

DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Grupo de Trabajo para la Protección y Promoción de la Competencia

INFORME MOTIVADO

VERSIÓN ÚNICA

Radicación 14-103578

Caso “AESEENAR”

2020



EQUIPO RESPONSABLE:

JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

MARÍA CATALINA GASTELBONDO CHIRIVÍ

Coordinadora del Grupo de Trabajo para la Protección y Promoción de la Competencia

SERGIO MARTÍNEZ SANTOS

Abogado

SEBASTIÁN GÓMEZ ALARCÓN

Abogado

LUIS ARMANDO ESTRADA ENCISO

Economista

SERGIO ANDRÉS TAMAYO RIVERA

Economista



Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. ACTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN Y FORMULACIÓN DE PLIEGO DE CARGOS	5
3. ACTUACIONES PROCESALES DURANTE LA INVESTIGACIÓN	7
4. DEFENSA DE LOS INVESTIGADOS.....	9
5. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO OBJETO DE ANÁLISIS	11
5.1. Los mercados de dos lados en el sector de la salud	11
5.3. Zona geográficamente afectada	13
6. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA	15
6.1. Adecuación fáctica.....	15
6.1.1. Fijación de lineamientos y toma de decisiones por parte de AESE respecto de las condiciones para contratar los servicios prestados a las EPS por parte de las ESE asociadas	16
6.1.2. Negociación directa de AESE con las EPS	22
6.1.3. Mecanismos de coerción implementados por AESE para lograr sus objetivos	31
6.2. Adecuación jurídica	35
6.2.1. Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio	36
6.2.2. Infracción al artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 por parte de AESE	38
6.2.3. Responsabilidad de la persona natural investigada	44
7. Afectación al mercado objeto de análisis	44
7.1. Afectación a las negociaciones entre las EPS y las IPS – ESE	44
7.2. Mercado afectado	46
7.2.1. Producto afectado.....	46
7.2.2. Zona geográficamente afectada.....	47
8. RECOMENDACIÓN	49



INFORME MOTIVADO

Radicación: 14-103578

Referencia: Investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

Conductas investigadas: Artículo 4° del Decreto 1663 de 1994.

Investigados:

Persona jurídica:

ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE NARIÑO (en adelante **AESENA**), investigada por haber incurrido en las conductas previstas en el artículo 4° del Decreto 1663 de 1994.

Persona natural:

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ (representante legal de **AESENA**), investigado por haber incurrido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

1. INTRODUCCIÓN

Este documento constituye el informe motivado que, en ejercicio de la función establecida en el numeral 6 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, presenta el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia al Superintendente de Industria y Comercio. La investigación a la que hace referencia este informe tiene por objeto determinar si hubo una infracción al régimen de libre competencia económica de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 1663 de 1994. La investigación formal inició con la Resolución No. 61069 del 6 de noviembre de 2019, mediante la cual se abrió investigación y se formuló pliego de cargos contra **AESENA** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**. A esta última persona se le abrió investigación porque habría contribuido por acción a la realización de los comportamientos investigados y, además, porque habría tolerado su ejecución.

Este informe motivado expondrá los argumentos por los que la Delegatura considera que **AESENA** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** llevaron a cabo prácticas restrictivas de la libre competencia económica. Estas conductas se desarrollaron en el mercado de contratación para la prestación de los servicios de salud en algunos municipios del departamento de Nariño para el periodo comprendido entre los años 2013 y 2018.

AESENA es una asociación que se creó el 21 de enero de 2013 por varias **EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO (ESE)** de algunos municipios del departamento de Nariño. Su objeto es promover el desarrollo integral de las entidades asociadas y la cultura de asociación, respeto, apoyo, dedicación, participación entre los asociados y sus estamentos. Su función también incluye



actividades para estimular el diseño y ejecución de planes, políticas, programas, proyectos, y actividades conjuntas o vinculadas al desarrollo territorial que redunden en el beneficio económico y social de las comunidades. Así mismo, la asociación tiene el objetivo de velar por la rentabilidad y seguridad financiera, la producción y comercialización de bienes y servicios requeridos por los asociados para el cumplimiento de sus respectivos objetos, misiones y visiones institucionales, y la gestión y vocería ante el gobierno nacional y departamental de la red hospitalaria del departamento de Nariño.

Sin embargo, como lo demostrará Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la Delegatura) en este informe motivado, **AESE** adoptó decisiones y políticas internas que afectaron la libre competencia económica. La conducta fue desplegada por **AESE** a través de tres acciones realizadas entre los años 2013 y 2018, como se expondrá a continuación.

En primer lugar, **AESE** fijó lineamientos y tomó decisiones relacionadas con las condiciones de contratación que las **ESE** asociadas debían presentar a las **ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD** (en adelante **EPS**). En segundo lugar, en representación de las **ESE** asociadas adelantó negociaciones directas para la contratación de la prestación de los servicios de salud con las **EPS** del departamento de Nariño, negociaciones que debían ser adelantadas de forma individual por cada una de las **ESE** asociadas. En tercer lugar, **AESE** implementó mecanismos de coerción en contra de las **EPS** cuando estas se negaban a aceptar las condiciones de contratación de la prestación de los servicios de salud propuestas por la asociación. En relación con **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** (representante legal de **AESE**), esta Delegatura demostró que participó en las conductas anticompetitivas investigadas a través de la autorización, ejecución, facilitación, tolerancia o colaboración en las acciones desplegadas por **AESE**.

Con el fin de exponer el problema jurídico planteado en la investigación y el desarrollo que se dio durante el trámite administrativo, este informe tendrá la siguiente estructura. Primero, la Delegatura presentará los argumentos por los que se abrió la investigación y hará un recuento de las actuaciones procesales que se adelantaron durante la investigación administrativa. Segundo, este informe expondrá los argumentos de defensa de los investigados. Tercero, se realizará la caracterización del mercado objeto de análisis en este trámite administrativo. Cuarto, la Delegatura analizará las conductas de los investigados desde su adecuación fáctica y jurídica. Quinto, la Delegatura realizará el análisis relacionado con la afectación al mercado. Por último, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentará la recomendación de sanción al despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

2. ACTO DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN Y FORMULACIÓN DE PLIEGO DE CARGOS

La presente actuación administrativa inició con la comunicación radicada con el No. 14-103578-00 del 14 de mayo de 2014¹, remitida por la **ASOCIACIÓN**

¹ Folio 1 al 48 del cuaderno público No. 1 del expediente.



MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E.S.S. (en adelante **EMSSANAR**). En esta comunicación **EMSSANAR** denunció que **AESEENAR** se encontraba realizando acuerdos contrarios a la libre competencia y prácticas comerciales restrictivas en la contratación de la prestación de servicios de salud para los afiliados del régimen subsidiado. El denunciante manifestó que el 13 de enero de 2014 **AESEENAR** le envió un oficio en el que proponía negociar las tarifas de contratación de servicios de salud del año 2014 de manera grupal. En el mismo oficio **AESEENAR** también impartía instrucciones y adoptaba decisiones que interferían en el libre juego de la competencia en el mercado de la prestación de servicios de salud del departamento de Nariño².

Mediante memorando radicado con el No. 14-103578-9 del 30 de junio de 2016³, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó dar inicio a una averiguación preliminar con el fin de “establecer si existe evidencia que determine la necesidad de iniciar una investigación por la realización de presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia, por parte de la ASOCIACIÓN DE EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO DE NARIÑO – **AESEENAR**”. Surtida la etapa preliminar, a través de la Resolución No. 61069 del 6 de noviembre de 2019⁴, la Delegatura abrió investigación formal contra **AESEENAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**.

Respecto de la conducta de **AESEENAR** la Delegatura determinó que la asociación falseó la libre competencia en el mercado de la contratación de la prestación de los servicios de salud en algunos municipios del departamento de Nariño. Por tanto, la asociación incurrió en la conducta descrita en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. **AESEENAR** realizó esta conducta aprovechando su posición como agremiación de las **ESE** y a través de medidas coercitivas encaminadas a impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud, como se enuncia a continuación.

En primer lugar, **AESEENAR** restringió la libre competencia en el mercado afectado al fijar lineamientos y tomar decisiones relacionadas con las condiciones para la contratación de la prestación de los servicios de salud, que la asociación presentaba en nombre de las **ESE** agremiadas a las **EPS** del departamento de Nariño. **AESEENAR** desconoció que las negociaciones entre las **EPS** y las **ESE** se deben realizar de manera libre, autónoma y directa, con la posibilidad de que los agentes establezcan las condiciones particulares para cada caso⁵. **AESEENAR** limitó la libertad de negociación que debía existir entre las **EPS** y las **ESE** al fijar lineamientos estandarizados que todas las **EPS** debían aceptar en caso de querer contratar con una **ESE** asociada.

En segundo lugar, la Delegatura evidenció que para el período comprendido entre los años 2013 y 2018, **AESEENAR** adelantó negociaciones directas para la contratación de la prestación de los servicios de salud que las **ESE** asociadas prestarían a las **EPS**. La asociación anualmente enviaba comunicaciones o

² Folio 2 al 3 del cuaderno público No. 1 del expediente.

³ Folio 626 del Cuaderno público No. 3 del expediente.

⁴ Folios 1103 a 1151 del cuaderno público No. 10 del expediente.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-745 de 2013. M.P. J. I. Pretelt.



realizaba reuniones con diferentes **EPS** presentes en el departamento de Nariño con el fin de adelantar negociaciones para la contratación de los servicios de salud en nombre de las **ESE** asociadas.

En tercer lugar, **AESENAR** tomó medidas coercitivas con el fin de asegurar que los contratos entre las **EPS** y las **ESE** se celebraran de acuerdo con las condiciones de contratación de la prestación de los servicios de salud fijadas por la asociación. **AESENAR** enviaba comunicaciones a las **EPS** informando que suspendería los servicios de salud cuando no lograban acuerdos para la contratación de los servicios de salud en los términos fijados por la agremiación.

Por último, la Delegatura indicó que **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, como presidente y representante legal de **AESENAR**, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Lo anterior por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas imputadas a la asociación.

3. ACTUACIONES PROCESALES DURANTE LA INVESTIGACIÓN

A través de la Resolución No. 61069 del 6 de noviembre de 2019⁶, la Delegatura dio inicio a una investigación formal y formuló pliego de cargos contra **AESENAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**. Adicionalmente, en el curso de la investigación se profirieron las siguientes resoluciones:

Tabla No. 1.
Resoluciones expedidas en la actuación administrativa

Número de resolución	Fecha	Objeto
3200	4 de febrero de 2020 ⁷	“Por la cual se decide sobre la práctica de unas pruebas dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la libre competencia económica”
10773	12 de marzo de 2020 ⁸	“Por la cual se cierra la etapa de pruebas dentro de una investigación y se fija fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata el inciso tercero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1993 modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012”
29252	17 de junio de 2020 ⁹	“Por la cual se reprograma la práctica de la audiencia de que trata el inciso tercero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1993, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012”

⁶ Folios 1103 a 1151 del cuaderno público No. 10 del expediente.

