



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO AMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022)

CONSEJERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Número único de radicación: 25000232400020120062101
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTOR: FAMISANAR EPS

TESIS: SE CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA BAJO LA CONSIDERACIÓN DE QUE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EJERCIÓ OPORTUNAMENTE SU FACULTAD SANCIONATORIA, DENTRO DEL TÉRMINO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 38 DEL CCA, RESPECTO DE UNAS EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD, ENTRE ELLAS FAMISANAR, QUE INFRINGIERON EL REGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA, SIN QUE DICHA ACTUACIÓN HAYA CONSTITUIDO EN ESTE CASO VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN ALGUNA DE SUS DISTINTAS FACETAS O MODALIDADES NI DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN, ENTRE OTROS, ASÍ COMO TAMPOCO SE INCURRIÓ EN FALSA MOTIVACIÓN. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por la Entidad Promotora de Salud Famisanar Ltda. Cafam Colsubsidio, en adelante **FAMISANAR EPS**, contra la sentencia de 10 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera,



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Subsección "C", en Descongestión, por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

La sociedad **Famisanar EPS**, actuando a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (*en adelante CCA*), presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de que se declarara la nulidad parcial de la Resolución 46111 de 30 de agosto de 2011 y de la Resolución 65116 de 21 de noviembre de 2011, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio (*en adelante SIC*) y, como consecuencia de lo anterior, se restablezcan sus derechos.

I.1- Pretensiones

Solicita la actora que previo el adelantamiento del trámite a que haya lugar, esta jurisdicción proceda a:

"[...] 1. Declarar la nulidad del artículo primero de la parte



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

resolutiva de la Resolución núm. 46111 de 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto declaró que Famisanar EPS infringió lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1663 de 1994.

2. Declarar la nulidad del artículo segundo de la parte resolutiva de la Resolución núm. 46111 de 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto declaró que Famisanar infringió lo dispuesto en el artículo 5°, numerales 1, 8 y 10, del Decreto 1663 de 1994.

3. Declarar la nulidad del artículo décimo tercero de la Resolución núm. 46111 de 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto impuso a Famisanar una sanción pecuniaria por la suma de DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (2.000 S.M.L.M.V.), cuyo valor para la época de los hechos era de MIL SETENTA Y UN MILLONES DOCIENTOS MIL PESOS M/Cte. (\$1.071.200.000.00).

4. Declarar la nulidad del artículo décimo sexto de la Resolución núm. 46111 de 30 de agosto de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto impuso a Famisanar la obligación de publicar en un diario de amplia circulación regional un anuncio informando sobre la decisión de la SIC adoptada en la resolución 46111 de 2011.

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

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



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

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

8. *Declarada la nulidad de los artículos indicados de los actos demandados, ordenar el restablecimiento del derecho de Famisanar en el sentido de ordenar la restitución de la suma de \$1.071.200.000., indexada desde la fecha de pago de la misma, hasta el momento en que sea efectivamente restituida.*

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

10. *Declarada la nulidad de los artículos indicados de los actos demandados, ordenar a la Superintendencia de industria y Comercio, a título de restablecimiento del derecho de Famisanar, que divulgue la sentencia de nulidad de las disposiciones demandadas, de la siguiente forma:*

-.Publicar a su costa, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia que declare la nulidad de las disposiciones demandadas, un aviso en un diario de circulación nacional, informando sobre la declaratoria de nulidad de los artículos mencionados, e indicando que en dichos artículos se había declarado la participación de Famisanar EPS en acuerdos contrarios a la libre competencia y se le había impuesto una sanción.

-.Publicar, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia que declare la nulidad de las disposiciones demandadas, un aviso destacado en la página de inicio del portal web de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual deberá permanecer publicado en la misma página de inicio, durante un período mínimo de quince días calendario.

-.Convocar a los principales medios de comunicación, dentro de los cuales deben incluirse, como mínimo, Caracol radio y televisión, RCN radio y televisión, CM& la noticia y el Canal Capital, a una rueda de prensa en la cual se informe sobre la declaratoria de nulidad de las disposiciones demandadas.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

El alcance de la anterior petición se fundamenta en que ese fue el manejo mediático que dio la SIC a la noticia sobre la expedición de las resoluciones demandadas.

11. Declarada la nulidad de la parte motiva pertinente y de los artículos indicados de los actos demandados y restablecido el derecho de Famisanar EPS, se le ordene a la SIC, a título de reparación del daño que sufrió Famisanar, que realice el reconocimiento y pago de las siguientes condenas:

11.1 La indemnización de los perjuicios no patrimoniales en su modalidad de DAÑO MORAL ocasionado a la persona jurídica de Famisanar en cuantía de CIEN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 S.M.M.L.V.), en virtud de los perjuicios morales que se le ocasionaron con la publicación ordenada en un diario de amplia circulación nacional y el amplio despliegue en los distintos medios de comunicación que fue realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

11.2 Condenar a la SIC a pagar los intereses moratorios a la máxima tasa legal, sobre las sumas de dinero que resulten de la liquidación de la reparación de daños solicitada, a partir de la ejecutoria de la providencia que resuelva el presente trámite.

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

I.2. HECHOS

Como supuestos fácticos de las pretensiones, la parte actora expuso, en síntesis, los siguientes:

1. Señaló que mediante Resolución núm. 10958 de 6 de marzo de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

abrir investigación en contra de diferentes Entidades Promotoras de Salud y la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral - ACEMI, dentro de las cuales se encontraba **FAMISANAR**, como también contra el doctor Fernando Robledo Quijano, representante legal de dicha EPS.

Precisó que el objeto de la mencionada investigación consistió en determinar si dichas empresas actuaron en contravención de lo dispuesto en los artículos 3º, 4º y 5º, numerales 1, 8 y 10, del Decreto 1663 de 1994.

2. Explicó que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, después de haber finalizado la etapa probatoria, el 31 de marzo de 2011, le presentó al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado de la actuación adelantada; y de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en la misma fecha, se dio traslado de éste a los investigados, quienes presentaron sus observaciones.

3. Indicó que el Superintendente de Industria y Comercio



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

expidió la Resolución núm. 46111 de 30 de marzo de 2011, en la que le impuso sanción, entre otras EPS, por considerar que se habían infringido los artículos 3º y 5º, numerales 1, 8 y 10, del Decreto núm. 1663 de 1994.

4. Anotó que **FAMISANAR**, el día 16 de septiembre de 2011, interpuso recurso de reposición, argumentando, principalmente:

i) Que la Resolución 46111 de 2011 es contraria al principio constitucional del debido proceso porque la SIC no probó la existencia de un acuerdo que tuviera por objeto restringir la competencia y, por lo tanto, se produjo una vulneración del principio de presunción de inocencia; ii) que la Resolución 46111 de 2011 violó el debido proceso al sancionar por una conducta que no es, *per se*, anticompetitiva, sin hacer una valoración adecuada del entorno económico; iii) que la facultad sancionatoria se encontraba caducada; y iv) que la posición de la SIC desconoce totalmente el derecho constitucional de asociación.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

5. Comentó que mediante Resolución núm. 65116 de 21 de noviembre de 2011, la cual fue notificada mediante edicto desfijado el 2 de diciembre de 2011, la SIC confirmó, en todas sus partes, la Resolución 46111 de 30 de agosto de 2011.

6. Aseveró que en virtud de las sanciones que fueron impuestas, no solo fue conminada a pagar una sanción pecuniaria injusta, sino que, además, se vio compelida a publicar en un diario de amplia circulación nacional una leyenda en la cual la SIC adujo que **FAMISANAR** realizó acuerdos contrarios a la libre competencia, evidenciándose así el menoscabo a su honor y buen nombre.

7. Agregó que mediante escrito radicado en la SIC y en la Procuraduría General de la Nación, el 29 de febrero de 2012, en cumplimiento del Decreto 1716 de 2009, presentó solicitud de conciliación extrajudicial con la SIC.

8. Finalmente, manifestó que el 10 de abril de 2012 se celebró audiencia de conciliación en la que se levantó Acta de



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Imposibilidad de Acuerdo, con lo cual se dio por cumplido dicho requisito de procedibilidad.

I.3. Normas violadas y concepto de violación

La demandante consideró que la SIC con la expedición de los actos acusados infringió normas de orden constitucional y legal, sustentando el concepto de violación, en síntesis, así:

I.3.1. Las resoluciones 46111 y 65116 de 2011, son violatorias del artículo 38 de CCA y del artículo 29 de la Constitución, por cuanto respecto de los hechos investigados se encontraba caducada la facultad sancionatoria de la SIC.

Señaló que la Resolución núm. 46111, de 30 de agosto de 2011, le fue notificada el 12 de septiembre de 2011; y que de conformidad con el artículo 38 del CCA, la facultad sancionatoria de las entidades públicas caduca transcurridos tres años desde la ocurrencia de los hechos investigados, de manera tal que la SIC solo tenía facultad sancionatoria respecto de hechos ocurridos entre el 12 de septiembre de 2008 y el 6 de marzo de



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

2009, fecha de la Resolución de la apertura de la investigación. Afirmó que, no obstante lo anterior, la SIC fundamentó las resoluciones acusadas, alegando que *“En el expediente obran pruebas que dan cuenta de las conductas cuestionadas desde marzo de 2007 y hasta por lo menos el 5 de diciembre de 2008”*.

Sostuvo que analizados los elementos probatorios en que se apoyó la SIC para denegar el fenómeno de la caducidad, como el correo electrónico de 8 de octubre de 2008 y el envío de información para el cálculo de la UPC por parte de la EPS, se concluye que sus actos no resultaron contrarios a la libre competencia.

Agregó que el correo electrónico mediante el cual se convocó a una jornada de trabajo de homologación de los códigos CUPS con los códigos MAPIPOS y de revisión de los artículos regulatorios de ACEMI, constituía una expresión legítima del derecho constitucional de asociación y de expresión.

Resaltó que la prolongación de la facultad sancionadora bajo el



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

argumento de que se trató de comportamientos que supuestamente perduraron hasta finales del año 2008, es contrario a la modalidad en que se investigaron las conductas reprochadas por la SIC, pues, a su juicio, resulta contradictorio afirmar que la investigación de la SIC recayó sobre la realización de acuerdos que presuntamente tuvieron por “objeto” restringir la libre competencia y al tiempo mencionar que dichos acuerdos se mantuvieron hasta finales del año 2008.

Destacó que lo que la ley prohíbe y lo que la SIC sanciona es la presunta realización de un acuerdo en la modalidad “por objeto”, y no la ejecución del mismo, es decir, “por efecto”, así como tampoco la realización de reuniones para conversar sobre determinados temas.

Concluyó en que lo expuesto permite inferir que es incompatible afirmar que no se investigaron los efectos de los presuntos acuerdos y simultáneamente indicar que éstos se mantuvieron en el tiempo, por lo que no había caducado la facultad sancionatoria.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

I.3.2. Las resoluciones 46111 y 65116 de 2011 son violatorias de los artículos 3º, 4º y 5º, numerales 1, 8 y 10, del Decreto 1663 de 1994, así como del principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, pues la interpretación realizada por la SIC respecto del Decreto 1663 de 1994 es contraria al sentido de dichas normas.

Al respecto, la actora consideró que en las resoluciones demandadas la SIC realizó una interpretación normativa contraevidente, pues adujo, injustificadamente, que en la aplicación de los artículos 3º, 4º y 5º, numerales 1, 8 y 10, del Decreto 1663 de 1994, no debía probar ni la intención de las partes al realizar un acuerdo contrario a la libre competencia, ni la potencialidad anticompetitiva de la conducta, como tampoco sus efectos en el mercado.

