finalidad que ella persiga. En ese sentido, señaló:

“La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe estar sujeta a los principios que rigen el derecho al debido proceso. Por lo tanto, debe responder a criterios que protejan los derechos de los administrados. En ese sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en la ley o en un decreto de rango legal – reserva legal-, sin que ello sea garantía suficiente, pues además, la norma que la establece debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar su máxima expresión a la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa de su imposición. En otros términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable para la garantía del principio de legalidad.

De acuerdo con la cita jurisprudencial, la Administración, al momento de tasar una sanción, deberá en primera medida, la penalidad y la manera de graduarla, se encuentren contenidas en una norma que autorice a la administración a imponerla. En el sub examine, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 determina:

“Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio le corresponde:

Comercio, como jefe del organismo, le corresponde a las siguientes funciones:

[...]

15. Imponer sanciones pecunarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mens vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto. [...]"

Por su parte, la Sala pudo determinar que en la Resolución 46111 de 2011 acusada, la SIC dedica un espacio exclusivo a la metodología para la tasación de la falta – punto 6.8.1. Metodología aplicada-. A manera de resumen, la SIC hace referencia a varios aspectos que tiene en cuenta al momento de tasar la multa: i) relación de la conducta con el mercado afectado, el impacto real o potencial y la dimensión del mercado; ii) caracterización y responsabilidad de quien comete la infracción (tal como el beneficio obtenido por quienes comentan la falta, el grado de participación de los mismos, junto con la cuota de mercado y el proceso procesal, y iii) aplicación al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta si colaboró, facilitó, ejecutó, o toleró la conducta violatoria sobre protección de la competencia.

De la lectura del acto administrativo referido, en el aparte específico de la tasación de la multa impuesta, se concluye que la SIC acertó en sus manifestaciones, en tanto los supuestos fácticos que las soportan, lo probado en la actuación, los fundamentos de derecho fueron debidamente respaldados con el análisis y las aclaraciones o ajustes efectuados al monto, con base en los criterios antes expuestos.

La Sala encontró acreditado que la multa impuesta se encuentra dentro del rango de los dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que su monto es proporcional y razonable frente a las conductas desplegadas por la parte actora, como quiera que, con ellas, SALUD TOTAL, junto con las demás empresas del ACEMI, se afectó un mercado esencialmente vulnerable como es el de salud.

Por lo tanto, tampoco son de recibo los argumentos de la recurrente en punto a la proporcionalidad.

En consecuencia, este cargo también carece de vocación de prosperidad.

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 providencia apelada, esto es, la sentencia de 6 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia, de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la fecha.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Presidenta

Consejera de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

Consejero de Estado

P(13)



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