⁷ Folios 1673 a 1675 cuaderno público No. 10 del expediente.

⁸ CD folio 1748 del cuaderno público No. 10 del expediente.

⁹ Folios 1752 a 1753 del cuaderno público digital No. 11 del expediente.



Mediante comunicación identificada con radicado No. 14-103578-256 del 16 marzo del 2020, la Delegatura informó a los investigados de la suspensión de la audiencia de que trata el inciso tercero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. Esa audiencia había sido programada a través de la Resolución No. 10773 de 2020 para el 24 de marzo de 2020. El fundamento de esa decisión estribó en lo establecido en la Resolución No. 11792 del 16 de marzo de 2020, en la que se determinó que los términos procesales de los trámites administrativos sancionatorios que adelanta la Delegatura quedaron suspendidos a partir del 16 de marzo de 2020. Los términos procesales fueron reanudados a través de la resolución No. 28182 del 12 de junio de 2020. Debido a esto, a través de la Resolución No. 29252 del 17 de junio de 2020 se fijó como nueva fecha para realizar la audiencia el 3 de julio de 2020. Esta resolución fue debidamente comunicada, sin embargo, los investigados no se hicieron presentes.

Posteriormente, el 14 de agosto de 2020 **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** presentó una solicitud de reprogramación de la audiencia de que trata el inciso tercero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1993, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. El investigado sustentó su solicitud en tres argumentos. En primer lugar, que la resolución no había sido comunicada por correo certificado como había ocurrido con las otras resoluciones. En segundo lugar, que no había podido tener acceso al correo de **AESENAR** debido al aislamiento preventivo ordenado por la pandemia debido a que, como médico, tuvo contacto con pacientes contagiados con COVID 19. Finalmente, que desde el 10 de febrero de 2020 la asociación entró en trámite de liquidación, por lo que ya no cuenta con oficina ni secretario.

La solicitud del investigado no es procedente por dos razones. En primer lugar, la resolución por la que se programó la audiencia fue comunicada en debida forma. Como se puede constatar en el expediente, todas las resoluciones expedidas después de la apertura de investigación fueron comunicadas a los investigados a través del correo electrónico aesenar2013@gmail.com, que fue el que autorizaron para ese propósito en sus descargos. Además, como puede ser constatado a través de los consecutivos 14-103578-261 y 14-103578-262 del expediente, la Resolución No. 29252 del 17 de junio de 2020 fue comunicada por correo electrónico certificado de 4-72.

En segundo lugar, es de resaltar que el aislamiento preventivo por motivos de la pandemia por COVID-19 o la falta de oficina física y secretario no son justificaciones suficientes para solicitar la reprogramación de la audiencia que se realizó de manera virtual. Esto debido a que de conformidad con el artículo 3 del Decreto 491 de 2020, mientras permanezca vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 de 2020, prorrogada a través la Resolución 1462 de 2020, las actuaciones administrativas sancionatorias en materia de protección de la competencia se adelantarán mediante la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones habilitadas por la Superintendencia. Debido a esto, tanto la comunicación por correo electrónico de la resolución, como la programación de la audiencia a través de plataformas electrónicas, son los medios idóneos para continuar con este trámite administrativo.



De acuerdo con los argumentos expuestos se concluye que la Superintendencia dispuso todos los medios tecnológicos idóneos para que los investigados no se tuvieran que desplazar físicamente para presentarse a la audiencia citada. Tampoco encuentra la Delegatura justificación en el hecho de que los investigados no contaban con oficina o secretario para tener acceso al correo o a la audiencia, pues esto lo podían hacer desde cualquier computador sin importar el lugar en el que se encontraran. Además, la Delegatura comunicó la resolución al correo electrónico autorizado por los investigados para esos fines a través de correo electrónico certificado. Por los motivos expuestos, la Delegatura no encuentra motivos suficientes para reprogramar la audiencia de que el inciso tercero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1993, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

4. DEFENSA DE LOS INVESTIGADOS

En este numeral la Delegatura presentará los argumentos de defensa aducidos por los investigados en sus escritos de descargos¹⁰. Los investigados no se presentaron a la audiencia de que trata el inciso tercero artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, a pesar de que la resolución por la que se fijó la fecha y hora de esta audiencia (Resolución No. 29252 del 17 de junio de 2020) fue comunicada en debida forma¹¹.

Teniendo en cuenta que los investigados **AESENA**R y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** presentaron un mismo escrito de descargos, los argumentos serán expuestos de manera conjunta.

En primer lugar, los investigados manifestaron que las reuniones adelantadas con asociados de **AESENA**R se realizaban con la única finalidad de hacer un estudio de las condiciones generales frente a las cuales cada una de las **ESE** asociadas entrarían a adelantar las negociaciones de manera individual con las **EPS**. En concepto de los investigados, esa conducta no podía ser considerada como un direccionamiento ni como la toma de decisiones sobre las condiciones bajo las cuales cada una de las asociadas debía negociar para suscribir sus respectivos contratos. **AESENA**R y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** afirmaron que dichas actuaciones se adelantaron en el desarrollo del objeto social de la asociación y en cumplimiento de la función especial contenida en el numeral 5 del artículo primero de los estatutos de **AESENA**R, que le atribuye la función de "garantizar la rentabilidad y seguridad financiera" de las **ESE** asociadas.

En segundo lugar, **AESENA**R y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** argumentaron que sus actuaciones no buscaban fijar las condiciones que las **EPS** debían aceptar al momento de contratar con las **ESE** asociadas. Dichas acciones buscaban esbozar unas ideas de carácter general para que cada uno de los gerentes de las **ESE** asociadas las tuvieran presentes para agilizar la contratación de los servicios de salud. Lo anterior teniendo en cuenta las características particulares de cada una de las empresas bajo su dirección.

¹⁰ Descargos de **AESENA**R y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** ubicados en los folios 1614 a 1655 del cuaderno público No.10 del expediente.

¹¹ Folios 1756 a 1758 del cuaderno público No. 11 digital.



En tercer lugar, los investigados expusieron que la asociación estudió y analizó las condiciones de mercado de los servicios de salud con el fin de buscar las mejores propuestas en beneficio de las **ESE** asociadas, de manera que se garantizara la adecuada prestación de dichos servicios. Por esta razón, indicaron que no se puede considerar este comportamiento como una afección a la libre competencia económica porque cada **ESE** contrató de manera individual y directa estableciendo las condiciones particulares para cada caso.

En cuarto lugar, **AESENA** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** manifestaron que no es cierto que hayan implementado "mecanismos de coerción" para obligar a las **EPS** a contratar en las condiciones establecidas por la asociación. Indicaron que las **ESE** están en la obligación de velar por el constante flujo de los recursos que le permitan funcionar y prestar de manera adecuada el servicio de salud por tratarse de una actividad económica. En este sentido afirmaron que los recursos garantizan la existencia de las **ESE** pues las mismas se sostienen por la venta de servicios. Agregaron que la suspensión de servicios enunciada en la imputación jamás se empleó para exigir el pago de obligaciones a cargo de sus aseguradores ni como un mecanismo para presionar la contratación con las **EPS**. Los investigados indicaron que estas fueron medidas preventivas orientadas a garantizar la continua prestación del servicio de salud, teniendo en cuenta que la manifestación de la suspensión de los servicios exceptuó las urgencias vitales.

En quinto lugar, los investigados mencionaron que la elaboración de una minuta de contratación obedeció a la intención de **AESENA** de crear un documento acorde con la normativa vigente en materia de salud. Esto con el fin de que el documento sirviera de base para que las **ESE** asociadas contrataran de forma individual con las **EPS** haciendo los ajustes que consideraran necesarios en el proceso de negociación y no como camisa de fuerza para la suscripción de los contratos. De igual forma, **AESENA** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** manifestaron en su defensa que la elaboración de una minuta de contratación permitía agilizar los procesos de contratación entre las **EPS** y las **ESE**.

En sexto lugar, los investigados informaron que frente a las posibles contradicciones existentes en las actas de reuniones de asociadas obrantes en el expediente debe darse pleno valor a las actas de reunión de asociados que están debidamente suscritas. Es decir, las actas que cuenten con la firma de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**.

Por último, **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** argumentó que como presidente de **AESENA** no fijó los términos de contratación de los servicios de salud. Además, indicó que no adelantó negociaciones directas con las **EPS** sin permitir la negociación entre las **ESE** y las **EPS** de manera libre. También mencionó que no propició la implementación de medios coercitivos con el fin de asegurar la contratación de acuerdo a las condiciones previamente fijadas por la asociación. Finalmente, **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** sostuvo que, de conformidad con los Estatutos de la asociación, en el artículo 26.1 se le atribuyeron unas funciones que no implican labores de dirección que conlleven la



adopción de acciones pues estas competen a la Asamblea General de Socios y él actúa como un vocero de las decisiones que se adoptan al interior de la asociación.

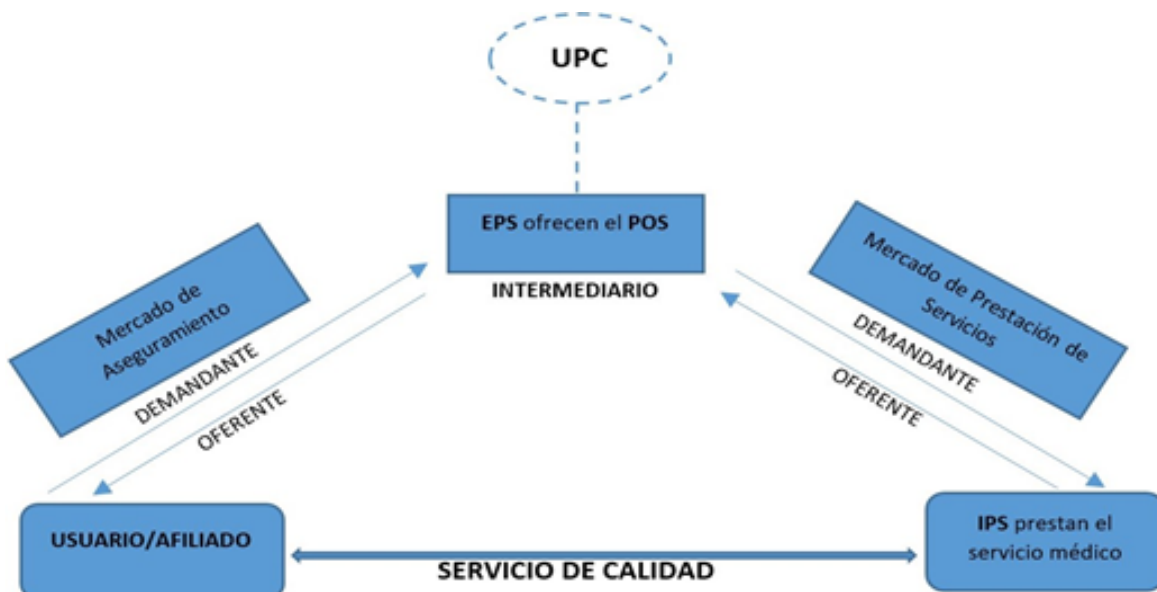
5. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO OBJETO DE ANÁLISIS

En este capítulo la Delegatura caracterizará el mercado que es objeto de análisis por la conducta anticompetitiva investigada en el presente caso. Primero, la Delegatura expondrá los mercados de dos lados en el sector de la salud. Segundo, se describirá la forma en la que opera la negociación entre las **EPS** y las **INSTITUCIONES PRESTADORAS DEL SERVICIO DE SALUD** (en adelante **IPS**) privadas y públicas (**ESE**) que concurren en el mercado de prestación de servicios de salud. Y tercero, la Delegatura establecerá el mercado geográfico en este caso.