Explicó que la SIC investigó a las EPS del régimen contributivo agremiadas en ACEMI, a la agremiación y a sus representantes legales, por la presunta comisión de las conductas descritas en



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

la modalidad "*por objeto*", alternativa esta que se implantó en el derecho de la competencia "para establecer una secuencia lógica en el análisis de los comportamientos desde el punto de vista de la alteración de la competencia; lo cual supone que, primero, hay que establecer el objeto del acuerdo y solo si este reúne condiciones suficientemente perjudiciales, se debe proceder al análisis de sus efectos", lo que no significa que el acuerdo mismo no tenga que estar probado.

Afirmó que la situación mencionada es aún más grave para el caso de la conducta prevista en el numeral 1 del artículo 5° del Decreto 1663 de 1994, en la cual la SIC ni siquiera examinó los presupuestos de la modalidad "*por objeto*" y dedujo la realización del acuerdo mencionado, simplemente por haber concluido que las entidades habían incurrido en las conductas descritas en los numerales 8 y 10 del mismo artículo.

I.3.3. Las resoluciones 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del principio de presunción de inocencia consagrado en el



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

artículo 29¹ de la Constitución Política, así como de los artículos 6°, 83² y 209³ de la Constitución Política, 35⁴ del Código

¹ **"ARTICULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. 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 juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

² **ARTICULO 83.** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

³ **ARTICULO 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁴ **ARTICULO 35. ADOPCION DE DECISIONES.** <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE> Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Contencioso Administrativo y 174⁵, 175⁶, 187⁷, 248⁸ y 250⁹ del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, precisó que la SIC debía demostrar que **FAMISANAR**, en el marco de ACEMI, realizó acuerdos con el propósito de restringir servicios de salud para afectar la transparencia de la información y con el fin de fijar precios; y que ACEMI adoptó medidas para permitir que se realizaran los presuntos acuerdos. Además, en cada uno de esos casos, la SIC debía demostrar exactamente sobre qué asuntos recayeron los

⁵ **ARTÍCULO 174. NECESIDAD DE LA PRUEBA.** <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

⁶ **ARTÍCULO 175. MEDIOS DE PRUEBA.** <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.

⁷ **ARTÍCULO 187. APRECIACION DE LAS PRUEBAS.** <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

⁸ **ARTÍCULO 248. REQUISITOS DE LOS INDICIOS.** <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso.

⁹ **ARTÍCULO 250. APRECIACION DE LOS INDICIOS.** <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

supuestos acuerdos, y no limitarse a manifestar genéricamente que las EPS acordaron algo, pero que no se sabe exactamente qué fue.

Insistió en que la SIC omitió demostrar la existencia de una unión de voluntades encaminadas a restringir la competencia y desconoció las pruebas que demuestran precisamente cuál era el propósito de las entidades investigadas.

Concluyó en que además de haber valorado inadecuadamente las pruebas indiciarias, por cuanto omitió estudiar los contraindicios que obran en el expediente, la SIC nunca hizo un estudio de otros elementos que habrían permitido percatarse del error en sus conclusiones.

I.3.4. Las resoluciones 46111 y 65116 de 2011 se encuentran falsamente motivadas respecto del supuesto acuerdo para restringir servicios de salud.

Señaló que el análisis de la SIC respecto de las pruebas en que



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

se fundamentó su decisión sancionatoria es descontextualizado y amañado pues dedujo conclusiones que no se derivan de las mismas, debido a que en las que principalmente se basa para concluir que hubo un acuerdo para restringir los contenidos del POS, son: un cuadro que utiliza la palabra "consenso" en el que se reflejan las posturas de las distintas EPS, un flujograma para la interpretación del POS y un listado de definiciones en materia de salud, con lo cual, en realidad, se pretendía era la presentación de una propuesta regulatoria al Gobierno con el propósito de aclarar el contenido del POS.

I.3.5. Las resoluciones demandadas se encuentran falsamente motivadas respecto del supuesto acuerdo para afectar la transparencia de la información.

Sostuvo que de haber valorado conjuntamente todas las pruebas obrantes en el expediente, la SIC habría comprendido que la gestión gremial se dirigió a detectar errores formales en los datos que serían reportados y poder elaborar una nota técnica propia, por lo que la labor gremial no se encaminó a



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

alterar la información que enviaban las EPS al Ministerio y, por lo tanto, no se produjo un acuerdo con el objeto de alterar la transparencia de la información.

I.3.6. Las resoluciones demandadas se encuentran falsamente motivadas en lo relativo al supuesto acuerdo de fijación de precios.

Afirmó que la única prueba en la que se apoya la SIC para concluir que se produjo un acuerdo de precios entre las investigadas, es un aparte del Acta núm. 10 del Comité Médico de ACEMI, de 7 de diciembre de 2007, que no se refiere a la suficiencia de la UPC, que es a lo que alude dicha entidad, sino a la suficiencia de la provisión para las incapacidades que están obligadas a realizar las EPS, en virtud del inciso 5º, del artículo 40, del Decreto 1406 de 1999, que simplemente es un porcentaje del ingreso base de cotización que debe reservar cada EPS y, por lo tanto, no se trataba del precio del aseguramiento en salud como erróneamente lo plantea la SIC.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

I.3.7. Las resoluciones 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del derecho fundamental al debido proceso al sancionar por una conducta que no es, *per se*, anticompetitiva, sin hacer una valoración debida del entorno económico.

Indicó que, contra lo que considera la SIC en las resoluciones demandadas, el intercambio de información no es considerado, ni en Colombia ni en otros países, una conducta, *per se*, anticompetitiva, de manera que no basta que el ente investigador afirmara que se produjo un intercambio de información, sino que tiene la carga de la prueba que demuestre que efectivamente la información supuestamente intercambiada, tenía el propósito o generaba el efecto de restringir la competencia, lo cual no ocurrió.

I.3.8. Las resoluciones demandadas violan el debido proceso al imponer una sanción con base en pruebas de las cuales los investigados no se pudieron defender.

Aseveró que las resoluciones demandadas son producto de un



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

trámite en el que la SIC decretó y practicó pruebas respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la resolución de apertura de la investigación, frente a los cuales no se pudo defender, al no poder solicitar pruebas, por ser la única oportunidad con la que el investigado cuenta para hacerlo, -el traslado de la resolución de apertura de investigación-, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992,

I.3.9. Las resoluciones demandadas violan el debido proceso al imponer una sanción sin haber practicado las pruebas legalmente solicitadas y decretadas.

Anotó que en el trámite sancionatorio la SIC, inicialmente, decretó el testimonio de la señora Mónica Uribe Botero, pero, posteriormente, fue desechado con el argumento de que el objeto de la prueba se encontraba cumplido, además, que la testigo no había comparecido en las oportunidades en las que fue citada.

I.3.10. Las resoluciones 46111 y 65116 de 2011 son violatorias



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

del derecho constitucional de asociación.

Según la demandante, a juicio de la SIC, ACEMI no podía formular ninguna propuesta al Gobierno sobre inclusión de elementos en el POS señalando criterios para la aclaración del mismo, sino que las EPS debían limitarse a enviar la información para el cálculo de la UPC, lo que hace nugatorio el derecho de asociación, el cual es esencial en el desarrollo empresarial.

I.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de apoderado, en la contestación de la demanda¹⁰ se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Para tal efecto, adujo que durante el trámite de la investigación se pudo constatar que la conducta sancionada se encontraba compuesta por un conjunto de estrategias, todas éstas encaminadas a afectar la competencia del sector salud; y que el desarrollo de las mismas coincide con aquellas

¹⁰ Folios 289 a 378 del cuaderno núm. 1.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

manifestaciones de la voluntad cuya ejecución se prolonga en el tiempo, configurándose una conducta de naturaleza continuada, conforme a la cual, el término de caducidad inicia desde que ocurre el último acto que la conforma.

Explicó que la norma aplicable a casos como el examinado determina que algunas conductas, por su objeto, son en su esencia anticompetitivas sin que exista siquiera la necesidad de analizar su potencialidad anticompetitiva, y, mucho menos, demostrar sus efectos en el mercado, tanto es así, que el Decreto 2153 de 1992, define como anticompetitivos, por su objeto, los acuerdos que taxativamente están señalados en los numerales 1 a 10 del artículo 47, *ibidem*.

Precisó que la decisión adoptada por la Entidad no constituye transgresión al principio de presunción de inocencia, buena fe e imparcialidad, pues, por el contrario, surgió del estudio juicioso de las pruebas recaudadas en toda la investigación administrativa, las cuales permitieron desvirtuar la mencionada



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

presunción, encontrando responsabilidad en las conductas de quienes fueron sancionados.

Negó la supuesta violación del artículo 35 del CCA y los artículos del CPC, que hacen referencia a las pruebas, su necesidad, medios de prueba, la forma en que estas deben apreciarse, así como de los indicios como prueba, por cuanto tanto del informe motivado previamente elaborado, como de las resoluciones acusadas, se desprenden las conductas violatorias del régimen de la competencia, todas estas con la descripción de las pruebas y el valor que a cada una de estas le otorgó la administración, siendo falsa una ausencia de motivación de los actos acusados, así como un indebido análisis del material probatorio.

Reiteró que el intercambio de información a través de la asociación sancionada, demuestra que las EPS involucradas tuvieron como objeto determinar los contenidos del POS; y que, además, se debe recordar que la estructura de la infracción está compuesta por elementos que no pueden observarse de manera independiente, pues interactúan y demuestran, en su conjunto, su realización; y que no puede confundir la demandante la



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

interpretación realizada sobre pruebas con una descontextualización de las mismas, por el hecho de que la SIC no haya acogido su posición.

Seguidamente, la demandada presentó un análisis de los elementos probatorios con los cuales se sustentó la conducta relacionada con el acuerdo para afectar la transparencia de la información y el acuerdo de fijación de precios, así como sobre los argumentos que frente a cada uno de ellos expuso la accionante.

Indicó que no es cierto que los supuestos fácticos del informe motivado y los de la resolución recurrida correspondan a hechos posteriores a la resolución de apertura del proceso que no fueron objeto de investigación, pues si bien las pruebas de la etapa investigativa están limitadas por los cargos contenidos en la resolución de apertura, el hecho de hallar evidencia adicional que confirme o desvirtúe dichos cargos no vulnera el derecho de defensa, pues tanto la información recogida por SIC durante la averiguación preliminar, como las pruebas decretadas una vez dictada la resolución de apertura de la investigación,



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

estuvieron a disposición de las investigadas y contra ellas pudieron ejercer su derecho de defensa presentando las pruebas y explicaciones que contravirtieran la evidencia recaudada, defensa que podían ejercer incluso a medida que las pruebas se incorporaban al expediente.

Reiteró que, como se señaló en las decisiones demandadas, la entidad citó en 4 oportunidades a la doctora Uribe y en ninguna de ellas pudo asistir a la diligencia programada. Por esta razón y en tanto se consideró que las pruebas que obraban en el proceso eran suficientes para comprender las características y funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, el alcance y contenidos del POS y el valor y suficiencia de la UPC, se hizo uso de la facultad establecida en el artículo 219 del CPC, limitando la práctica del testimonio mencionado.

Concluyó en que, como se señaló en las decisiones demandadas, la entidad reconoce la importancia del derecho de asociación entre los agentes; no obstante, lo que no se puede admitir, bajo ninguna circunstancia, es que exista una extralimitación en las funciones de la agremiación y esta



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

asociación se convierta en una plataforma de intercambio de información sensible que limite la competencia en el sector, generando distorsión en la información necesaria para la determinación de variables fundamentales dentro del mismo.