5.1. Los mercados de dos lados en el sector de la salud

Como se analizó en la Resolución No. 61069 del 6 de noviembre de 2019¹², las **EPS** tienen una labor de intermediarias en los dos lados del mercado de salud, a saber, entre los usuarios del sistema de salud (mercado de aseguramiento) y las **IPS** o **ESE** (mercado de prestación de servicios), según sea el caso. Así mismo, la Delegatura indicó que esta intermediación es fundamental para alcanzar los objetivos del **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS)**, puesto que permite la interacción de diferentes actores del sistema. De esta forma, las **EPS** conectan la oferta y la demanda de los servicios de salud en ambos lados del mercado entre los afiliados y las **IPS**, como se ilustra en la siguiente figura.

Figura No. 1 mercados de dos lados en el sector de la salud



Fuente: Elaboración Superintendencia

¹² Folios 1103 a 1151 del cuaderno público No.10 del expediente.

El mercado de aseguramiento y el mercado de prestación de servicios de salud se conectan a través de las **EPS** de la siguiente manera. Por un lado, en el mercado de aseguramiento la relación entre aseguradores y usuarios se da cuando los usuarios desean afiliarse a una **EPS**. En este sentido, las **EPS** actúan como oferentes de este mercado. En esta relación el usuario delega en las **EPS** el valor de la prima que cubre sus gastos, es decir, la **UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN** (en adelante **UPC**), y recibe a cambio un paquete de beneficios, denominado **PLAN OBLIGATORIO DE SALUD** (en adelante **POS**).

Por el otro lado, **el mercado de prestación de servicios de salud** permite la relación entre las **EPS** y las **IPS** sean públicas o privadas. Esta interacción se presenta de forma contractual, pues las **EPS** requieren contratar con una **IPS** la atención y los servicios médicos, es decir, actúan como demandantes del servicio. La relación consiste en la atención médica y el pago de los servicios médicos. Los principales puntos de negociación son la fijación de las tarifas, la composición de la población, el tipo de contratación y la forma de pago

5.2. Negociaciones entre las EPS y las IPS – ESE

Las **IPS** públicas y privadas ofrecen los mismos servicios de salud de acuerdo con los niveles de atención. No obstante, existen algunos elementos diferenciadores entre instituciones, como la capacidad de las instalaciones, la ubicación geográfica o la población objetivo de atención.

En el desarrollo de la negociación y suscripción de los contratos entre **EPS** e **IPS** existen unos requisitos mínimos a cargo de los dos agentes. Estos requisitos están establecidos en el Decreto 4747 de 2007 – Capítulo II Contratación entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud. Adicionalmente, la Resolución No.5261 de 1994¹³ establece los distintos niveles de atención, que son un factor determinante al momento de la suscripción de los contratos.

Así las cosas, las **EPS** tienen total libertad para contratar con las **IPS**, ya sean públicas (**ESE**) o privadas, de acuerdo con el nivel de atención que cada una de ellas ofrezca. Sobre la libre escogencia para la contratación la Corte Constitucional¹⁴ se pronunció en los siguientes términos:

“De tal modo que la libertad de escogencia es un derecho de doble vía, pues en primer lugar, es una facultad de los usuarios para escoger tanto las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud, como las IPS en las que se suministrará la atención en salud y en segundo lugar, es una potestad de las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno. Las EPS tienen la libertad de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad”.

Es importante mencionar que en esta relación no todas las **IPS** tienen la misma capacidad de negociación frente a la **EPS**, ya que existen **IPS** que no cuentan con

¹³ Artículos 42 al 46 de la Resolución No.5261 de 1994.

¹⁴ Sentencia T-745 de 2013. M.P. J. I. Pretelt



los profesionales especializados ni con los establecimientos adecuados –en cuanto a instalaciones, capacidad instalada y equipos médicos– que pueden ofrecer otras **IPS**. De igual manera se debe tener en cuenta que el tamaño del territorio, así como el tamaño de la población del municipio, pueden influir en la necesidad de contratación de las **EPS** y en la capacidad de negociación de las **IPS**.

5.3. Zona geográficamente afectada

Como se describió en la Resolución No. 61069 de 2019, el departamento de Nariño cuenta con 13 **EPS** habilitadas para adelantar la contratación de la prestación de servicios de salud con las diferentes **IPS** (públicas, privadas o mixtas) establecidas en el departamento. Para la fecha de expedición de la resolución de apertura, en el departamento de Nariño se identificaron 81 **IPS** según el informe de prestadores del sistema de información hospitalaria (en adelante **SIHO**) de la Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria del **MINSALUD**¹⁵. La distribución de las **IPS** es la siguiente: 63 son municipales que atienden en primer nivel, 13 indígenas también de primer nivel y 5 departamentales, de las cuales 4 son de segundo nivel y una de tercer nivel. Hay 13 **IPS** privadas o mixtas, todas de primer nivel. Adicionalmente, en Nariño hay 68 **ESE**, de las cuales 63 son de primer nivel, 4 de segundo nivel y una de tercer nivel. Por lo anterior, se concluye que en Nariño predomina la prestación del servicio de salud de carácter municipal, público y de primer nivel con 77,7% de participación.

Además, como se señaló en la Resolución No. 61069 de 2019, en el departamento de Nariño hay presencia de una asociación de **ESE** denominada **AESEENAR**. Para el año 2013 **AESEENAR** –fecha de la constitución de la asociación– reunió a 46 **ESE** de diferentes municipios. De lo anterior, la Delegatura identificó que de las 63 **IPS** municipales, públicas y de primer nivel para el periodo comprendido entre 2013 y 2018, 40 **ESE** estuvieron asociadas a **AESEENAR** y 28 de ellas tenían presencia en municipios donde eran los únicos habilitados para prestar los servicios de salud¹⁶. De esta forma, el área geográfica afectada por la conducta anticompetitiva es cada municipio de Nariño en el que tiene influencia **AESEENAR** (en adelante zona geográfica afectada en el departamento de Nariño), como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla No.2. ESE asociadas a AESEENAR 2013 – 2018

No.	ESE	MUNICIPIO	2013	2014	2015	2016	2017	2018
1	ESE Juan Pablo II	Linares	X	X			X	X
2	Centro Hospital San Luis ESE	El Tambo	X	X	X	X		
3	ESE Centro de Salud Los Andes	Sotomayor	X					
4	Centro de Salud San Lorenzo	San Lorenzo	X	X	X			

¹⁵ **MINSALUD. SIHO.** Informes. IPS por nivel. Ver: <https://prestadores.minsalud.gov.co/siho/informes/ipspornivel.aspx?pageTitle=IPS+por+Nivel+de+Atenci%u00f3n&pageHlp=%2fSIHO%2fayudas%2finformes%2fcaracterizacion.pdf>. Consulta: 5 de septiembre de 2019.

¹⁶ Folio 1542 del cuaderno público No. 9. Ubicación: G:\Superintendencia industria y comercio\003-ITEM II Y VIII.



	ESE							
5	San José de Albán ESE	San José de Albán	X	X			X	
6	ESE San Pedro de Cumbitara	Cumbitara	X					
7	Centro Hospital Luis Antonio Montero	Potosí	X	X		X	X	X
8	ESE Virgen de Lourdes	Buesaco	X	X	X			
9	ESE Nuestro Señor de la Divina Misericordia	Puerres	X	X	X			X
10	Centro de Salud Señor de los Milagros ESE	Gualmatán	X	X	X	X	X	X
11	ESE Guaitarilla	Guaitarilla	X	X	X	X	X	
12	Centro de Salud Luis Acosta ESE	La Unión	X	x				
13	ESE Taminango	Taminango	X	X	X			
14	ESE Centro de Salud Policarpa	Policarpa	X	X	X			
15	Centro Hospital de La Florida ESE	La Florida	X	X	X	X	X	X
16	ESE Pupiales	Pupiales	X				X	X
17	Centro de Salud Saludya ESE	Yacuanquer	X	X	X		X	X
18	ESE Centro de Salud San Sebastián	Nariño	X	X	X	X		
19	ESE Centro de Salud San Miguel	Arboleda	X	X	X			X
20	Centro de Salud Ancuyá ESE	Ancuyá	X	X	X	X	X	X
21	ESE Guachavez	Santa Cruz	X				X	X
22	Hospital San Carlos ESE	San Pablo	X					
23	ESE Centro de Salud Tablón de Gómez	El Tablón de Gómez	X	X	X		X	
24	ESE Hospital Clarita Santos de Sandona	Sandona	X		X			
25	Centro de Salud San Bartolomé ESE	Córdoba	X	X	X	X	X	X
26	Centro de Salud Consacá	Consacá	X	X	X	X		
27	Centro de Salud Iles	Iles	X	X	X			
28	Hospital ESE Lorencita Villegas de Santos	Samaniego		X		X	X	X
29	Centro de Salud Nuestra Señora de Fátima	Chachagüi		X				
30	Hospital Guachucal ESE	Guachucal		X	X	X	X	X
31	ESE Centro de Salud San Juan Bosco	La Llanada			X			
32	Divino Niño ESE	Tumaco			X			
33	ESE Centro de Salud Funes	Funes					X	X
34	Centro de Salud Sapuyes ESE	Sapuyes					X	
35	ESE Nuestra Señora del Pilar	Aldana					X	
36	Hospital El Buen Samaritano	La Cruz					X	X
37	Centro de Salud Cartago ESE	San Pedro de Cartago					X	X
38	Hospital Cumbal	Cumbal					X	
39	Hospital Civil de Ipiales	Ipiales					X	X
40	IPS Guachavez	Santa Cruz						X



Fuente: Elaboración Superintendencia con base en datos tomados del expediente¹⁷.

5.4. Conclusión del mercado objeto de análisis

De acuerdo con la información que obra en el expediente, el mercado objeto de análisis corresponde al de la contratación de los servicios de salud realizada entre las **EPS** y **IPS** en los municipios señalados en la tabla No. 2. Como se expuso a lo largo de esta investigación, el mercado de salud es de dos lados: de un lado está el mercado de aseguramiento en el que interactúan los usuarios y las **EPS**; del otro lado está el mercado de prestación de servicios de salud en el que interactúan las **EPS** y las **IPS** o **ESE** según sea el caso. Para el caso particular, la contratación entre las **EPS** y **ESE** se debe dar de manera libre y de acuerdo a las condiciones particulares de cada uno de los agentes que participe en la transacción. En caso de que esta negociación entre las **EPS** y las **ESE** se vea afectada en alguna medida, puede tener efectos adversos en el otro lado del mercado, es decir, en el mercado de aseguramiento. Debido a esto, como se expone en este informe motivado, el mercado afectado por la conducta investigada es la contratación para la prestación de los servicios de salud en la zona geográfica afectada en el departamento de Nariño.

6. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

6.1. Adecuación fáctica

En este acápite se expondrán las pruebas que dan cuenta de la conducta desplegada por **AESEENAR**. Para la Delegatura, **AESEENAR** restringió la libre competencia en el mercado de la contratación de los servicios de salud en algunos municipios del departamento de Nariño en el periodo comprendido entre los años 2013 y 2018. Esta conducta se desplegó a través de tres situaciones. Primero, **AESEENAR** fijó lineamientos y tomó decisiones relacionadas con las condiciones de contratación de la prestación de los servicios de salud que debían ser presentadas a las **EPS** que quisieran contratar sus **ESE** asociadas. Segundo, **AESEENAR** adelantó negociaciones directas para la contratación de la prestación de los servicios de salud con las **EPS** del departamento de Nariño en nombre de sus **ESE** asociadas. Tercero, **AESEENAR** implementó mecanismos de coerción en el caso en que las **EPS** se negaran a aceptar las condiciones para la contratación de la prestación de los servicios de salud establecidas por la asociación.

Las situaciones mencionadas se describieron de forma detallada en la formulación de la imputación¹⁸. Para esta Delegatura esos comportamientos cuentan con un respaldo probatorio suficiente que no fue desvirtuado por **AESEENAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** en el curso de esta actuación. En consecuencia, se realizará la adecuación fáctica teniendo en cuenta algunos elementos ya descritos dentro de la citada resolución y también se tendrán en cuenta elementos adicionales identificados en el curso de la investigación formal.

¹⁷ Folio 1542 del Cuaderno Público No.9 del Expediente. Ubicación: G:\Superintendencia industria y comercio\003- ITEM II Y VIII.

¹⁸ Folios 1103 a 1151 del cuaderno público No.10 del expediente.



6.1.1. Fijación de lineamientos y toma de decisiones por parte de **AESE** respecto de las condiciones para contratar los servicios prestados a las **EPS** por parte de las **ESE** asociadas

La Delegatura probó que las negociaciones entre las **EPS** y las **ESE** asociadas a **AESE** no se realizaron de manera libre, autónoma y directa, de tal forma que otorgara la posibilidad de negociación entre los agentes conforme a las condiciones de contratación que obedecieran a sus circunstancias particulares¹⁹. **AESE** limitó la libertad de negociación que debía existir entre las **EPS** y las **ESE** asociadas de manera individual. En este orden de ideas, **AESE** fijó los lineamientos que las **EPS** presentes en el departamento de Nariño debían aceptar al momento de querer contratar con una **ESE** asociada.

La fijación de lineamientos y toma de decisiones por parte de **AESE** se probó a través de documentos obrantes en el expediente y mediante las declaraciones rendidas por los investigados. En primer lugar, la conducta de **AESE** se evidenció por medio de las actas de reunión de asamblea de socios en las que se definieron las propuestas de contratación para los servicios de salud que presentaría **AESE**, en nombre de las **ESE** asociadas, a las **EPS** del departamento de Nariño durante los años 2013 a 2018. En segundo lugar, **AESE** buscó mecanismos para asegurar que las condiciones para la contratación de la prestación de los servicios de salud presentadas a las **EPS** fueran efectivamente contratadas. Así, **AESE** contrató un profesional para que elaborara una minuta de contratación que presentó a las **EPS**. Adicionalmente, **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, representante legal de **AESE**, al rendir declaración manifestó que las reuniones que se realizaban *“iniciando el año era exclusivamente para la contratación con las diferentes ESE con las diferentes EPS empezando el año”*²⁰.

En relación con las actas de reunión de asambleas de **AESE**, esos documentos dan cuenta de que en las reuniones llevadas a cabo al interior de la asociación se fijaban los lineamientos y se tomaron decisiones respecto de las propuestas de contratación que le presentaría la asociación a las **EPS** en nombre de las **ESE** asociadas. Al respecto, la asociación fijó los lineamientos con los que pretendía hacer negociaciones globales con las **EPS**, por ejemplo, se fijó la propuesta para el aumento de la **UPC** de cada año. Las propuestas de negociación de los servicios de salud eran presentadas por parte de **AESE** en nombre de las **ESE** asociadas de acuerdo con lo establecido en las reuniones de asociados. Esto impidió que las **EPS** negociaran de forma libre e individual con cada una de las **ESE** a pesar de que **AESE** era consciente de que su forma de negociar no era la idónea debido a que impide que las **EPS** contraten con las **ESE** de manera libre acuerdo a las características particulares. Además, este tipo de negociaciones generaron retraso en la legalización de los contratos entre las **EPS** y las **ESE**. Estas circunstancias llevaron a la violación del régimen de libre competencia económica aplicable.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-745 de 2013. M.P. J. I. Pretelt.

²⁰ Minutos 26:16 a 27:08 de la declaración de parte de **AESE** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**. Folio 1421 del cuaderno público No. 10 del expediente.



Prueba de lo anterior se encuentra en las siguientes actas de reunión de asociados, que fueron citadas y descritas en la Resolución No. 61069 de 2019:

Tabla No. 3. Actas de reunión de asociados de AESEENAR

Actas de reunión de asociados de AESEENAR
Acta del 23 de diciembre de 2013 ²¹
Acta del 28 de octubre de 2013 ²²
Acta del 24 de febrero de 2014 ²³
Acta del 11 de marzo de 2014 ²⁴
Acta del 31 de marzo de 2014 ²⁵
Acta del 12 de septiembre de 2016 ²⁶
Acta del 23 de enero de 2017 ²⁷
Acta del 21 de mayo de 2018 ²⁸

En estas actas la Delegatura encontró varios elementos que configuraron la conducta reprochada. (i) Dentro del orden del día de las reuniones de asociados se incluía definir las propuestas de contratación con las **EPS**²⁹; (ii) **AESEENAR** creó una comisión dentro de la asociación en la que se fijaban las propuestas de contratación³⁰; (iii) **AESEENAR** tuvo acercamientos con las **EPS** para presentar la propuesta establecida y realizó, de manera directa, las negociaciones con base en esa propuesta³¹; (iv) los asociados entendían que la forma como se estaban adelantando las negociaciones generaba inconvenientes para llegar a acuerdos con algunas **EPS**³²; (v) dentro de la asociación se conocía que la **EPS INDÍGENA MALLAMAS** (en adelante **MALLAMAS**) solicitó negociar de forma individual con cada **ESE**³³; (vi) **AESEENAR** logró que sus asociadas contrataran con **COMFAMILIAR** en los términos que habían sido fijados al interior de la asociación sin tener en cuenta la negociación individual que solicitaban las **EPS**³⁴; (vii) en el año 2016 se determinó no firmar contratos de prestación de servicios por no existir garantías³⁵; (viii) al interior de la asociación determinaron trabajar conjuntamente

²¹ Folios 613 a 614 del cuaderno público No. 3 del expediente.

²² Folio 615 del cuaderno público No. 3 del expediente.

²³ Folios 618 a 620 del cuaderno público No. 3 del expediente.

²⁴ Folios 621 a 623 del cuaderno público No. 3 del expediente.

²⁵ Folios 624 a 625 del cuaderno público No. 3 del expediente.

²⁶ OID 325991. Path.
02_WEB_CAMILO_ROMERO.ad1/Outlook:C:\Users\Administrator\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2014-103578\02_WEB_CAMILO_ROMERO\DATOS\aeselar2013@gmail.com.ost/[root]/RaÃz - BuzÃ³n/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/MODELO DE ACTA AESEENAR/ACTA DE REUNION DE SEPTIEMBRE.docx

²⁷ Folio 1334 del cuaderno público No. 8.

²⁸ OID 98128. Path. 01_PC_CAMILO_ROMERO.ad1/C:\Windows [NTFS]/[root]/Users/AESEENAR/Downloads/ACTA DE REUNION 21 DE MAYO DEL 2018.docx

²⁹ Folios 613 a 615 del cuaderno público No. 3 del expediente.

³⁰ Folios 618 a 620 del cuaderno público No. 3 del expediente.

³¹ Folios 621 a 623 del cuaderno público No. 3 del expediente.

³² Folios 624 a 625 del cuaderno público No. 3 del expediente.

³³ Folios 624 a 625 del cuaderno público No. 3 del expediente.

³⁴ Folios 624 a 625 del cuaderno público No. 3 del expediente.

³⁵ OID 325991. Path.
02_WEB_CAMILO_ROMERO.ad1/Outlook:C:\Users\Administrator\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2014-103578\02_WEB_CAMILO_ROMERO\DATOS\aeselar2013@gmail.com.ost/[root]/RaÃz -



en hacer negociación global “que garantice buenos resultados y beneficios para todos los asociados”³⁶.

El acta de reunión de asociados del 24 de febrero de 2014³⁷ es un claro ejemplo de cómo se tomaban las decisiones al interior de la asociación. En el acta se evidencia cómo se acordó la propuesta de contratación que la asociación presentaría a las diferentes **EPS**.

“(…) la comisión ha considerado que la contratación que se propone quede de la siguiente manera:

1. Recuperación de la salud y medicamentos de recuperación capitados, se propondrá a la EPS el mismo porcentaje que se venía contratando en el año 2013, pero con una UPC base de contratación que tenga un incremento del 15% referente a la del año anterior esto para las ESES que tienen UPC corriente, es decir por ejemplo la EPS Emssanar tiene UPC base de contratación \$ 310.000, a este valor le incrementaríamos un 15% esto es \$ 46.500 pesos, por lo cual la UPC base sobre la que se calculara el porcentaje de capitación será de \$ 356.500, en que se fundamente la solicitud de nuestro incremento, primordialmente se hará énfasis en situaciones tales como los procesos de formalización laboral que con los recursos que recibimos actualmente no lo podemos adelantar, los procesos de habilitación de servicios de acuerdo a los nuevos requerimientos, los incrementos en costos de salarios, prestaciones y costo de medicamentos e insumos, igualmente hay que tener en cuenta las empresas sociales que están en riesgo fiscal y financiera.
2. En lo referente a las actividades de P y P las cuales se deben contratar por evento la propuesta que se propone para llevar a las EPS a la de contratar a tarifas soat vigentes, toma la palabra el Dr. Enrique Villota y manifiesta que pasa con los servicios de P y P que no tienen establecida una tarifa propuesta de las cuales se les hace entrega a cada gerente para que miremos si están de acuerdo, se revisan las tarifas propuestas y los Gerentes aprueban las mismas.
3. Referente a las ESES que quieran contratar los servicios de recuperación por evento se ha trabajado un listado de algunas tarifas por paquetes y algunos servicios con tarifa diferente a la SOAT, las demás la propuesta es trabajar a tarifa SOAT plena, en cuanto a medicamentos la propuesta será tarifa PLM menos 10%, a cada uno le hacemos entrega del listado de precios y abrimos el debate que se hagan las observaciones a la propuesta trabajada en la comisión.
4. Toma la palabra la Dra. Adriana Gerente de la E.S.E. de Funes, quien pregunta si la propuesta será igual para todas las EPS, el Dr. Edgar manifiesta que inicialmente sí será igual pero que dentro del proceso de negociación hay que tener en cuenta que hay EPS como es el caso de Comfamiliar y Caprecom que tienen tarifas más altas que las de las demás EPS por lo cual con esta EPS se pueden trabajar porcentajes menores de incremento.