I.5. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C", en Descongestión, mediante sentencia de 10 de julio de 2014¹¹, denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que a continuación se sintetizan, así:

Señaló que, respecto al desconocimiento de la figura de la facultad sancionatoria prevista en el artículo 38 del CCA., la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la interpretación que se le debe dar a esta norma, ha planteado tres tesis, a saber: "Una primera posición, se refiere a que se entiende ejercida la potestad sancionatoria cuando se expide el acto administrativo primigenio, es decir, el acto que resuelve el

¹¹ Folio 521 a 579 del cuaderno núm. 1.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

fondo del asunto (resolución que impone la sanción). Una posición intermedia, es aquella según la cual, además de expedirse el acto administrativo definitivo (primigenio), éste debe haberse notificado dentro del término de caducidad. Una última posición, es aquella que predica que además de haberse proferido y notificado el acto primigenio, se deben haber resuelto los recursos interpuestos, y notificado las decisiones sobre estos".¹²

Refirió que, en relación con la determinación de la contabilización de tal fenómeno, el Consejo de Estado ha precisado que, tratándose de una conducta de carácter continuado, el período de tres años empezará a partir de la fecha en que la misma cesó¹³.

El Tribunal consideró que en el marco de la indagación preliminar, a través del informe motivado núm. 0921413, se logró determinar que el suministro de información objeto de

¹² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 2 de agosto de 2012. Consejera ponente, doctora Martha Teresa Briceño de Valencia.

¹³ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 21 de febrero de 2008. Consejero ponente, doctor Camilo Arciniegas Andrade.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

análisis integró una serie de actuaciones articuladas cuyo desarrollo no era de ejecución única en el tiempo, por cuanto dentro del plenario obran diferentes comunicaciones que recibió la demandante, incluso desde el año 2007, las cuales se prolongaron por lo menos hasta el 5 de diciembre de 2008, fecha que no desvirtuó el censor, pues solo manifestó su discrepancia con la afirmación según la cual la conducta no fue continuada.

Concluyó en que bajo ninguna de las tesis planteadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado operó el vencimiento de la potestad sancionatoria, por lo que no le asiste la razón a la demandante al considerar que la SIC era incompetente temporalmente para sancionar, debido a que, como se demostró con el material probatorio, la misma actuó dentro del plazo legal para ejercer sus atribuciones de supervisión y vigilancia.

- Respecto al cargo que plantea una errónea interpretación de los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 1663 de 1994, el Tribunal sostuvo que, de conformidad con el acervo probatorio



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

analizado, quedó claro que el ente de control accionado no solo logró comprobar la conducta objeto de sanción, es decir, el consenso directo o indirecto de las EPS agremiadas en la Asociación Médica – ACEMI, entre las que se encontraba la actora, sino también las actividades sistemáticas dirigidas a crear una propuesta unificada sobre la oferta de los servicios prestados, infracción prevista en el artículo 3° del Decreto 1663 de 1994.

Consideró que fue precisamente por desentrañar el sustento de las reuniones efectuadas, que la actuación administrativa desplegada demostró la configuración de comportamientos destinados a la fijación de precios en el sector salud; la circulación privada de costos entre las EPS agremiadas, incluida la demandante, que eran consolidados a través de los miembros de la Asociación ACEMI; las tareas asignadas tendientes a reajustar el monto de la unidad por capitación, aspectos que enmarcan la existencia ineludible de un acuerdo concertado en el que participó la actora. De ahí que denegó el cargo descrito.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

- En relación con el desconocimiento de la presunción de inocencia y del principio de la buena fe, el *a quo* expresó que disentía de lo argumentado por la actora, por cuanto se observó que a lo largo del proceso administrativo seguido contra **FAMISANAR-E.P.S**, la SIC se ciñó a los principios constitucionales vigentes, en razón a que le otorgó la oportunidad de rendir sus descargos, de solicitar las pruebas que pretendía hacer valer a su favor, la posibilidad de controvertir las existentes y allegadas al expediente, así como presentar reparos al Informe Motivado núm.09-21413 sin que de las explicaciones vertidas se hubiese logrado desvirtuar, de manera determinante, la comisión de las conductas restrictivas prohibidas por la regulación imperante en el sector salud; por consiguiente, carecía de sustento el argumento relacionado con el desconocimiento de las garantías descritas y, en consecuencia, declaró que el cargo no tenía vocación de prosperidad.

- En cuanto a los cargos cuarto, quinto y sexto, que planteaban la falta y falsa motivación en lo que toca con el convenio tendiente a limitar los contenidos del Plan Obligatorio de Salud,



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

transparencia de la información y fijación de precios, el Tribunal consideró que los mismos guardan estrecha relación, motivo por el cual, por razones de índole metodológica, se examinaron de manera conjunta.

En ese sentido consideró que los medios probatorios aportados no fueron descontextualizados, sino que, por el contrario, se analizaron y valoraron en su conjunto, conforme con las reglas de la sana crítica, por parte de la SIC, por tratarse de una cadena de acciones que componen las conductas sancionables, dirigidas a la unificación de criterios con el objeto de restringir la oferta de servicios dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS, a fin de generar un cambio estructural en la forma como serían identificados los factores de cálculo de los ingresos que posteriormente recibiría cada entidad dentro del régimen de salud.

A juicio del Tribunal, el contenido de las resoluciones acusadas guarda una clara correspondencia entre las razones fácticas y jurídicas que sustentaron el correctivo impuesto, por lo que no



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

resultaba admisible considerar que los mismos adolecían de falsa motivación.

- Respecto al cargo de omisión de la valoración del entorno económico, anotó el Tribunal que teniendo en cuenta lo regulado en los artículos 3° y 5°, numerales 1, 8 y 10, del Decreto 1663 de 1994, se colige que el solo cruce de información entre empresas agremiadas no constituye, *per se*, una infracción; empero, circunstancia diversa es que la autoridad competente, al revisar su contenido, identifique elementos que se encuentren inmersos dentro de las conductas tipificadas como restrictivas del régimen de libre competencia, tal y como ocurrió en el presente asunto.

Advirtió que a lo largo del plenario se puede apreciar que la SIC logró probar con la totalidad de los elementos probatorios allegados al trámite administrativo, la existencia de un acuerdo anticompetitivo, entre las Entidades Promotoras de Salud, en las que se cuenta la parte demandante, consistente en generar un consenso dirigido a afectar la oferta de servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, la



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

transparencia en la información requerida por el regulador para la fijación de la Unidad por capitación – UPC y haber forjado un mecanismo que terminó por establecer, indirectamente, el precio del aseguramiento en salud.

Concluyó el *a quo* en que la parte actora no logró desvirtuar las pruebas recaudadas por el ente de vigilancia y control accionado, respecto de la falta cometida, y que no se demostró en el *sub examine* que se hubiese concretado la aludida omisión, debido a que la SIC efectuó una interpretación sustentada de los fundamentos de su decisión conforme a las disposiciones legales aplicables vigentes sobre la materia. De ahí que esos cargos fueron denegados.

- Con relación al cargo de vulneración del debido proceso por decretar pruebas sobre hechos acaecidos con posterioridad a la apertura de la investigación administrativa, el Tribunal indicó que la demandada, dentro de la resolución de apertura de investigación, delimitó, de manera clara, los hechos que procedería a analizar, es decir, el contenido de las



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

comunicaciones que las EPS se cruzaron aproximadamente a partir del 10. de agosto de 2007, por considerar que existían serios indicios sobre la realización de un acuerdo tendiente a falsear el juego de la libre competencia en el sector salud.

El *a quo* disintió del argumento de la accionante en el sentido de manifestar que después del 6 de marzo de 2009, fecha de la apertura mencionada, se hubiesen investigado situaciones fácticas acaecidas con posterioridad sobre las cuales no se concedió oportunidad de rebatirlos, toda vez que, incluso, de acuerdo con las declaraciones testimoniales de los involucrados en la etapa preliminar, las situaciones fácticas investigadas se dieron con anterioridad al año en cita. De allí que el cargo quedó sin asidero.

- Ahora, en cuanto al cargo de omisión de la práctica del testimonio de la señora Mónica Uribe Botero, -decretado dentro del expediente y en el que se insistió en 4 oportunidades para llevarlo a cabo, sin que se haya logrado su práctica, ni su consecuente valoración por causas ajenas que no pueden ser



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

atribuidas al ente de control-, destacó que la SIC estaba sujeta a términos perentorios, luego resultaba pertinente que se continuara con el período probatorio desplegado, como se dispuso mediante el acto administrativo núm. 68661 de 13 de diciembre de 2010, en el que se decidió limitar la recepción de éste por contar con la suficiente ilustración al respecto, en los términos previstos en el artículo 209 del CPC, habida cuenta que no resultaba admisible dilatar el trámite administrativo por la inasistencia de la citada declarante, máxime cuando el tema que se pretendía probar a través de su versión no se circunscribía a una comprobación testimonial y cuya fundamentación fue ampliamente debatida a lo largo del expediente.

Finalmente, el Tribunal, con relación a la vulneración del derecho de asociación, concluyó en que la motivación de la sanción establecida, a través de la Resolución núm. 46111 de 30 de agosto de 2011, no estuvo orientada a cuestionar el derecho de agremiación de **FAMISANAR E.P.S.**, dentro de la Asociación de Medicina Integral – ACEMI, sino su participación en la comisión de la conducta dispuesta en el artículo 3° del Decreto 1663 de 1994, relacionada con la concertación de



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

prácticas anticompetitivas, de manera que, contrario a lo afirmado por la actora, dicho acto no desconoció el derecho de gestionar proyectos ante el Gobierno Nacional, pues lo que puntualizó fue que ese derecho de asociación no constituía un aval para justificar la realización de consenso alguno, tendiente a acondicionar la información suministrada a la autoridad reguladora competente en la definición de los procedimientos del servicio de salud, por lo que desestimó los argumentos planteados en relación con este aspecto.

I.6. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, mediante escrito de 11 de agosto de 2014¹⁴, impugnó la sentencia de 10 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C", en Descongestión, por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

¹⁴ Folio 581 a 600 del cuaderno principal.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

En sustentó de su inconformidad con la sentencia de primera instancia, la parte actora alegó, en síntesis, lo siguiente:

Inició sus réplicas en contra de la sentencia apelada indicando que en ésta se determinó que no se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, bajo argumentos carentes de fundamento legal y en contra de las pruebas obrantes en el expediente.

Agregó que la conclusión del Tribunal carece por completo de validez, pues no existe ninguna prueba en el expediente que demuestre que la supuesta conducta que motivó la imposición de la sanción de multa por parte de la SIC se extendió hasta el 5 de diciembre de 2008, que es lo que permite descartar *al a quo* la ocurrencia de la caducidad.

Afirmó que el envío de la información que ocurrió el 5 de diciembre de 2008 constituye el cumplimiento de una exigencia legal por parte del Ministerio de Protección Social para el estudio de la suficiencia de la UPC del POS, lo que no puede servir como



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

argumento para afirmar que es una conducta contraria a la libre competencia.

Señaló que en el expediente obran pruebas que permiten demostrar lo contrario de lo que afirma la sentencia de primera instancia, como el “Informe al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”, documento en el cual se explica cuál fue el propósito de la información remitida el 5 de diciembre de 2008 por parte de las EPS, entre ellas Famisanar, al Ministerio de Protección Social, de modo que no es válido sostener que éstas pretendieron determinar el monto de la UPC ni las condiciones del POS, pues, esa función es de competencia del referido Consejo; y que dicha información, lejos de establecer las condiciones del POS o de determinar el monto de la UPC, era sometida a validaciones y verificación por parte del Ministerio.

Respecto al tema de la caducidad, concluyó que el 5 de diciembre de 2008, contrario a lo que afirmó el *a quo*, no se cometió un acto anticompetitivo, por lo tanto debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados por haber



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

caducado la facultad sancionatoria de la SIC, para la fecha en que fueron notificados.

Aseguró que el Tribunal valoró indebidamente los argumentos esgrimidos en torno a la violación de los artículos 3°, 4° y 5°, numerales 1, 8 y 10, del Decreto 1663 de 1994, así como del principio de legalidad previsto en el artículo 29 de la Constitución Política.