BuzÃ³n/IPM_SUBTREE /[Gmail]/Enviados/MODELO DE ACTA AESENAR/ACTA DE REUNION DE SEPTIEMBRE.docx

³⁶ Folio 1334 del cuaderno público No. 8 del expediente.

³⁷ Folios 618 a 620 del cuaderno público No. 3 del expediente.



El Dr. Enrique Villota pregunta qué pasa con los medicamentos de promoción y prevención, a lo cual el Dr. Luis Díaz contesta que estos la propuesta es por evento y quedarían a tarifa PLM-10%.

Ónix Pérez pregunta qué pasó con las observaciones sobre la minuta, el Dr. Edgar manifiesta que se espera la minuta que propongan y sobre ella se harán las observaciones que tengamos como asociación.

El Dr. Edgar pregunta si hay más inquietudes o si está de acuerdo en que se oficie a las EPS con la propuesta que se ha trabajado, los asistentes aprueban que se envíe la propuesta, el Dr. Edgar informe que se enviara la propuesta y que una vez se reciba respuesta se citará nuevamente a reunión para estudiar la respuesta.”³⁸. (Subrayado fuera de texto)

Sobre el particular, la Delegatura realizó varios cuestionamientos a **AESENAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** durante la declaración que rindió en el curso de esta actuación. Respecto del acta de reunión del 24 de marzo de 2014 los investigados manifestaron:

“DELEGATURA: (...) ¿Quién promovió los ajustes porcentuales discutidos en la reunión?

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Todos los gerentes, la inquietud era de todos los gerentes. A ver qué pasaba en ese entonces: la **EPS EMSSANAR** ella tenía, tiene un depósito de medicamentos y ella nos quería trabajar con los precios que ellos manejaban, unos precios como eran mayoritarios y tenían disponibilidad de los medicamentos eran sumamente bajos, sumamente bajos. Entonces, nosotros ¿qué se analizó en esa reunión? que las tarifas establecidas sean por lo menos las tarifas que da el Gobierno a través del PNL y hacerles un descuento del 10%. Esas tarifas son nacionales y tienen su rango, entonces esa era la propuesta para que en ese momento las diferentes **EPS** nos pudieran contratar y como usted mismo lo manifiesta en ese entonces en el 2014 ¿cuál era el valor de la **UPC** nos daba para prestar el servicio? Si mal no recuerdo, la **UPC** estaba entre 580 a 600.000 pesos y ellos nos ofrecían una **UPC** de 310.000 y con eso nos hacían un descuento, un descuento como lo explicaba anteriormente, de entre para la prestación del servicio solamente un 30% y para P y P entre el 10 y un 15% dependiendo de la capacidad resolutive de cada una de las instituciones. Nosotros hicimos esa propuesta, pero si ustedes miran cuál fue el resultado de esa propuesta como siempre lo han hecho la minuta contractual siempre la elaboran ellos y siempre terminamos aceptado el incremento de la **UPC** que ellos nos proponen.

Entonces, como ustedes nos pidieron la contratación a cada una de las **EPS** fuera bueno de que revisen cuál era la **UPC** de ese momento en 2014 y cuál fue la **UPC** que nos contrataron. Yo no recuerdo ahorita exactamente cuál fue el valor. Como ustedes tienen los contratos que pidieron a las diferentes Empresas Sociales del Estado de Nariño y si ustedes miran ven que la **UPC** nuestra era por debajo de la propuesta de nosotros. Nosotros propusimos el 15%, pero si mal no

³⁸ Folios 618 a 620 del cuaderno público No. 3 del expediente.



recuerdo, en ese año nos aceptaron creo que el 5 el 6%. Entonces, siempre terminábamos aceptando nosotros las propuestas realizadas por ellos.”³⁹

Como se puede observar, lo acordado al interior de la asociación era presentado a las diferentes **EPS** del departamento de Nariño como una propuesta. En ese sentido, **AESENAR** fijaba los lineamientos y tomaba decisiones respecto de la propuesta del incremento del valor de los servicios de salud a contratar entre las **ESE** asociadas y las **EPS**. Tal como lo expresaron los investigados es probable que no lograran acordar lo establecido en la propuesta presentada por **AESENAR** a las **EPS**. Sin embargo, la concertación del incremento de los servicios de salud se hacía a través de **AESENAR**, lo que implicaba que la asociación llegara a acuerdos respecto del incremento de los servicios de salud con las **EPS** en nombre de las **ESE** asociadas. Sobre este punto, la Delegatura corroboró que las propuestas acordadas al interior de **AESENAR** sobre el incremento de los servicios de salud a contratar por parte de las **EPS** no se elaboraron de manera individual ni atendiendo a las condiciones particulares por parte de cada **ESE** asociada.

En segundo lugar, la Delegatura acreditó que **AESENAR** contrató un profesional para que elaborara una minuta de contratación con el objetivo de efectuar la suscripción de los contratos de prestación de servicios de salud a través de la asociación con las **EPS**. Al respecto **AESENAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** argumentaron que esa actuación obedecía a que **AESENAR** pretendía crear un documento acorde con la normativa vigente en materia de salud que sirviera de base para que las **ESE** asociadas entraran de manera individual a contratar con las **EPS**. De igual forma, durante la declaración de parte surtida por los investigados, estos mencionaron que la minuta de contratación nunca fue utilizada porque las **EPS** eran las que se encargaban de realizar la minuta de contratación que se utilizaría.

No obstante, es importante resaltar que el 1 de diciembre 2014 **AESENAR**, que para ese entonces era representada legalmente por **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, suscribió un contrato de prestación de servicios con **MARÍA ISABEL DELGADO ORTIZ**. El contrato incluía, entre otras, las siguientes consideraciones:

“2) Que dentro de las obligaciones principales de las Empresas Sociales del Estado, está la suscripción de los contratos de prestación de servicios con las E.P.S; hecho que se pretende efectuar en conjunto a través de la Asociación. 3) Que para tales efectos, se requiere el estudio, revisión y modificación de las minutas contractuales presentadas por las EPS, con el fin de presentar una propuesta concreta por parte de la asociación, la cual favorezca los intereses de las IPS involucradas (...)”⁴⁰ (subrayado y negrita fuera de texto).

El objeto del contrato quedó establecido de la siguiente manera:

³⁹ Minutos 39:50 a 45:40 de la declaración de parte de **AESENAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**. Folio 1421 del cuaderno público No. 10 del expediente.

⁴⁰ Folios 1336 a 1337 del cuaderno público No. 8.



“(…) LA REVISIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA MINUTA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD EN LAS DIFERENTES MODALIDADES PARA LAS EPS (EMSSANAR, ASMET SALUD, CAPRECOM, COMFAMILIAR Y MALLAMAS) desde la perspectiva legal, y de conformidad con los acuerdos establecidos previamente por LA ASOCIACIÓN”⁴¹. (Subrayado fuera de texto)

En principio es claro que **AESEENAR** contrató la elaboración de una minuta de contratación para suscribir un documento acorde con la normativa legalmente vigente. Pero al analizar a profundidad los considerandos del documento se encontró que la asociación realizó la contratación de la elaboración de la minuta con el fin de presentar una propuesta de contratación de los servicios de salud concreta por parte de la asociación en representación de las **ESE** asociadas. Además, a través de este contrato la asociación también pretendía que se revisaran y modificaran las minutas de contrato elaboradas por las **EPS**. Esto con el fin de unificar los criterios de contratación entre las **EPS** y las **ESE**. Igualmente, la Delegatura encontró que la suscripción de los contratos de prestación de servicios con las **EPS** se efectuaba de manera conjunta a través de **AESEENAR**. Al respecto los investigados declararon:

“DELEGATURA: (...) Nos podría explicar por qué en la minuta que proponía la Asociación se involucraba directamente la Asociación en la negociación de las propuestas realizadas entre las **EPS** y las **ESE**.

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Esa fue una propuesta que nació en el seno de la asociación para tratar de que la UPC sea una UPC base para todos, ¿sí? Pero eso no se tuvo en cuenta, fue solamente una propuesta y como tal quedó como propuesta.”⁴²

En el mismo sentido, los investigados manifestaron que la minuta de contratación tenía como objetivo normalizar una **UPC** base para todos. Sin embargo, intentaron desestimar este hecho afirmando que simplemente fue una propuesta y que la minuta nunca se tuvo en cuenta, como se manifiesta a continuación:

“EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Nosotros en ese tiempo hicimos una propuesta de una minuta ¿sí? De una minuta que no se tuvo en cuenta. Se terminó firmando la minuta que nos presentó la **EPS**, pero la minuta que nosotros le propusimos, que no es una minuta exorbitante, era una minuta basada en la norma y en la ley para que se tenga en cuenta, pero esa minuta nunca se tuvo en cuenta.”⁴³

Al respecto, la Delegatura cuenta con pruebas que demuestran que la minuta de contratación elaborada por la persona contratada por **AESEENAR** fue presentada a las **EPS** del departamento de Nariño. Por ejemplo, el 19 de enero de 2015 **AESEENAR** remitió a **ASMET SALUD**⁴⁴, **EMSSANAR**⁴⁵, **COMFAMILIAR**⁴⁶ y

⁴¹ Folios 1336 a 1337 del cuaderno público No. 8.

⁴² Minutos 2:22:14 a 2:22:44 de la declaración de parte de **AESEENAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**. Folio 1421 del cuaderno público No. 10 del expediente.

⁴³ Minutos 2:18:49 a 2:19:28 de la declaración de parte de **AESEENAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**. Folio 1421 del cuaderno público No. 10 del expediente.

⁴⁴ Folio 395 y 396 del cuaderno público No.2 del expediente.

⁴⁵ Folio 400 y 421 del cuaderno público No.2 y 3 del expediente.



CAPRECOM⁴⁷ un documento que contiene unos lineamientos de contratación. En la comunicación se fijaron varios temas a tratar respecto del contenido de la minuta de contratación, como las tarifas para contratación por evento, **UPC** base de contratación por capitación, plazo para negociar y descuentos en la venta de servicios. También **AESE**⁴⁸ advirtió que en caso de que no se llegara a un acuerdo grupal respecto de lo expuesto en ese documento, las **ESE** agremiadas a **AESE** no asistirán a reuniones de contratación de manera individual.

De esta forma, **AESE** presentó la minuta de contratación a las **EPS** y manifestó que no se realizarían reuniones directas entre las **EPS** y las **ESE** en caso de no contar con un acuerdo grupal. Esto independientemente de que la minuta de contratación presentada por **AESE** no fuese acogida por las **EPS**. La minuta de contratación tenía, entre otros, el objeto de: (i) presentar una propuesta de contratación de los servicios de salud concreta por parte de la asociación en representación de las **ESE** asociadas, (ii) que la suscripción de los contratos de prestación de servicios con las **EPS** se efectuara de manera conjunta a través de **AESE** y (iii) fijar una **UPC** base para todos los asociados. Adicionalmente, es reprochable que se realizaran presiones como la de restringir las reuniones de manera individual entre las **EPS** y las **ESE** asociadas, situación que a su vez generaba dilaciones en la contratación de los servicios de salud.

Finalmente, esta Delegatura concluye que las actuaciones de **AESE** violaron el régimen de la libre competencia en el mercado de contratación para la prestación de servicios de salud en algunos municipios del departamento de Nariño. Esto debido a que al interior de **AESE** se fijaban los lineamientos y se tomaban decisiones respecto a las condiciones en que las **EPS** debían contratar con las **ESE** asociadas. En este sentido las **EPS** no podían contratar de manera libre los servicios prestados por las **ESE** teniendo en cuenta criterios como calidad, oportunidad, número de usuario, zona de ubicación de cada **ESE**, entre otros.

6.1.2. Negociación directa de **AESE** con las **EPS**

La Delegatura cuenta con material probatorio suficiente para concluir que **AESE** adelantó negociaciones directas con las **EPS** del departamento de Nariño en relación con la prestación de los servicios de salud por parte de las **ESE** asociadas. En la Resolución No. 61069 de 2019⁴⁸ se describió que en el periodo comprendido entre 2013 y 2018 **AESE** envió comunicaciones y realizó reuniones en las que presentó propuestas de contratación de los servicios de salud en nombre de las **ESE** asociadas. Esas propuestas las presentó a **EMSSANAR**, **MALLAMAS**, **CAPRECOM**, **ASMET SALUD** y **COMFAMILIAR**. A partir de las propuestas de contratación realizadas por **AESE** a las **EPS** se iniciaron las negociaciones de los servicios de salud. Lo acordado entre **AESE** y las **EPS** terminaba con la suscripción del contrato de prestación de servicios de salud firmado de manera individual entre cada una de las **ESE** asociadas y las **EPS** del departamento de Nariño. Al respecto, **FERNANDA**

⁴⁶ Folio 422 y 423 del cuaderno público No.3 del expediente.

⁴⁷ Folio 424 y 425 del cuaderno público No.3 del expediente.

⁴⁸ Folios 1570 a 1605 del cuaderno público 10 del expediente.



BRAVO ORDOÑEZ (gerente regional de **EMSSANAR**) manifestó que la asociación fijaba los parámetros para la contratación de los servicios e impedía que las **ESE** asociadas y las **EPS** se reunieran para negociar las condiciones a contratar de manera individual:

“EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: *Sírvase contestar si la **EPS EMSSANAR** firmo algún contrato de venta de servicios de salud con la asociación **AESANAR**.*

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: *No, porque no son empresas sociales del estado, es una agremiación cuya función no es contratar servicios de salud*

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: *Como usted muy bien lo dice a esta pregunta, nunca **EMSSANAR** contrató con la asociación ¿entonces la contratación que se hacía era directamente con las Empresas Sociales del Estado del departamento de Nariño?*

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: *El acto de firmar el contrato en efecto es con el representante legal de cada una de las **ESE**, el acto de firmar el contrato.*

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: *¿Sírvase contestar si la **EPS EMSSANAR** tiene establecido tarifas iguales, porcentajes de capitaciones iguales para las **ESE** de baja complejidad o se contrata eventualmente de acuerdo con la capacidad resolutoria de cada una?*

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: *En efecto, **EMSSANAR** tiene definidos sus porcentajes de negociación con cada **ESE** dependiendo, primero, de los servicios que tiene habilitados cada institución, de la capacidad de resolución que tiene cada institución y en algunos sitios hemos considerado el área geográfica para determinar los porcentajes de contratación. Por eso **EMSSANAR** no era partidario de las apreciaciones de la agremiación de hacer una contratación única.*

(...)

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: *Una vez que se hacía estas propuestas a través de la Asociación del incremento del porcentaje de la **UPC** ¿ustedes hacían el contrato con la asociación o con las **ESE** municipales?*

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: *Nuevamente repito: el acto del contrato con la asociación no es posible hacerlo porque ustedes no tienen esa función social. El problema es la intervención de la asociación en el acto de la negociación que sí se hacía con la asociación.*

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: *Usted manifiesta que existía un problema con la asociación ¿qué tipo de problema se tenía con la asociación para llegar a un acuerdo de voluntades con las diferentes **ESE** del departamento?*

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: *Yo no he dicho en este momento que existía un problema, pero lo que existía era una pretensión de la asociación de querer negociar de una forma única con todos los prestadores que estaban agremiados a dicha asociación sin considerar los criterios que yo les comenté hace un*



momento, que eran según los servicios que estuviesen habilitados y según su capacidad resolutive.

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: *¿Ese porcentaje de la UPC base que se proponía, ustedes eran individualmente quien los hacía con cada una de las ESE?*

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: *Mira nuevamente repito: la pretensión de la asociación era hacer un proceso de negociación conjunta. Dado que los procesos de negociación se nos demoraban, llegamos a acuerdos en cabeza suya a determinar un incremento concertado para todas las ESE agremiadas del incremento del UPC mas no del porcentaje de negociación, son cosas diferentes.*⁴⁹

De acuerdo con lo expresado por la declarante, **AESEENAR** buscaba adelantar las negociaciones de los servicios de salud de manera conjunta y de forma única con todas las **ESE** asociadas. Además, la asociación pretendía realizar dichas negociaciones sin atender a los criterios de habilitación, capacidad resolutive y el área geográfica de cada institución.

Así mismo, una vez analizadas las negociaciones directas para la contratación de la prestación de los servicios de salud adelantadas por parte de **AESEENAR** con las **EPS**, la Delegatura halló comunicaciones enviadas desde el 28 enero de 2013 por parte de **AESEENAR** a las **EPS EMSSANAR, MALLAMAS, CAPRECOM**⁵⁰ y **ASMET SALUD**⁵¹. En estas comunicaciones se plasmaron las consideraciones relacionadas con las negociaciones y concertaciones de los contratos del servicio de salud entre las **ESE** asociadas y las **EPS**. A partir de ese momento **AESEENAR** inició negociaciones directas con las **EPS** del departamento de Nariño en representación de los asociados.

Por ejemplo, la comunicación enviada por parte de **AESEENAR** a **EMSSANAR** el 28 enero de 2013 derivó en varias comunicaciones cruzadas entre la asociación y la **EPS**, mediante las cuales se evidencia cómo se dio la negociación directa entre ellas. El 8 de febrero de 2013 **EMSSANAR** respondió a **AESEENAR** que las negociaciones de la prestación de los servicios de salud se adelantarían con cada **ESE** de manera independiente atendiendo las particularidades de cada institución. De igual forma, en la comunicación expresó su inconformidad con los incrementos en el precio de los servicios ofertados, dado que no existían nuevos servicios. Por tanto, no encontraba razonable el incremento en el precio de los servicios ofertados en el primer nivel⁵².

En la misma línea, el 26 de marzo de 2013⁵³ **EMSSANAR** le manifestó a **AESEENAR** que las **ESE** debían ofrecer tarifas que permitieran asegurar el costo por grupos y niveles, sin que se desborde o desfinancie cualquiera de los niveles de atención. De igual forma, insistió en negociar de manera individual con cada

⁴⁹ Minutos 9:41 a 12:13 y 13:57 a 18:20 del testimonio de **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ**. Folio 1744 del cuaderno público No. 10 del expediente.

⁵⁰ Folio 274 a 277 del cuaderno público No.2 del expediente.

⁵¹ Folio 274 a 277, 320 a 323, 331 a 334 del cuaderno público No.2 del expediente.

⁵² Folio 180 a 182 del cuaderno público No.1 del expediente.

⁵³ Folios 171 y 172 del cuaderno público No.1 del expediente.



una de las **ESE** asociadas a **AESEENAR** con urgencia. La negociación debía realizarse lo antes posible debido a que se encontraban en marzo del 2013 y no se habían celebrado los contratos necesarios para la legalización de los pagos efectuados por **EMSSANAR** a las **ESE** asociadas. Pero a pesar de que **AESEENAR** tenía conocimiento de las dilaciones que se estaban presentando en las negociaciones de la prestación de los servicios de salud y la voluntad que tenía la **EPS** de negociar de manera individual con cada una de las **ESE** asociadas, insistió en seguir a cargo de la negociación.

Las comunicaciones para las negociaciones se siguieron dando entre **AESEENAR** y la **EPS**. El 16 de abril de 2013⁵⁴ **EMSSANAR** le envió una propuesta a la asociación y le informó que si no llegaban pronto a un acuerdo se remitirían los contratos por facturación a cada **ESE** asociada⁵⁵. El 22 de abril de 2013 **AESEENAR** realizó una nueva propuesta ofreciendo “mantener como último valor de UPC base de contratación la suma de \$310.000.00, manteniendo los porcentajes de capitación de cada asociado pero sin incluir el oxígeno domiciliario y los medicamentos formulados por especialistas”⁵⁶. Esta propuesta fue respondida el 22 de abril por **EMSSANAR**, que manifestó⁵⁷:

“EMSSANAR acepta la propuesta de la Asociación de contratar con una UPC de \$310.000 pero se incluirá dentro del contrato de los servicios de oxígeno domiciliario y medicamentos posthospitalarios.

Para aquellas IPS que deseen excluir estos servicios de su contratación se trabajará con una UPC de \$308.000.”

Finalmente, el 30 de abril de 2013 **AESEENAR** aceptó la última propuesta de **EMSSANAR** en los siguientes términos⁵⁸:

“En reunión celebrada el día 29 de abril del año en curso, se puso en consideración de los asociados a “AESEENAR”, la última propuesta enviada por usted; referente a las dos opciones de contratación por capitación que se proponen en su oficio de la referencia, propuesta que fue aceptada por los asociados, por lo tanto me permito comunicarle que de manera individual los representantes legales de las empresas sociales del estado afiliados a nuestra organización, se acercarán a Emssanar con el fin de manifestar su decisión frente a una de las dos propuestas, con el objeto de que se proceda a revisar la minuta y posteriormente a firmar los contratos respectivos.”

Como se evidencia en el ejemplo, **AESEENAR** adelantó de manera directa la negociación con **EMSSANAR** sin permitir que la **EPS** negociara con cada **ESE** asociada de manera individual. Esta negociación se realizó de manera impositiva por parte de la asociación, pues las negociaciones debían ser adelantadas de manera individual entre cada una de las **ESE** asociadas y la **EPS** atendiendo a la capacidad de cada institución. Adicionalmente, el hecho de tener que llegar a un

⁵⁴ Folio 171 del cuaderno público No.1 del expediente.