A su juicio, el Tribunal se limitó a resumir y negar los presupuestos de la fundamentación de la violación de los artículos 3°, 4° y 5°, numerales 1, 8 y 10, del Decreto 1663 de 1994, sin aducir ninguna razón que sirviera de fundamento para concluir que la SIC probó la existencia de unos supuestos acuerdos "*[...] destinados a la fijación de precios en el sector de la salud; la circulación privada de costos entre las EPS agremiadas [...]; las tareas asignadas tendientes a reajustar el monto de la Unidad por Capitación – UPC, [...]*".



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Insistió en que el *a quo* descartó estudiar de manera precisa el cargo imputado, alejándose del deber de examinar si las conductas fueron contrarias a la libre competencia, en especial, las siguientes: *i)* no se analizó que el intercambio de información reprochado por la SIC no es considerado, ni en Colombia ni en otros países, como una conducta, *per se*, anticompetitiva; *ii)* el Tribunal no tuvo en cuenta que el intercambio de información en mercados como el de salud, es necesario para el buen funcionamiento de la industria y puede ser favorable a la competencia; *iii)* que, contra lo que afirma la SIC, tema que fue ajeno a la argumentación del Tribunal, ACEMI nunca entregó información desagregada respecto de los precios o costos unitarios en que incurren las EPS para la prestación de los servicios, pues simplemente replicó los mismos esquemas que publica el Ministerio; *iv)* desconoció el Tribunal que no se demostró nunca que ACEMI hubiese circulado, entre sus agremiadas, la información particular entregada por cada una de las EPS, en adición, que la información enviada a través de dicha asociación tiene un carácter público y es divulgada por los propios órganos del Estado; y *v)* no se estudió que la afirmación



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

de la SIC con relación a que las EPS se diferencian entre sí, ofreciendo servicios no POS con cargo a la UPC o a los recursos de la entidad, constituye una hipótesis contraria a la ley.

Aseguró que el Tribunal en la sentencia apelada, no valoró las pruebas aducidas por la demandante en la investigación administrativa, a la luz de las decretadas y las invocadas por la SIC para sancionar.

Adujo que en la sentencia apelada, el *a quo* se abstuvo de analizar materialmente los argumentos expuestos en la demanda y en los alegatos de conclusión respecto de la vulneración del principio de presunción de inocencia, previsto en el artículo 29 Constitucional, así como la alegada infracción de lo previsto en los artículos 6º, 83 y 209 de la Carta Política; 35 del CCA; y 174, 175, 187, 248 y 250 del CPC., e igualmente, resolvió las pretensiones bajo consideraciones carentes de sustento probatorio.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Agregó que el Tribunal se limitó a afirmar que de todas las pruebas allegadas al trámite administrativo se logró determinar la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las EPS, sin probar la participación de la demandante en el supuesto acuerdo, omitiendo explicar, además, a qué pruebas se estaba refiriendo, y sin hacer una valoración de cada una de ellas, lo que vulnera el artículo 304 del CPC, e igualmente constituye una violación al derecho fundamental al debido proceso, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, en sentencia T-504 de 1998.

Manifestó que en la sentencia apelada no se analizaron, en debida forma, los argumentos aducidos respecto de la falsa motivación, ya que, como se percibe, las únicas pruebas que tomó en cuenta el Tribunal fueron aquellas invocadas por la SIC para sancionar a Famisanar, y nunca se analizaron los elementos probatorios que, sobre el tema, se mencionaron tanto en la demanda como en los alegatos de conclusión.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Sostuvo que el *a quo* se limitó a reiterar la interpretación de las pruebas que utilizó la SIC para fundamentar la sanción impuesta a Famisanar y, en concreto, omitió el análisis de:

- El resumen de coberturas listas MPS 03082007
- El flujograma para la interpretación de la cobertura de elementos POS en el correo electrónico con asunto "*acta y documentos posición Acemi interpretación POS del 3 de agosto de 2007*".
- Las definiciones para la interpretación de la cobertura de los elementos POS y fragmento del Acta 006 del Comité Médico de Acemi de agosto de 2007.

Al respecto, la apelante trajo a colación apartes del acta referida y destacó: "*el aparte cuestionado por la SIC, y traído de nuevo a colación por el Tribunal, ni siquiera se refiere a la suficiencia de la UPC, sino a la suficiencia de la provisión para incapacidades que están obligadas a realizar las EPS en virtud de la ley, que simplemente es un porcentaje del ingreso base de cotización que debe reservar cada EPS y por lo tanto, no se*



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

trata del precio del aseguramiento en salud como erróneamente lo plantea la SIC”.

Indicó, respecto de los correos electrónicos, que el *a quo* derivó conclusiones con base en la interpretación descontextualizada de la SIC, no obstante que estos solo hacen referencia a las solicitudes de aclaración de Acemi frente a la información enviada por las EPS al Ministerio, así como a la posibilidad de enviar previamente la información para que fuera verificada a través de una malla de validación similar a la que desarrolló el Ministerio para el efecto.

Observó que el Tribunal omitió considerar el testimonio de la señora Mery Bolívar, Directora General de Gestión de la Demanda en Salud, quien indicó en la declaración que rindió dentro de la investigación administrativa, que la información para el cálculo de la UPC es pública. Además, que tampoco tuvo en cuenta que la SIC no demostró que ACEMI circulara información particular y desagregada de las EPS, toda vez que las cifras que obran en el expediente y que son calificadas por



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

dicha entidad como información reservada, son datos agregados que buscan hacer propuestas al Gobierno para incluir insumos y procedimientos en el POS.

Expresó que las pruebas de las que se valió la SIC, reiteradas en la sentencia de primera instancia, no hacen referencia a ninguna EPS en particular, salvo en el caso de Salud Total, en consecuencia, no existen elementos para determinar que fue la voluntad de todas las EPS sancionadas afectar la transparencia de la información.

Aseveró que el Tribunal tampoco analizó los argumentos específicos expuestos sobre la violación del derecho fundamental al debido proceso y del acceso a la justicia.

Insistió en que el Tribunal se abstuvo de analizar los argumentos presentados como sustento para este cargo, pues nada dijo sobre la conducta desplegada por la SIC respecto del decreto y práctica de pruebas en relación con hechos ocurridos con posterioridad a la resolución de apertura de la investigación, y sobre elementos probatorios que no fueron legalmente



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

decretados, como lo es el informe denominado “La Tutela y El Derecho a la Salud”, que contiene información del período 2006 a 2009.

Destacó que son varios los hechos que se lograrían explicar mediante el testimonio de la señora Mónica Uribe, Directora de Regulación Económica de Seguridad Social del Ministerio de Hacienda, empero, que el Tribunal, adujo, sin justificación alguna, que la práctica del testimonio no era necesaria.

Concluyó en que la sentencia de primera instancia no valoró cabalmente la alegada violación al derecho de asociación, pues, sin fundamento jurídico y en contravención de un derecho de rango constitucional, se consideró anticompetitivo que tanto la organización gremial, así como sus propios miembros, unifiquen sus propuestas en una sola, con el objeto de presentar ante el Estado opciones de regulación o simplemente comentarios frente a temas que son de suma importancia para las actividades que dichos profesionales realizan.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

II.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante en su escrito de alegatos reiteró, en síntesis, los mismos argumentos esgrimidos en la sustentación del recurso de apelación.

La parte demandada y el Ministerio Público en esta oportunidad guardaron silencio.

III.- CONSIDERACIONES

Los actos administrativos de los cuales se pretende su nulidad parcial, mediante el medio de control, son las resoluciones 46111¹⁵ de 30 de agosto de 2011, "**Por la cual se imponen unas sanciones**" y 65116¹⁶ de 21 de noviembre de 2011, "**Por la cual se resuelven unos recursos de reposición**", expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, que por lo extenso de las mismas no se transcriben.

Previo al análisis de fondo del presente asunto es preciso advertir que esta Corporación ha tenido la oportunidad de

¹⁵ Folio 47 a 182, cuaderno No. 1.

¹⁶ Folio 183 a 276, cuaderno No.1.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

pronunciarse sobre situaciones fácticas idénticas a la que en esta oportunidad nuevamente se le presenta. Tal es el caso de las sentencias proferidas por la Sección Quinta de 12 de abril de 2018¹⁷, de 19 de julio de 2018¹⁸ y de 19 de julio 2018¹⁹, providencias dictadas en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho instaurados por diferentes Empresas Promotoras de Salud, entre las cuales se encuentra precisamente Famisanar-EPS, que fueron sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante el mismo acto administrativo, con ocasión de la comisión de infracciones consideradas violatorias de la libre competencia, como acontece en el presente caso.

La Sala también advierte que las conductas previstas en los artículos 3° y 5°, numerales 1, 8 y 10, del Decreto 1663 de 1994, por las que las Empresas Promotoras de Salud, entre ellas Famisanar – EPS, mediante la Resolución 46111 de 2011 fueron

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 12 de abril de 2018, Rad. Número 25000-23-24-000-2012-00788-01, Consejero ponente, doctor Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 19 de julio de 2018, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00690-01, Consejero ponente, doctor Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 19 de julio de 2018, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00576-01 Consejero ponente, doctor Alberto Yepes Barreiro.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

sancionadas, tuvieron sustento en los mismos hechos y acervo probatorio y, como se dijo en líneas anteriores, esta Corporación ya se pronunció sobre el mismo acto administrativo, en cuanto sancionó a las demandantes por la comisión de infracciones consideradas violatorias de la libre competencia, como acontece en el presente caso.

Problema Jurídico

La controversia planteada gira en torno a la ilegalidad que, a juicio de la demandante, está presente en las resoluciones 46111 de 30 de agosto de 2011 y 65116 de 21 de noviembre de 2011, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual, de conformidad con los cargos planteados por la demandante, exige abordar diversos interrogantes que la Sala sintetiza, así: (i) se encontraba caducada la facultad sancionatoria de la SIC; (ii) la violación del principio de legalidad previsto en el artículo 29 Constitucional, pues la interpretación realizada por la demandada respecto al Decreto 1663 de 1994, es contraria al sentido de dicha norma; (iii) que en la sentencia apelada el *a quo* no valoró materialmente las pruebas aducidas



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

en la investigación, lo que es violatorio, entre otros, del principio de presunción de inocencia, y no analizó los argumentos expuestos en la demanda y alegatos referentes a la vulneración del debido proceso; (iv) la indebida práctica y valoración probatoria; (v) la falsa motivación respecto de los supuestos acuerdos para restringir los servicios de salud, afectar la transparencia de la información y de fijación de precios de la UPC; y (vi) la violación del derecho de asociación.

Caso concreto

Para efectos de dirimir la cuestión litigiosa resulta indispensable tener en cuenta que es deber del Estado, en cumplimiento del artículo 333 de la Constitución Política, garantizar la libre y leal competencia dentro del mercado de servicios de salud, el cual comprende el de los insumos y equipos utilizados para la prestación de dichos servicios²⁰.

En este contexto se expidió el Decreto 1663 de 1994²¹, el cual,

²⁰ Decreto 1663 de 1994 "por el cual se reglamenta el parágrafo 2º del artículo 67 y el artículo 74 del Decreto ley 1298 de 1994".



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

entre otros fines, propugna por mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios de salud y evitar las prácticas anticompetitivas en dicho sector.

Ahora bien, conforme con las atribuciones conferidas por la ley, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones pecuniarias y de otra índole, a distintas EPS entre las cuales se encontraba FAMISANAR.

Tal decisión se adoptó con sujeción a lo dispuesto en los artículos 3° y 5°, numerales 1, 8 y 10, del decreto en referencia.

Decreto 1663 de 1994:

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

[...]