⁵⁵ Folio 171 del cuaderno público No.1 del expediente.

⁵⁶ Folio 336 del cuaderno público No.2. del expediente.

⁵⁷ Folio 170 del cuaderno público No.1. del expediente.

⁵⁸ Folio 335 del cuaderno público No.2. del expediente.



acuerdo sobre la contratación de los servicios de salud con la asociación generó dilaciones de más de 3 meses en la suscripción de los contratos.

Pese a la situación de hecho descrita, **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, al rendir declaración, negó haber realizado negociaciones directas de los servicios de salud a través de la asociación. Para los investigados nunca se llegó a acuerdos con las **EPS** para la contratación de los servicios de salud y las comunicaciones eran simplemente una propuesta realizada por la asociación.

“DELEGATURA: Sr. Burbano ¿la asociación negociaba en nombre de las **ESE** vinculadas la contratación con las **EPS**?

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: No, nunca, nunca. Nosotros hacíamos reuniones de aproximaciones, las reuniones de acercamiento. Pero la asociación nunca intervino en ninguna de las contrataciones, cada gerente hacía su propia contratación. Nosotros hacíamos e inclusive, asistíamos todos los gerentes para hacer las primeras aproximaciones y de acuerdo a esas aproximaciones que nosotros hacíamos cada uno de los gerentes hacía su contratación individual.

(...)

DELEGATURA: Dr. Burbano el despacho le quisiera preguntar si usted no considera que la propuesta inicial hace o no hace parte de la negociación.

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: No hace parte de la negociación porque quien termina firmando el contrato era el gerente y el responsable de cada una de las **ESE** del departamento de Nariño. Era una propuesta inicialmente.

DELEGATURA: Y si eso es así ¿por qué no cada gerente de cada **ESE** enviaba su propia propuesta?

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Porque para eso somos asociados. Nosotros tenemos un derecho de asociados y así mismo lo hacíamos. Mire con la **EPS MALLAMAS** nunca lo hicimos en grupo. Se iba cada uno de los gerentes a hacer su propia negociación. Siempre se hizo con **MALLAMAS** así. Entonces, no se lo hizo con la propuesta de la asociación. Cada gerente iba, que ya llevaba, el gerente ya llevaba una propuesta en defensa de su institución, ¿cierto? porque uno como gerente de una institución tiene que velar por los intereses de la institución nuestra. Si el Gobierno Nacional da una **UPC** para que se preste un servicio, uno tiene que velar para defender que esos recursos que da el Gobierno Nacional no es para enriquecer la **EPS**. Es para que las instituciones de servicios de salud les alcancen para prestar esos servicios de salud. Ese es el criterio que teníamos en la asociación, que si bien es cierto existen las **EPS** y que ellos miran un interés personal, pero nosotros como representantes de una institución tenía que velar que esos recursos le alcancen para la prestación del servicio, si no, no tenía razón de ser la **UPC** que el Gobierno Nacional da para la atención de cada uno de los colombianos.

DELEGATURA: ¿Qué pasaba si la **EPS** aceptaba esa propuesta presentada por la asociación? ¿qué seguía?



EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Nunca la aceptaron.

DELEGATURA: Si nunca la aceptaron ¿cuál era la respuesta de la asociación? o ¿cómo se seguían adelantando ese tipo de propuestas?

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Ya no se hacía, no hay propuesta porque ya, mire nosotros desgraciadamente vivimos es por la venta de servicios. Si las **EPS**, en ese entonces no había el giro directo, si las **EPS** no nos pagaban ¿cómo podíamos existir? y ¿cómo podíamos pagar nuestras obligaciones? Entonces tocaba aceptar lo que ellos nos digan.

DELEGATURA: ¿El incremento que se proponía por parte de las **ESE** asociadas era idéntico y se enviaba a todas las **EPS**?

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Claro que se enviaba, como propuesta vuelvo e insisto como propuesta, como propuesta. De ahí allá a que la acepten la **EPS** era totalmente diferente. Una propuesta.

DELEGATURA: Pero esta conjunta, era una propuesta conjunta.

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Claro, porque somos asociados, somos asociados, somos asociados. O sea nosotros lo que hacíamos era que esa, la UPC se regule. Se regule de acuerdo a la capacidad resolutive que nosotros teníamos. Pero no era una posición dominante como ustedes lo determinan que nosotros poníamos nuestros propios valores de incremento a la UPC. No, nosotros lo que queríamos era que se regule la UPC. Cada uno de los gerentes hacia su propia contratación. Vuelvo y repito: era una propuesta, era una propuesta que nunca la aceptaron las **EPS**, nunca la aceptaron. Por eso le solicito muy respetuosamente revisen los contratos de las diferentes **ESE** asociadas si la contratación de la UPC es la misma. Ustedes van a ver ahí que la UPC del municipio mío, en ese entonces yo era el gerente de San José de Albán, era diferente a la UPC del Tambo en que hace 4 años era gerente y es diferente la del Tambo con la **ESE** de Potosí, que soy gerente el día de hoy. No eran las mismas, ni el porcentaje tampoco era el mismo. Por ejemplo, yo acabo de negociar con **EMSSANAR** la contratación para el año 2020. El Gobierno Nacional dio a través de la Resolución 3513, dio ya el incremento de la UPC del 5.36% como mínimo que se debía de tener en cuenta ese porcentaje, pero ellos no aceptaron esa resolución del incremento del 5.36%. Yo acabo de hacer la negociación con **EMSSANAR** con el 4.6% de incremento, por debajo de la propuesta que hace el Gobierno Nacional, con ese incremento del 4.6 con las tarifas del año pasado. No sé si en ese caso me entienden lo que estoy diciendo.

(...)

DELEGATURA: ¿El objeto de la propuesta de contratación de **AESANAR** era regular la **UPC** que se demandaba conjuntamente por parte de las **ESE** asociadas?

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Era una propuesta, era una propuesta que buscaba eso. Una propuesta que nunca se tuvo en cuenta, nunca se tuvo en cuenta. Era una simple propuesta. Porque el que terminaba firmando el contrato era el responsable de casa una de las **ESE**.

(...)



DELEGATURA: ¿Por qué no presentaban las propuestas de forma individual cada una de las **ESE** e iniciaban las negociaciones de forma individual?

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: A la larga terminábamos individualmente. Sí, la propuesta era conjunta inicialmente pero después terminábamos individualmente haciendo la propuesta y aceptando de acuerdo a nuestra capacidad resolutoria el porcentaje del incremento de la **UPC**. Por eso el jurídico, doctor Delgado, la vez pasada manifestó aquí que nunca nosotros hemos producido ningún daño, ni económico, ni social, ni prestación del servicio, ni nada. Porque nunca nosotros tomamos medidas extremas para poder exigir este tipo de contratación, nunca.⁵⁹

La Delegatura difiere de lo declarado por parte de los investigados. Como ya se evidenció, de las propuestas realizadas por parte de **AESEENAR** se desprendían una serie de comunicaciones donde se definía la negociación y los términos de la contratación de la prestación de los servicios de salud que regirían los contratos suscritos entre las **EPS** y las **ESE** asociadas. **AESEENAR** mantuvo la dinámica de adelantar negociaciones de la prestación de los servicios de salud en nombre de sus asociados a través del intercambio de comunicaciones hasta el año 2015. Posterior al año 2015 continuó adelantando negociaciones directas, pero a través de reuniones presenciales en las que en algunas ocasiones se levantaban actas. Como prueba documental de las negociaciones se tienen las siguientes comunicaciones.

- El 3 de enero de 2014 la asociación envió un oficio a **EMSSANAR** de referencia “**PROPUESTA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD AÑO 2014 E.S.E. AGREMIADOS “AESEENAR”**”⁶⁰.
- El 16 de diciembre de 2013 **AESEENAR** envió a **CAPRECOM** una propuesta de contratación de servicios de salud para el año 2014. La idea de esta propuesta era negociar los servicios de salud que se prestarían desde el 1 de enero de 2014 por parte de las **ESE** asociadas⁶¹.
- El 20 de enero de 2014 **AESEENAR** envió a **ASMET SALUD**⁶² y a **COMFAMILIAR**⁶³ un oficio de referencia “**PROPUESTA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD AÑO 2014 E.S.E. AGREMIADOS “AESEENAR”**”.
- El 18 de febrero de 2014 **AESEENAR** le remitió a **MALLAMAS** una comunicación con asunto “**PROPUESTA DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD AÑO 2014 E.S.E. AGREMIADOS EN “AESEENAR”**”⁶⁴.

⁵⁹ Minutos 51:34 a 52:18 y 54:56 a 1:11:48 de la declaración de parte de **AESEENAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**. Folio 1721 del cuaderno público No. 10 del expediente.

⁶⁰ Folio 8 a 13 del cuaderno público No. 1 del expediente.

⁶¹ Folios 324 a 325 del cuaderno público No. 2 del expediente.

⁶² Folios 204 a 209 del cuaderno público No. 2 del expediente.

⁶³ Folios 244 a 253 del cuaderno público No. 2 del expediente.

⁶⁴ Folios 258 y 261 del cuaderno público No. 2 del expediente.



- El 19 de enero de 2015 **AESE** presentó el contenido de la minuta de contratación, tarifas para contratación por evento, **UPC** base de contratación por capitación, plazo para negociar y firmar contratos y descuentos en la venta de servicios a las **EPS ASMET SALUD**⁶⁵, **COMFAMILIAR**⁶⁶ y **CAPRECOM**⁶⁷.

De las propuestas de contratación enviadas por **AESE** a las diferentes **EPS** se desprendieron una serie de comunicaciones. De manera general, varias **EPS** del departamento de Nariño le manifestaron a la asociación que no negociarían la contratación de la prestación de los servicios de salud en conjunto con las **ESE** asociadas. Por el contrario, le informaron sobre su intención de negociar de manera individual y atendiendo las particularidades propias de la prestación de servicios de salud de cada **ESE**⁶⁸. Como respuesta, **AESE** presentó varios argumentos. Primero, que en ningún momento pretendía que se negociara de manera conjunta o con iguales tarifas. Lo que pretendía, según dijo, era fijar unos criterios básicos de contratación que se aplicarían como regla general. Segundo, que si no se acordaban criterios generales con la asociación, ninguno de los asociados acudiría a citaciones de contratación de manera individual⁶⁹. Por último, que las negociaciones de los servicios de salud seguirían en cabeza de la asociación⁷⁰. Así, **AESE** logró adelantar las negociaciones directas con las **EPS** del departamento de Nariño.

Después del año 2015 la asociación continuó participando de manera directa en la negociación de los servicios de salud prestados por las **ESE** asociadas a las **EPS**. Sin embargo, esa actividad no la llevó a cabo a través del intercambio de comunicaciones por escrito sino de manera presencial. Este cambio en la forma de adelantar las negociaciones se dio después de una visita administrativa de inspección que esta Delegatura realizó el 22 de mayo de 2015⁷¹.