Artículo 5°. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Se



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

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

1. Los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios o tarifas.

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

10. Los que tengan por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud. (la Sala subraya).

i) Ahora bien, en un primer cargo, afirmó la demandante que la conclusión del Tribunal, que denegó las pretensiones de la demanda, carece por completo de validez, pues no existe ninguna prueba en el expediente que demuestre que la supuesta conducta que motivó la imposición de la sanción de multa por parte de la SIC se extendió hasta el 5 de diciembre de 2008, que fue lo que permitió a aquel descartar la ocurrencia de la caducidad.

La caducidad ha sido definida por la jurisprudencia



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

como: "Aquel fenómeno jurídico que limita en el tiempo el ejercicio de una acción, independientemente de consideraciones que no sean el sólo transcurso del tiempo; su verificación es simple, pues el término ni se interrumpe ni se prorroga y es la ley que al señalar el término y el momento de su iniciación, precisa el término final invariable²²."

En el mismo sentido, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas sobre prescripción en materia disciplinaria, doctrina perfectamente aplicable al artículo 38 del CCA, determinó su contenido imperativo, vinculado con el debido proceso y el derecho de defensa, en cuanto generador de seguridad para todos los implicados en una investigación disciplinaria, o sancionadoras administrativas, impidiendo que el poder punitivo del Estado se extienda temporalmente sin control o límites configurando situaciones de arbitrariedad, siempre proscritas por nuestro ordenamiento.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia de Abril 2 de 1998. Número de Radicación 4438-98. Consejero Ponente Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado la caducidad "*[...]es la consecuencia del vencimiento del plazo legal fijado a la Administración para investigar cuando se presente un hecho que pueda ocasionarla. [...] La caducidad administrativa, se produce en sede administrativa y se traduce, en lo que respecta a la misma Administración, en la pérdida de la competencia temporal [...]* ²³."

Esta Corporación al referirse al citado artículo 38 ha señalado que "[e]sta norma consagra de manera general la caducidad de la facultad que otorga la ley a las entidades administrativas para sancionar a los particulares, entre ellos, las entidades bancarias, financieras de crédito, etc., cuando incurren en infracción del ordenamiento jurídico positivo. Para el efecto establece un término de tres (3) años, contados a partir del momento en que se produce el acto infractor para que la administración imponga la sanción, salvo que exista norma especial que regule en forma diferente²⁴."

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia 3328 de 2001. Magistrado Ponente: Dra. María Elena Giraldo.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 18 de noviembre de 1994. Expediente No. 5460. Consejero Ponente, doctor Delio Gómez Leyva.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Ahora bien, como ya lo advirtió esta Corporación, en las sentencias citadas, como más adelante se precisará, las conductas mencionadas en la Resolución sancionatoria, además de infringir varias normas previstas en el Decreto 1663 de 1994, deben ser consideradas como diferentes manifestaciones de una estrategia diseñada e implementada de manera conjunta por las EPS, incluida FAMISANAR, con el fin de afectar la competencia en el sector salud.

Además, tales sentencias precisaron, como se verá, 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 y, en esa medida, el término de caducidad debe contarse a partir de la ocurrencia del último acto que hace parte de la conducta investigada.

En tal sentido, esta Corporación, en sentencia de enero de 2003



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

(Expediente núm. 7909), se pronunció, así:

*"[...]La caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora no tuvo lugar en el presente caso por cuanto **se trató de una conducta permanente o continuada, de suerte que los tres (3) años previstos en el artículo 38 del C.C.A. para que ocurra ese fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas debía contarse a partir del último acto del comportamiento investigado[...]**".*
(la Sala destaca).

En igual sentido se pronunció la Sección Primera, en sentencia de 12 de marzo de 2009 (Expediente núm. 2002-00317-02), en la cual señaló:

*"[...]En tales circunstancias, es sabido **que tratándose de conductas permanentes o continuadas, la caducidad o prescripción de la facultad sancionatoria solo empieza a correr a partir del momento en que cese la conducta [...]**".* (la Sala destaca).

Ahora bien, respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria alegada en el caso *sub lite*, esta Corporación, como se dijo en líneas anteriores, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el mismo acto administrativo aquí acusado, evaluando incluso situaciones fácticas idénticas a las que ahora nuevamente se le presentan. Es así como, la Sección Quinta, en



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

sentencia de 19 de julio de 2018, se pronunció, así:

"[L]e asiste la razón al Tribunal al determinar conforme a la evidencia presentada por la SIC, que las actuaciones adelantadas por Acemi y las EPS, que contrariaron el régimen de competencia en el mercado de salud, transcurrieron entre marzo de 2007, y el 5 de diciembre de 2008 día en el que se efectuó el último envío de información por parte de las entidades prestadoras de salud, con el fin de realizar el estudio de suficiencia de la UPC. Sobre el particular, la demandante aseguró que dicho informe, lejos de ser un acto anticompetitivo, se realizó en cumplimiento de una exigencia legal, además que, en el Informe del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud se explicó el propósito de la información remitida el 5 de diciembre. Con relación a esta censura es pertinente resaltar que las actuaciones anticompetitivas fueron adelantadas de manera continua con el fin de establecer el UPC y la determinación de los servicios POS. Por tanto, no son de recibo los planteamientos del recurrente ya que del estudio completo de las pruebas que obran tanto en el trámite administrativo como en el expediente se observa que la información remitida se encontraba afectada por las actuaciones previas que se adelantaron entre las EPS y Acemi, motivo por el cual, se tiene como fecha para el cómputo de la caducidad el 5 de diciembre de 2008. Sobre este punto la Sala advierte que de conformidad con el artículo 38 del C.C.A la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a partir de los 3 años de la producción del acto que pueda ocasionarlas, empero que, en el evento de investigarse una conducta permanente o continuada, el término comienza a contarse a partir de la fecha en la cual cesa la actuación. En este orden, se tiene que la facultad sancionatoria de la administración caducaba el 06 de diciembre del 2011, no obstante la Resolución 46111 fue notificada al actor el 12 de septiembre del mismo año razón por la cual el cargo propuesto no tiene vocación de prosperidad [...]"²⁵.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 19 de julio de 2018. Número único de radicación, 25000232400020120057601. Consejero ponente, doctor Alberto Yepes Barreiro.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Igualmente, la misma Sección, respecto a la caducidad de la potestad sancionatoria, en esa ocasión alegada por otra de las EPS sancionadas, mediante la Resolución 46111 de 30 de agosto de 2011, en sentencia de 12 de abril de 2018, expresó lo siguiente:

"[E]s relevante señalar que las actuaciones objeto de investigación tienen el carácter de continuado por el hecho de que se derivan de un comportamiento con una unidad de propósito, si se tiene en cuenta el constante intercambio de información entre las EPS y ACEMI relacionada con temas específicos para la determinación de la UPC y la definición de los servicios que deberían estar o no incluidos en el POS. En aplicación de la regla antes explicada, la Sala encuentra que el período investigado por la SIC respecto de las conductas constitutivas de actos contrarios a la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, estuvo comprendido entre el 5 de marzo de 2007 y el 5 de diciembre de 2008, lo que presupone que es desde esta última fecha que inicia el término de tres años con que cuenta la administración para investigar los hechos constitutivos de infracción al ordenamiento legal y la consecuente imposición de sanciones. [...] La aseveración de la parte actora sobre el envío de la información a ACEMI por medios electrónicos el 5 de diciembre de 2008 corrobora el hecho de que la investigación adelantada por la SIC sí se llevó a cabo en el período señalado en la resolución número 46111 de 2011, por manera que es claro que las conductas materia de investigación tenían relación estrecha y directa con la supuesta comisión de la infracción de la normatividad que prohíbe conductas que restrinjan o afecten la libre competencia, que como se señaló, se prolongaron en el tiempo. En ese orden, se tiene que el 30 de agosto fue expedida la resolución número 46111, por la cual se



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

impuso una sanción de multa a la parte actora en cuantía de \$1.071.200.000, acto administrativo frente al cual fue interpuesto el recurso de reposición, medio de impugnación que fue desatado a través de la resolución número 65116 del 21 de noviembre de 2011, con fecha de ejecutoria el 2 de diciembre de 2011. La relación de las fechas en que fueron expedidos los actos administrativos acusados permite establecer que la SIC ejerció la potestad sancionatoria dentro del término consagrado en el artículo 38 del C. C. A., en la medida en que el acto administrativo que agotó la vía gubernativa fue notificado a la parte actora con antelación al vencimiento de dicho plazo, razón por la cual el cargo propuesto no tiene vocación de prosperidad²⁶ [...]”.

Con fundamento en las anteriores consideraciones que en esta oportunidad se reiteran en virtud de la coincidencia fáctica y jurídica del asunto a dilucidar, no subsiste duda alguna en cuanto a que la censura relacionada con la caducidad de la potestad sancionatoria, en la que la apelante insiste, sin demostrar que, de algún modo, su situación haya sido diferente, no tiene vocación de prosperidad²⁷, pues, como también lo

²⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 12 de abril de 2018. Número único de radicación 25000232400020120078801. Consejero ponente, doctor Carlos Enrique Moreno Rubio.

²⁷ Se entiende que la sanción se impone al expedirse y notificarse el acto principal, decisión que resuelve de fondo el proceso sancionatorio, esto conforme a la jurisprudencia de unificación de esta corporación: “Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.” Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de septiembre de 2009, C.P. Susana Buitrago Valencia. Radicación Número: 11001031500020030044201



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

consideró acertadamente el *a quo*, la demandada ejerció su potestad sancionatoria dentro del término de tres años previsto en el artículo 38 de CCA, teniendo en cuenta que la conducta sancionada fue continua o permanente en el tiempo y que la última manifestación de la misma ocurrió el 5 de diciembre de 2008 y que contado desde dicha fecha el término de caducidad, como corresponde, tratándose de dichas conductas, el plazo oportuno para imponer la sanción vencía el 6 de diciembre de 2011, en tanto que los actos acusados se expidieron el 30 de agosto de 2011 y 21 de noviembre de ese año, el segundo confirmatorio del primero, con fecha de ejecutoria el 2 de diciembre de 2011.

ii) Respecto al cargo según el cual el Tribunal valoró indebidamente los argumentos esgrimidos en torno de la violación de los artículos 3º, 4º y 5º, numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994, así frente al principio de legalidad ya que, al estudiar el cargo imputado, no tuvo en cuenta que el intercambio de información no es considerado como una conducta, *per se*, anticompetitiva; que ACEMI nunca entregó



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

información desagregada respecto de los costos unitarios en que incurren las EPS, en la medida en que se limitó a replicar los esquemas que publica el Ministerio; en suma, que no se demostró que la asociación hubiese circulado dicha información entre las EPS, y, en todo caso, que ésta no tenía carácter de reservada, es preciso señalar lo siguiente:

Abordando inicialmente el tema de intercambios de información, de acuerdo con la Superintendencia de Industria y Comercio²⁸, podría considerarse que los intercambios de información entre competidores son riesgosos para la competencia cuando se utilizan como **instrumentos** para materializar un acuerdo o una conducta anticompetitiva **o cuando por sí mismos son idóneos para generar efectos coordinados ilícitos**, esto es, cuando pueden disminuir la incertidumbre de los participantes en el mercado respecto del comportamiento de sus competidores, pueden promover un ambiente propicio para que los competidores alineen su conducta sobre unas determinadas

²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, *CARTILLA SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA FRENTE A LAS ASOCIACIONES DE EMPRESAS Y ASOCIACIONES O COLEGIOS PROFESIONALES*
[.https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/CARTILLA_GREMIOS.pdf](https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/CARTILLA_GREMIOS.pdf)



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

variables de competencia o pueden permitir la alteración artificial de las condiciones del mercado, entre otros eventos. *(negritas originales)*.

Respecto de los intercambios de información entre competidores que son utilizados como soporte de una conducta anticompetitiva o como mecanismos para monitorear el cumplimiento de una práctica restrictiva, la Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado en diversas ocasiones²⁹. En la mayoría de los casos, la conducta analizada y sancionada ha tenido lugar en el marco de entes gremiales cuyas funciones, según la Superintendencia, se han desnaturalizado al punto de convertirse en espacios para compartir información relacionada con precios, cantidades y estrategias de negocio que pueden llevar a acuerdos o entendimientos informales que infringen las normas de libre competencia económica.

²⁹ Resoluciones No. 29302 del 2 de noviembre de 2000 (caso ANDEVIP), No. 25420 del 6 de agosto de 2002 (caso ADICONAR), No. 23890 de 29 de abril de 2011 (caso UCEP - IBOPE), No. 33141 del 21 de junio de 2011 (caso PROCAÑA y otros), No. 41687 de 5 de agosto de 2011 (caso ASHORALDA), No. 46111 de 30 de agosto de 2011 (caso ACEMI), No. 71794 del 12 de diciembre de 2011 (caso FENDIPETRÓLEO NACIONAL y otros), No. 4191 de 10 de febrero de 2017 (caso ASOSUBASTAS), No. 71692 del 8 de noviembre de 2017 (caso ANPRA-ACEPRAC), entre otros.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

La Sala es enfática en indicar que la actividad gremial es totalmente legítima en Colombia y que incluso la misma tiene respaldo constitucional, pero que, como cualquier otra actividad en nuestro país, encuentra su límite en el ordenamiento jurídico, esto es, que esta actividad debe adelantarse con sujeción a las disposiciones legales vigentes, dentro de las que se encuentran las normas sobre protección de la libre competencia económica.

Así, cuando una asociación o ente gremial propicia, planea, estructura o ejecuta una conducta anticompetitiva se le ha considerado como responsable por la infracción del régimen de competencia y, en consecuencia, puede ser acreedor de una sanción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Respecto al cargo en estudio, el cual también fue objeto de análisis por esta Corporación, en sentencia de 19 de julio de 2018, la Sección Quinta, se manifestó, así:



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

"[...]Por otro lado, el recurrente afirmó que el Tribunal no tuvo en cuenta que el intercambio de información no es considerado como una conducta per se anticompetitiva, que Acemi nunca entregó información desagregada respecto a los costos unitarios en que incurren las EPS, en la medida que se limitó a replicar los esquemas que publica el Ministerio, en suma, que no se demostró que la asociación hubiese circulado dicha información entre las EPS, y en todo caso esta no tenía carácter de reservada.

Ahora bien, de lo visto en el expediente, se observa que el objetivo de las actuaciones no era enviar información depurada y verificada al Ministerio, en tanto se evidencia que la información no era desagregada, como afirma el recurrente, lo cual es notorio en una serie de archivos adjuntos a los correos circulados, que exponen datos clasificados por EPS respecto a montos, procedimientos, frecuencias y usuarios.

Del mismo modo, en cuanto a la afirmación del apelante que la información aludida no es de carácter reservado, toda vez, que es publicada por el Ministerio, se advierte que la misma no se divulgada al público bajo las condiciones anotadas, en tanto, esto daría a conocer asuntos del giro ordinario de los negocios de las entidades prestadoras de salud.

Así mismo, de una lectura de los archivos adjuntos a los correos, es notorio que la información efectivamente era circulada por Acemi a sus asociados, clasificada por EPS, lo que permitía una comparación en las actividades y unificación de criterios para los fines anticompetitivos que fueron expuestos tanto por el Tribunal como por el ente de control.

Sobre lo anterior, es pertinente resaltar que la importancia de la información circulada; se explica cómo lo afirmó la SIC, dado que el precio del aseguramiento en salud en distinción de otros mercados de seguros presenta características especiales, en particular respecto a la prima de servicios UPC³⁰, que es definida por el Estado

³⁰ Análisis de la Metodología de Cálculo de la UPC, Proyecto CRES- CID UN Dic. 2009, citado en REFLEXIONES EN EL CÁLCULO DE LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN (UPC) Esperanza Giraldo Muñoz Comisionada Experta Vocera CRES Noviembre 2011. "UPC: Es un valor que



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

con base, entre otros, a la información que reportan las EPS para el estudio de suficiencia.

Motivo por el cual una alteración en la información reportada por las prestadoras del servicio al Ministerio, genera consecuencias para el regulador del proceso de determinación de la UPC tal como se señaló en el informe presentado por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia: "de esta manera cualquier afectación de la información solicitada por el regulador se traducen en elementos capaces de inducir a una distorsión en la forma mediante la cual se fija la UPC, lo que conlleva a (sic) la creación de un mecanismo artificial y reprochable de fijación indirecta de un precio en el sector de la salud en Colombia".

Ahora, en lo concerniente a la censura que en el sistema de salud las EPS no pueden competir respecto a la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, la Sala encuentra coherente la posición desarrollada por el ente de control, en la medida que las EPS pueden presentar un incentivo para contender, incluyendo en sus prestaciones servicios no incluidos en el POS, o por el contrario al negar la prestación de servicios incluidos o no en este, con el fin de solicitar mayores reembolsos ante el FOSYGA.

Finalmente sobre este asunto, y como se expone en los actos acusados, en el mercado de libre competencia por obtención de afiliados, puede convertirse en un atractivo para las EPS, ofrecer mayor cobertura respecto de aquellos servicios de los cuales se presentan ambigüedades acerca de su inclusión en el POS, dado que de un análisis costo - beneficio, las prestadoras de salud podrían lograr otro tipo de rendimientos financieros³¹[...]".

permite a las entidades aseguradoras pagar los gastos de atención de sus afiliados y tener un margen de recursos para cumplir con la administración del riesgo y de la operación. Esta unidad no es el valor de POS, es una prima que además de garantizar el pago de los gastos, genera un margen razonable para cumplir la función de administración".

³¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 19 de julio de 2018. Número único de radicación, 25000232400020120057601. Consejero ponente, doctor Alberto Yepes Barreiro



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Con fundamento en las anteriores consideraciones, que en esta oportunidad se reiteran y prohíjan, en virtud de que también existe una coincidencia fáctica y jurídica con el asunto a dilucidar, la censura en la que la apelante insiste, tampoco prospera.

iii) En relación con la censura según la cual en la sentencia apelada el *a quo* no valoró materialmente las pruebas aducidas en la investigación, lo que es violatorio, entre otros, del principio de presunción de inocencia y no analizó los argumentos expuestos en la demanda y en los alegatos, referente a la vulneración del debido proceso, cabe observar lo siguiente.

La jurisprudencia ha definido el derecho al debido proceso:

“[c]omo el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”. Del mismo modo, ha señalado que el respeto a este derecho fundamental supone que todas las autoridades judiciales y administrativas, dentro del ámbito de sus competencias, deben ejercer sus funciones con sujeción a los procedimientos previamente definidos en la ley, respetando las formas propias de cada juicio, a



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

fin de que los derechos e intereses de los ciudadanos incurso en una relación jurídica cuenten con la garantía de defensa necesaria ante posibles actuaciones arbitrarias o abusivas, en el marco de la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una sanción. Bajo esa premisa, el derecho al debido proceso se manifiesta como desarrollo del principio de legalidad y como un límite al ejercicio del poder público, en la medida en que toda competencia asignada a las autoridades públicas, no puede desarrollarse sino conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, en procura de la garantía de los derechos de los administrados³²”.

Respecto al debido proceso administrativo, la misma sentencia, expresó:

“[...]Esta Corporación ha definido el debido proceso administrativo como “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Lo anterior, con el objeto de “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados³³[...]”.

Dicha garantía está, de manera manifiesta, en conexidad con la presunción de inocencia lo que constituye una limitante de la administración pública al extender la actividad probatoria que

³² Corte Constitucional. Sentencia T- 957 de 16 de diciembre de 2011. Magistrado ponente, doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³³ *Ibidem*



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

permita establecer la responsabilidad del infractor bajo las reglas de la sana crítica.

La Corte Constitucional con relación a la presunción de inocencia ha manifestado lo siguiente:

"[...]La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual "toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable". Los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia –que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución- contienen dicha garantía en términos similares. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 que "toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". Y, a su turno, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley". Como se deriva de las normas transcritas, la presunción de inocencia acompaña a la persona investigada por un delito "hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad.

"[...]El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

"[...]Regla básica sobre la carga de la prueba: *La presunción de inocencia "se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba" de acuerdo con la cual "corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad³⁴[...]"*. (la Sala Destaca).

El artículo 29 Constitucional estableció la presunción de inocencia que opera tanto en los procesos judiciales como en los procedimientos administrativos, de acuerdo con el inciso primero del mismo artículo. Se trata de una garantía fundamental que, a la vez, hace parte del derecho fundamental al debido proceso y que entraña las siguientes consecuencias: (i) corresponde al Estado la carga de desvirtuar la inocencia, a través de la prueba de los elementos de la responsabilidad, incluida la culpabilidad; (ii) a pesar de existir libertad de medios

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-289 de 18 de abril de 2012. Magistrado ponente, doctor Humberto Antonio Sierra Porto.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

probatorios para desvirtuar la presunción de inocencia, solo son admisibles medios de prueba respetuosos del debido proceso y acordes con la dignidad humana; (iii) nadie puede ser obligado a contribuir para que la presunción de inocencia que lo ampara, sea desvirtuada; (iv) la prueba necesaria para evidenciar la culpabilidad debe tener suficiente fuerza demostrativa, más allá de toda duda razonable, la que en caso de persistir, debe resolverse mediante la confirmación de la presunción y (v) durante el desarrollo del proceso o del procedimiento, la persona tiene derecho a ser tratada como inocente. Para la jurisprudencia, la presunción de inocencia es, a la vez, fundamento de la proscripción del principio de la responsabilidad objetiva.

Igualmente, a juicio de la Corte, a pesar de tratarse de una garantía esencial del derecho fundamental al debido proceso, la presunción de inocencia, como los otros derechos y garantías constitucionales, no constituyen potestades absolutas reconocidas a un individuo.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Y, Según lo previsto en los artículos 1° y 2° del Decreto 2153 de 1992, la SIC es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal. Es decir, es una entidad de naturaleza administrativa que en virtud de la delegación de las facultades presidenciales de vigilancia y control tiene entre sus funciones velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales.

De acuerdo con lo anterior, en el artículo 54 del Decreto 2153 de 1992 se prevé, de manera expresa, el procedimiento aplicable a esta entidad en el desarrollo de sus funciones, incluyendo su labor de vigilancia del mercado colombiano, en los siguientes términos:

"Art.54. Procedimientos. Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de propiedad industrial y lo previsto en el presente Decreto, las actuaciones que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo."



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

Ahora bien, tratándose de investigaciones de la SIC por contravención de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, el procedimiento aplicable es el previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. En efecto, según se dispuso en dicho artículo, para determinar si existe una infracción a las normas sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, la SIC debe seguir el procedimiento allí previsto y, en lo no regulado en este artículo, se aplicará el Código Contencioso Administrativo. Al respecto, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 dispone:

"Art. 52. Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

"Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

'Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

'Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo."

Para la Sala, la censura planteada relacionada con la vulneración de las garantías alegadas como violadas, carece de sustento, como también ocurre con lo expresado en la demanda, ya que como se observa al revisar la actuación administrativa bajo el radicado núm. 09-21413, en el curso del proceso administrativo seguido contra FAMISANAR-EPS, la Superintendencia de Industria y Comercio fue respetuosa de las garantías y principios constitucionales vigentes, en razón a que le otorgó la oportunidad de conocer los hechos objeto de investigación en su contra, de rendir sus descargos, solicitar las pruebas que pretendía hacer valer a su favor, la posibilidad de controvertir las existentes y las allegadas al expediente, presentar objeciones al informe motivado núm. 09-21413, recurrir la Resolución sancionatoria y acudir ante esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Por



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

consiguiente, dicho cargo, de acuerdo con lo que acertadamente sostuvo el *a quo* al respecto, debe desestimarse.

iv) Con relación a la censura según la cual no se realizó una valoración integral de las pruebas aducidas por la demandante, en la sentencia de 19 de julio de 2018, la Sección Quinta respecto a la misma censura, se pronunció, así:

"[...]Frente a este primer argumento, la Sala advierte que el actor llama la atención sobre el estudio de determinadas pruebas con el fin de señalar que las conductas adelantadas en el gremio obedecían a una actuación legal en el marco de los fines que persigue la asociación, sin embargo, al analizar en conjunto las pruebas, se advierte que estas demuestran lo contrario a lo que afirma el apelante, y confirman una vez más, la existencia de conductas anticompetitivas por parte de las EPS.

- *En el correo electrónico con asunto "Acta y documentos posición Acemi, interpretación POS" del 3 de agosto de 2007, en el fragmento de acta del comité se presenta un flujograma para la interpretación del POS, del cual se puede inferir por su contexto un mecanismo de concertación indirecta que permite a las EPS obtener resultados similares, máxime que su radicación ante autoridades administrativas, no legitima de ninguna manera un actuar anticompetitivo.*
- *Se observa que el resumen de coberturas MPS 03082007, el cual presenta una serie de definiciones y convenciones, es el resultado de los acuerdos gestados*



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

al interior de Acemi, de los que como acierta la SIC no se evidencian planteamientos que obedezcan a criterios médicos y/o técnicos para definir si determinados servicios se encuentran incluidos en el POS conforme a pronunciamientos judiciales, lo cual sería lo pertinente si se buscaba plantear una propuesta regulatoria al gobierno, como afirma el recurrente.

A fin de evidenciar este contexto, es pertinente citar el siguiente aparte del acta del Comité Médico de Acemi:

"Se presenta la lista de insumos ante el grupo de trabajo, el cual la examina procedimiento por procedimiento, revisando la clasificación de los elementos relacionados con los de la lista del consenso del MPS y la SNS. Así mismo, se analiza a la luz de los criterios y definiciones si están cubiertos o núm. Se realizan algunos cambios para agregar consistencia los cuales quedaron involucrados en el archivo que adjunta. Anexo 2

Para algunas correcciones en cuanto a la cobertura de los insumos se tuvieron en cuenta:

- Las definiciones antes aprobadas
- El flujograma POS

(...)

Una vez terminada la revisión del listado este fue aprobado de forma unánime por el grupo de trabajo".

- *El actor hace mención de que el aparte del Acta Número 10 del Comité Médico de Acemi, cuestionado por la SIC y el a quo, no hace referencia a la suficiencia de la UPC sino a la suficiencia de la provisión para incapacidades que están obligadas a realizar las EPS en virtud de la ley, lo que denota simplemente un porcentaje de ingreso base de cotización que debe reservar cada EPS, por tanto no se trata del precio del aseguramiento en salud como erróneamente lo plante la SIC.*



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

No obstante, de la lectura del acto acusado con relación al aparte en referencia, es posible inferir que el planteamiento propuesto por el apelante no obedece al que efectuó la SIC. En suma que no cuenta con la carga suficiente para controvertir la legalidad de los actos.

Acta Número 10 del Comité Médico de Acemi:

" (...)

2. Temas de UPC

a. Informe de incapacidades

ACEMI presenta informe obtenido, indicando la metodología utilizada y los resultados.

En conclusión:

1. Se deben verificar y confirmar los datos de todas las EPS cuya suficiencia este por debajo de 70% o por encima de 110% para los datos del 2006: EPS 001, 003, 005, 008, 013, 016 y 018 enviar la provisión para incapacidades.
2. [...]
3. Con los datos actuales de 2006, que es para lo que tenemos periodo completo, la provisión del 0,25% es suficiente incluso bajo el escenario de la sentencia de la corte, por lo tanto, no recomendaríamos presentar esta información al CNSSS
4. Los escenarios 2007 son incompletos

Las EPS que se encuentran señaladas se comprometieron aclarar las cifras de incapacidades y entregarlas a más tardar el día 12/12/2007" (Subrayado fuera de texto).

- *Existe censura del apelante en cuanto a la valoración de la declaración de Juan Pablo Rueda funcionario de la EPS Salud Total, sin embargo, en lo que corresponde a esta declaración no se observan elementos que desvirtúen las pruebas bajo las cuales se expidieron las resoluciones acusadas, y que permitan inferir que las actuaciones en comento se adelantaron con el*



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

objetivo de una propuesta regulatoria al Ministerio.

En esta línea, es importante advertir que si bien en el testimonio de Mery Bolívar, Directora de la Gestión de la Demanda del Ministerio de la Protección Social, se afirma que la información para el cálculo de la UPC es pública, los datos frente a los cuales tiene acceso al público, de ninguna manera presentan las condiciones de la información circulada por Acemi como se expuso en líneas anteriores.

De lo anterior, se reitera que los planteamientos expuestos no tienen la carga suficiente para modificar el sentido del fallo, más aún cuando se evidencia que el a quo constató con base a un extenso material probatorio que la SIC acreditó al acuerdo restrictivo del régimen de competencia.

Verbigracia, el correo electrónico remitido el 30 de mayo por parte de Acemi a las EPS asociadas, bajo el asunto "Compromiso costeo insumos y dispositivos médicos procedimientos POS" en el cual se adjuntan los siguientes: "Consolidado lista insumos 04042006; Glosarios y artículo 12 V5032006; inventario de insumos", y frente al cual no es necesario un mayor análisis para advertir lo que tanto la SIC en su estudio y el a quo, concluyeron:

"Apreciados señores,

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

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

Los objetivos son:



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

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

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

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

En este punto la Sala reitera lo dicho en sentencia de 12 de abril de 2018, mediante la cual, se pronunció frente al recurso de apelación interpuesto por Aliansalud S.A contra el fallo que negó las pretensiones dirigidas a que se declarara la nulidad parcial de los actos acusados Resolución 46111 y Resolución 65116 de 2011.

"Así como está demostrado que se solicitó información por parte de ACEMI a las EPS a través de correos electrónicos para llegar a un consenso respecto de los servicios considerados como cubiertos o no dentro del POS, en los actos administrativos demandados y en los



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

antecedentes que dieron lugar a 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.

El análisis del material probatorio recaudado llevó a la SIC a determinar la existencia de un acuerdo que tenía por objeto restringir o afectar la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, en la medida en que lo pretendido por las EPS era establecer de consuno los datos que serían reportados 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.

(...)

La definición de los procedimientos médicos que se encuentran incluidos o excluidos del POS es de competencia del Ministerio de Salud, en coordinación con los demás entes que forman parte del SGSSS, para cuyo efecto se estudia la información suministrada por cada EPS, en forma individual, acerca de la frecuencia de suministro de medicamentos, servicios, dispositivos, los costos de estos, etc.

De esta manera, el intercambio de datos sobre lo que cada EPS considera debe estar incluido en el POS y la información respecto del cálculo de la UPC dirigidos a lograr un consenso y presentarlo al Ministerio de Salud y Protección Social para que defina el listado de servicios, constituye una conducta contraria a la libre competencia en el mercado de salud, basada en la cobertura de los servicios prestados.

El criterio unificado que se gestó en las EPS bajo la coordinación de ACEMI contiene 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 las EPS si se tiene en cuenta que cada una de las entidades tiene conocimiento preciso y detallado de los servicios que son prestados por las demás y bajo qué parámetros.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

La existencia de un consenso o criterio unificado acerca de la cobertura de los servicios per se repercute de manera contundente en la escogencia por parte del usuario de la entidad prestadora, en consideración a la falta de mecanismos diferenciadores referente a los servicios ofrecidos.

(...)

Ahora bien, la afirmación atinente a que las reuniones solo tenían como propósito elevar peticiones al gobierno nacional como producto de los estudios estadísticos, técnicos, financieros y jurídicos acerca de la problemática que se genera en torno a las distintas interpretaciones del POS, es carente por completo de fundamento.

Así pues, se tiene que no es necesario hacer grandes esfuerzos intelectivos para concluir que las EPS buscaban presentar una propuesta al Ministerio de Salud y Protección Social para la definición del POS basada en una información previamente concertada de manera consciente, la cual tenía por objeto afectar la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, la transparencia en la información y la fijación indirecta de precios de la UPC.

*Merece resaltarse que el Estado como regulador del Sistema General de Salud debe velar porque la prestación de ese servicio esencial se haga bajo estrictos parámetros de calidad, seguridad, idoneidad y transparencia, ya que lo que está en juego es la cobertura de los servicios de salud de los habitantes del territorio nacional, de manera que el intercambio de información sensible entre competidores, como lo son las EPS, para presentarla posteriormente al gobierno nacional, sin duda es una conducta que genera una afectación a la libre competencia”.*³⁵
(Subrayado fuera de Texto).

Sobre este punto, es necesario agregar que Compensar se encontraba en la lista de contactos a los cuales se les remitía

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 12 de abril de 2018, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicación Numero: 2500023-24-000-2012-00788-01.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

los correos en referencia, además, que el actor no desarrolló un argumento que permita inferir a la Sala, que este no era parte del acuerdo anticompetitivo.

En virtud de lo expuesto, se encuentra que las comunicaciones y reuniones entre los entes que hacen parte del gremio lograron un conceso contrario a la libre competencia, frente al cual los indicios que alude el actor no son suficientes para controvertir las pruebas recolectadas durante la actuación administrativa, y el análisis efectuado por el Tribunal.

Finalmente sobre el particular, se advierte que al tratarse de una sanción que se deriva de una conducta por objeto, no es necesario que se demuestren sus efectos en el mercado. Motivo, por el que no son de mayor análisis las afirmaciones encaminadas a que no se demostraron las negaciones conjuntas respecto al POS al igual, que las EPS tuvieron comportamientos autónomos e independientes, respecto a los servicios incluidos o no en este.

(ii) De los argumentos planteados referentes a la vulneración del debido proceso.

En cuanto a la inconformidad que el a quo no se pronunció acerca de los argumentos planteados respecto de la vulneración al debido proceso, al imponer el ente de control una sanción con base a pruebas de las cuales los investigados no se pudieron defender, se encuentra que la sentencia hace referencia sobre el asunto, conforme a las normas que regulan el debido proceso en materia de competencia.

En este punto es necesario resaltar que el recurrente tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas, como se observa en las resoluciones acusadas, por ende, es de recibo la posición de la SIC sobre el reproche en cuestión.

Al respecto el ente de control señala que si bien las pruebas



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

en la etapa de investigación están limitadas por los cargos contenidos en la resolución de apertura, el hecho de hallar evidencia adicional que permita confirmar o desvirtuar los cargos, no vulnera el derecho de defensa, en la medida que la información recolectada durante la averiguación preliminar, como las pruebas decretadas en la resolución de apertura de investigación estuvieron a disposición de los investigados, a fin que pudieran controvertir las pruebas, situación que permaneció durante el transcurso en el que fueron incorporadas al expediente.

En suma, que, de la lectura de los actos administrativos acusados, se hace evidente que existió traslado a las EPS del informe motivado, a fin de que fuera controvertido.

En este mismo punto, el actor hizo referencia a un grupo de pruebas en consideración a las cuales afirmó errores en su decretó o práctica por parte de la SIC:

- *El recurrente planteó que el informe denominado "La Tutela y El Derecho a la Salud", no se decretó de manera válida en vía administrativa, motivo por el cual, debe considerarse violatorio del debido proceso, no obstante la Sala encuentra que el informe no hace parte del considerando de los actos acusados, y en todo caso la decisión del ente de control se apoya en un completo acervo probatorio, con relación al cual, el actor no desarrolla la incidencia que tendría el documento en la legalidad de los actos administrativos acusados.*
- *Manifestó con relación al testimonio de Mónica Uribe, Directora de la Dirección de Seguridad Social del Ministerio de Hacienda, que este fue decretado, pero no se practicó en sede administrativa por parte de la SIC, lo que a su juicio vulneró el derecho de defensa.*

Acerca de este motivo, se encuentra ajustado a derecho que la SIC omitiera la práctica de la prueba, en la medida que la directora no acudió a las múltiples citaciones que realizó para efectos del testimonio el ente



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

de control, al igual, que las pruebas que obraban en el expediente administrativo eran suficientes para comprender los asuntos que se pretendían probar con el testimonio.

No obstante, que el a quo en aras de buscar la verdad procesal recepcionó el testimonio en instancia judicial, sin embargo, el mismo, no tiene la contundencia necesaria para desvirtuar la legalidad de los actos administrativos, en la medida que es abstracto y no logra, ni busca contradecir los aspectos centrales del debate que se planteó en primera instancia³⁶[...]”.

Por las razones expuestas, que se reiteran en esta oportunidad, debido a la coincidencia fáctica y jurídica existente con el asunto examinado, no es válido reprochar la vulneración del derecho al debido proceso y al principio de presunción de inocencia, en la medida, en que la SIC demostró, con observancia de las normas que rigen el debate probatorio, que FAMISANAR, incurrió en conductas que distan de estar acordes con mantener las condiciones de competencia dentro del mercado de servicios de salud. Es por ello por lo que dicho cargo no tiene vocación de prosperar, como también lo concluyó el *a quo con base* en acertadas razones que esta Sala no puede menos que prohijar.

³⁶ *Ibidem*



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

v) También reprochó el recurrente que en la sentencia apelada no se analizaron, en debida forma, los argumentos respecto a la falsa motivación.

Para la Sala dicha censura carece de fundamento, en razón de que el *a quo*, al abordar el estudio sobre la falsa motivación respecto al convenio tendiente a limitar los contenidos del plan obligatorio de salud, la transparencia de la información y fijación de precios alegada, consideró que guardaban estrecha relación, y que por razones de índole metodológico debían examinarse en conjunto, para luego realizar un estudio de los elementos probatorios que demuestran que la estructura de la infracción está compuesta por elementos que no pueden observarse de manera independiente sino que, por el contrario, interactúan y demuestran la realización de cada una de las conductas contrarias a la libre competencia, concluyendo en que:

"[...] a lo largo del plenario quedó demostrado que la SIC logró probar con la totalidad de los elementos probatorios allegados al trámite administrativo³⁷, la existencia de un

³⁷ "[...] (correo electrónico de fecha 5 de marzo de 2007, enviado por LUCIA TORRES funcionaria de ACEMI, correo electrónico de fecha 30 de mayo de 2007, remitido por SANDRA MARCELA CAMACHO funcionaria de ACEMI y archivo adjunto del mismo nombre "Consolidado lista de insumos 04042006", fragmento del archivo electrónico denominado "Costeo No Pos" adjunto al



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

acuerdo anticompetitivo, entre las Entidades Promotoras de Salud, en las que se incluía la parte demandante, consistente en generar un consenso dirigido a afectar la oferta de servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, la transparencia en la información requerida por el regulador para la fijación de la Unidad por captación – UPC y haber forjado un mecanismo que terminó por establecer indirectamente el precio del aseguramiento en salud [...]”.

Ahora bien, como lo ha expresado la Sala en líneas anteriores, el acto administrativo acusado en el caso *sub lite*, ya fue objeto de análisis en varias oportunidades por esta Corporación, por lo que respecto a la cesura analizada en esta ocasión, la Sección Quinta, en sentencia de 19 de julio de 2018, precisó:

“[...]De acuerdo con lo anterior, no le asiste razón a la parte recurrente en el sentido de afirmar que la Superintendencia de Industria y Comercio invirtió la carga probatoria, puesto que de la lectura de los actos demandados se encuentra claramente que el análisis probatorio efectuado por esa entidad se centró en todos los medios que fueron decretados y practicados en la investigación administrativa, de modo que se acreditó con las pruebas documentales, interrogatorios, cuadros explicativos, flujogramas, entre otros, la existencia de una

correo electrónico enviado por SANDRA MARCELA CAMACHO ROJAS, Acta No. 006 del Comité Médico 27/08/2007, Acta No. 006 del Comité Médico de fecha 1 de agosto de 2007, remitida mediante correo enviado el 3 de agosto del mismo año, Flujograma para la interpretación de la cobertura de elementos POS en el correo electrónico con asunto “Acta y documentos posición Acemi interpretación POS del 3 de agosto de 2007”, resumen coberturas lista MPS 03082007 remitida por Acemi a sus agremiadas en el archivo de Exel denominado “Resumen de coberturas lista MPS 03082007”, Acta No. 4 del Comité Médico de ACEMI del 31 de mayo de 2007, fragmento del correo electrónico marcado con el asunto “AGENDA JORNADA DE TRABAJO COMISIÓN PARA HOMOLOGACIÓN MAPIPOS Y PRECISIÓN DE LAS DEFINICIONES DEL MANUAL” de fecha 8 de octubre de 2008, enviado por LEIDY DAYANA PUENTES SANCHEZ analista de sistemas de información de ACEMI. (...)” (CD. Medios Magnéticos 09.21413 – Correos seleccionados sic)



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

estrategia mancomunada para incidir en la fijación del listado de servicios del POS, y consecuentemente, de la UPC, dentro de la cual actuó las empresas demandantes.

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

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

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

Por lo anterior, no se encuentra vicio alguno de falsa motivación o desviación de poder por parte de la Superintendencia, puesto que dentro de la actuación administrativa se encontró que las aquí demandantes incurrieron en la conducta sancionada [...]³⁸". (la Sala subraya).

La misma Sección, en sentencia de 12 de abril de 2018, refiriéndose a la misma cesura, manifestó:

³⁸ *Ibidem.*



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

"[...]Acerca de este otro motivo de disenso, la Sala reitera que las conductas desplegadas por la parte actora junto con las otras EPS agremiadas en ACEMI se enmarca dentro de las prohibiciones enlistadas en los artículos 3 y 5 numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994, bajo la premisa de haberse hallado una simetría en el contenido de las conversaciones enviadas por correo electrónico, en las actas de reuniones y en los testimonios practicados, de los que se extrajo que el objetivo central fue influenciar de manera indirecta la definición del POS.

Debe recordarse que si bien esa facultad, según la normatividad vigente que regula la materia, es propia del Ministerio de Salud y Protección Social, es claro que la información suministrada por las EPS reviste relevancia en el resultado final de la cobertura de servicios.

Ahora bien, la afirmación atinente a que las reuniones solo tenían como propósito elevar peticiones al gobierno nacional como producto de los estudios estadísticos, técnicos, financieros y jurídicos acerca de la problemática que se genera en torno a las distintas interpretaciones del POS, es carente por completo de fundamento.

Así pues, se tiene que no es necesario hacer grandes esfuerzos intelectivos para concluir que las EPS buscaban presentar una propuesta al Ministerio de Salud y Protección Social para la definición del POS basada en una información previamente concertada de manera consciente, la cual tenía por objeto afectar la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, la transparencia en la información y la fijación indirecta de precios de la UPC.

Merece resaltarse que el Estado como regulador del Sistema General de Salud debe velar porque la prestación de ese servicio esencial se haga bajo estrictos parámetros de calidad, seguridad, idoneidad y transparencia, ya que lo que está en juego es la cobertura de los servicios de salud de los habitantes del territorio nacional, de manera que el intercambio de información sensible entre competidores, como lo son las EPS, para presentarla



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

posteriormente al gobierno nacional, sin duda es una conducta que genera una afectación a la libre competencia.

Así las cosas, los argumentos planteados sobre esta censura serán despachados en forma desfavorable, pues la motivación expuesta en las decisiones administrativas cuestionadas son acordes a la realidad de las conductas comprobadas como anticompetitivas³⁹[...]”.

De conformidad con las anteriores consideraciones, que en esta oportunidad deben reiterarse por la coincidencia fáctica y jurídica existente con el caso examinado, y en consonancia con la argumentación que adujo el *a quo* al respecto, que también se acoge, dicho cargo no está llamado a prosperar.

vi) Finalmente, otro de los argumentos del recurso de apelación se contrae a señalar que se hizo un indebido análisis acerca de la violación del derecho de asociación.

Si bien la libre asociación ha sido catalogada como un derecho fundamental en nuestro país, ni su ejercicio ni su connotación

³⁹ *Ibidem*



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

podrán tener carácter absoluto, puesto que deberán desarrollarse de manera armónica y muchas veces conjunta con otros derechos de igual o menor categoría y con los principios y fines constitucionales. Es así como, en un primer escenario, encontramos la legalidad, desde un punto de vista amplio, en el establecimiento de los objetivos, finalidades y de las actividades de las asociaciones como una primera talanquera en el ejercicio libre de este derecho, de manera consiguiente encontramos los derechos ajenos o de los demás, así como el interés general, dentro de lo cual se incluye la libre competencia económica.

Así las cosas, fue el legislador el que, precisamente, expidió la normativa que establece el régimen de protección de la competencia en Colombia, el cual se alza como uno de los límites al derecho de asociación, de manera tal que, en principio, todos los nacionales deberán atender a estas limitantes para poder ejercer legítimamente sus derechos.

Por lo tanto, las Asociaciones Gremiales, como ejercicio del derecho de libre asociación o del ejercicio de libertad de



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

empresa, deben respetar el régimen de libre competencia, especialmente, cuando en su desarrollo puedan identificarse ciertos riesgos anticompetitivos puesto que es de la naturaleza de estas personas jurídicas la agrupación de agentes económicos que compiten entre sí, bien sean personas naturales o jurídicas, en razón a sus actividades. En este contexto, si bien el Estado colombiano ha reconocido la libertad de asociación que tienen las EPS como sujetos de derecho, ésta debe desarrollarse dentro de las condiciones propias de la libre competencia, por lo que no es admisible que se permitan prácticas restrictivas de la competencia, que en últimas afectan al usuario del servicio.

La Sala advierte que, como lo reseñó el *a quo*, la motivación de la sanción impuesta a las Empresas Promotoras de Salud, entre ellas FAMISANAR – EPS, mediante la Resolución 46111 de 2011, no cuestionó el derecho de asociación de la demandante dentro de la Asociación de Medicina Integral-ACEMI, sino su participación en la comisión de la conducta dispuesta en el artículo 3º del Decreto 1663 de 1994, relacionada con la



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

concertación de prácticas anticompetitivas, tal como quedó demostrado dentro de la actuación surtida, por lo que dicho cargo tampoco tiene vocación de prosperar.

Cabe señalar que en el mismo sentido la Sala se ha pronunciado, entre otras, en sentencias de 25 de noviembre de 2019⁴⁰, 30 de julio de 2020⁴¹ y 24 de septiembre de 2020⁴², que ahora se prohíjan, procesos dentro de los cuales también se demandaron los mismos actos aquí cuestionados por diferentes Empresas Promotoras de Salud, pues a través de éstos fueron sancionadas, al igual que la actora, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por situaciones fácticas idénticas.

En este orden de ideas, ninguno de los cargos planteados por la parte demandante tiene la entidad necesaria para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 25 de noviembre de 2019, número único de radicación 11001032400020120067900, CP. Nubia Margoth Peña Garzón.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 30 de julio de 2020, número único de radicación 25000232400020120066200, CP. Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁴² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 24 de septiembre de 2020, número único de radicación 25000232400020120052700, CP. Roberto Augusto Serrato Valdés.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

acusados, razón por la cual la Sala confirmará la decisión de primera instancia, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 10 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección "C", en Descongestión.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 25 de agosto de 2022.



Número único de radicación: **25000232400020120062101**

Actora: **FAMISANAR EPS**

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Salva voto

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

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