Teniendo en cuenta que existió un cambio en la forma de adelantar las negociaciones, es importante destacar que en el expediente obran actas de reuniones sostenidas entre **AESE** y **EMSSANAR** en las que consta que **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, presidente de la asociación, presentó propuestas de contratación para los años 2017 y 2018. De igual forma, existen actas de reuniones de asociados que dan cuenta de la fijación de criterios y la indicación de lineamientos para la contratación de la prestación de los servicios de salud durante el año 2017. Por último, existe una comunicación que el 20 de febrero del 2017 envió **AESE** a **EMSSANAR** con referencia "**PROPUESTA DE CONTRATACIÓN EMSSANAR**"⁷². A continuación se relacionan las actas de los años 2017 y 2018 donde se fijan los lineamientos para las negociaciones de los servicios de salud:

⁶⁵ Folios 395 y 396 del cuaderno público No.2 del expediente.

⁶⁶ Folios 422 y 423 del cuaderno público No.3 del expediente.

⁶⁷ Folios 424 y 425 del cuaderno público No.3 del expediente.

⁶⁸ Folios 112, 143 y 144 del cuaderno público No.1.

⁶⁹ Folio 218 y 219 del cuaderno público No.2.

⁷⁰ Folio 385 y 386 del cuaderno público No.2.

⁷¹ Folio 57 del Cuaderno Reservado No. 1.

⁷² `OID 96349. Path. 01_PC_CAMILO_ROMERO.ad1/C:\Windows [NTFS]/[root]/Users/AESE/Desktp/OFICIO PROPUESTA EMSSANAR.docx`



- Acta de reunión No. 001 contratación año 2017⁷³.
- Acta de reunión de asociados del 23 de enero de 2017⁷⁴.
- Acta de reunión de asociados del 21 de mayo de 2018⁷⁵.
- Acta de reunión No. 001 contratación año 2018⁷⁶.

Por ejemplo, en el acta No. 001 CONTRATACIÓN AÑO 2018⁷⁷ se evidencia cuál fue la propuesta presentada por **AESEENAR** en nombre de sus asociados:

“d. propuesta de contratación

Para la vigencia 2018 el doctor Edgar Burbano solicita que para las tarifas de evento se negocie a SOAT menos el 5% con una convenida del 3.5% y para la cápita se incremente un 5%.

Por cuanto se acuerda entre las partes realizar un incremento del 4.5% para la cápita y para el evento un 4% a la convenida con un incentivo del 2% con enfoque RIAS pero con evaluación según resolución 412; para el caso del evento se validarán las tecnologías que realiza cada IPS por servicio de habilitación y se concertará tarifa aplicando esto último para las actividades q (sic) están fuera de la cápita en lo referente a subsidiado, para los contratos contributivos y otros municipios.

Por su parte el Doctor da a conocer que cada gerente es responsable de la contratación de acuerdo a la capacidad resolutive e indicadores de evaluación, por consiguiente informa que realizará la contrapropuesta y requiere que las negociaciones se hagan con las particularidades de cada IPS”.

Como se observa, durante el 2018 **AESEENAR** continuaba participando de forma activa en las negociaciones para la contratación de los servicios de salud con **EMSSANAR**. En ese orden de ideas, su representante legal, **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**, coordinaba las reuniones y presentaba propuestas para la contratación de los servicios de salud en nombre de las **ESE** asociadas. Vale aclarar que en las actas No. 001 CONTRATACIÓN AÑO 2017⁷⁸ y No. 001 CONTRATACIÓN AÑO 2018⁷⁹, **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** (presidente de **AESEENAR**) estableció que cada gerente de las **ESE** asociadas era

⁷³ OID 7058. Path. 01-REQ.ad1/DATOS:J:\EMSSANAR\01-REQ\DATOS\06 Actas Aseñar-EvalPrestadores\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR.rar\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR/2017/ACTA 3 DE FEBRERO 2017.pdf

⁷⁴ Folio 1334 del cuaderno público No. 8.

⁷⁵ OID 98128. Path. 01_PC_CAMILO_ROMERO.ad1/C:\Windows [NTFS]/[root]/Users/AESEENAR/Downloads/ACTA DE REUNION 21 DE MAYO DEL 2018.docx

⁷⁶ OID 7156. Path. 01-REQ.ad1/DATOS:J:\EMSSANAR\01-REQ\DATOS\06 Actas Aseñar-EvalPrestadores\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR.rar\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR/2018/Acta 5 de Febrero de 2018.pdf

⁷⁷ OID 7156. Path. 01-REQ.ad1/DATOS:J:\EMSSANAR\01-REQ\DATOS\06 Actas Aseñar-EvalPrestadores\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR.rar\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR/2018/Acta 5 de Febrero de 2018.pdf

⁷⁸ OID 7058. Path. 01-REQ.ad1/DATOS:J:\EMSSANAR\01-REQ\DATOS\06 Actas Aseñar-EvalPrestadores\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR.rar\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR/2017/ACTA 3 DE FEBRERO 2017.pdf

⁷⁹ OID 7156. Path. 01-REQ.ad1/DATOS:J:\EMSSANAR\01-REQ\DATOS\06 Actas Aseñar-EvalPrestadores\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR.rar\ACTAS Y OFICIOS AESEENAR/2018/Acta 5 de Febrero de 2018.pdf



responsable de la contratación de acuerdo a la capacidad resolutive. Sin embargo, las actas citadas acreditan que **AESEENAR** continuó adelantando de manera directa las negociaciones, fijando lineamientos y estableciendo criterios para la contratación de los servicios de salud con las **EPS** en nombre de sus **ESE** asociadas hasta el año 2018.

6.1.3. Mecanismos de coerción implementados por **AESEENAR** para lograr sus objetivos

AESEENAR tomó medidas coercitivas con el fin de asegurar la celebración de los contratos de la prestación de servicios de salud entre las **EPS** y las **ESE** asociadas de acuerdo a las condiciones fijadas por la asociación. Es importante destacar que **AESEENAR** asociaba un número significativo de **ESE** del departamento de Nariño, lo que le permitió generar presiones grupales para que las **EPS** aceptaran las propuestas de contratación presentadas por la asociación. Así mismo, en diferentes ocasiones **AESEENAR** envió comunicaciones a las **EPS** informando que suspendería los servicios de salud. Estas amenazas se cumplirían si las **EPS** no garantizaban el flujo de recursos a los asociados o si no se lograba un acuerdo en la contratación de la prestación servicios de salud entre las **ESE** asociadas y las **EPS** en las condiciones fijadas por la asociación. Sobre el particular, al rendir declaración los investigados manifestaron que las comunicaciones informando sobre la suspensión de los servicios de salud eran insinuaciones y que nunca se llevaron a cabo.

En primer lugar, **AESEENAR** realizó presiones grupales para lograr acuerdos en la contratación de la prestación de los servicios de salud en nombre de sus asociados. Al respecto, **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ** (gerente regional de **EMSSANAR**) declaró que tener que reunirse con cuarenta **ESE** en bloque podría ser considerado como una forma de presión:

“EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Sírvase contestar si las ESE afiliadas a AESEENAR hizo algún mitin, manifestación o protesta en las oficinas de las EPS EMSSANAR como presión para la firma de contratos de prestación de servicios. ¿sí o no?”

***FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: Doctor Edgar, esa pregunta es sugestiva, pues si yo le digo esas reuniones de 40 que me llegaban aquí pues yo con temor a equivocarme puedo asumirlo como una presión porque ustedes venían en bloque, venían todos a querer hacer los procesos de negociación. Pues puedo decirle que no era un mitin, pero pues nos tocaba a nosotros hacer negociación o hacer reunión con todos ustedes.”**⁸⁰*

En este sentido, el hecho de que las **EPS** tuvieran que negociar con una asociación que representaba un número plural de **ESE** del departamento de Nariño, que en muchos casos eran únicos prestadores en un municipio, es una forma de presión. Sobre todo si se acompañaba con advertencias consistentes en que no acoger las condiciones establecidas por **AESEENAR** podría generar la suspensión de la prestación de los servicios. De esta forma, **AESEENAR** realizaba

⁸⁰ Minutos 22:08 a 23:05 del testimonio de **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ**. Folio 1744 del cuaderno público No. 10 del expediente.



presiones al presentar las propuestas de contratación y adelantar las negociaciones de la prestación de los servicios de salud en nombre de todos los asociados con las **EPS**.

En segundo lugar, **AESEENAR** realizó otro tipo de presiones y amenazas a las **EPS** del departamento de Nariño. Le manifestó a las **EPS** (i) que si no garantizaba el flujo de recursos a los asociados se verían obligados a suspender la prestación de los servicios⁸¹; (ii) que al no lograrse un acuerdo entre las partes en el valor de la **UPC** les cerrarían los servicios de salud en las diferentes **IPS**⁸²; (iii) que al no llegar a un acuerdo para la contratación de los servicios de salud se acordó una suspensión de servicios a excepción de los servicios de urgencias vitales⁸³. Las amenazas mencionadas se exteriorizaban a través de comunicaciones como la que fue enviada por **AESEENAR** al **INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO**, en la que se indicó lo siguiente:

“dada las condiciones presupuestales de la EPS CAPRECOM, no permite para garantizar la contratación de Prestación de servicios de salud de los meses de noviembre y diciembre del año en curso, ante este hecho los gerentes de la Empresas Sociales del Estado de baja complejidad de Departamento de Nariño, afiliados a la Asociación de Empresas sociales de Salud de Nariño AESEENAR, hemos decidido suspender la prestación de salud para los usuarios de EPS CAPRECOM, con excepción de los Servicios de urgencias. De no tener una respuesta positiva la suspensión de servicios se hará efectiva a partir del día 11 de noviembre del año 2015”⁸⁴. (Subrayado fuera de texto)

De igual forma, la Delegatura halló un correo electrónico enviado por **AESEENAR** a sus **ESE** asociadas el 16 de febrero de 2015 con asunto “**REALIZACIÓN DE PLANTÓN**”⁸⁵. En este correo la asociación propuso realizar un *plantón* en la prestación de los servicios de salud por existir desacuerdos en los términos de la contratación con las **EPS**.

Imagen No. 1. Correo electrónico “Invitación a plantón”

From: Aesenaar NARIÑO <aesenaar2013@gmail.com>
Sent: 2/16/2015 7:11:36 PM -0500
To: esalb@ yahoo.es; nancyolandap@hotmail.com; ESE CENTRO DE SALUD SAN MIGUEL <esesanmiguel@gmail.com>; alba-lucia-mora2007@hotmail.com; eliz601 <eliz601@hotmail.com>; amandalopezbas@hotmail.com; ladip1960@hotmail.com; oscarodoro74 <oscardoro74@hotmail.com>; edwinceron <edwinceron@yahoo.com>; gerentealciralinare@hotmail.com; gerenteesetablon@yahoo.es; edgarburbanomartinez@hotmail.com; unigarzon@yahoo.com; andresbastidas91@hotmail.com; eseguachucal@hotmail.com; esegualmatan <esegualmatan@hotmail.com>; martha parra <malexparra@hotmail.com>; japanto <japanto@hotmail.com>; japanto@hotmail.com; gerenciahospitalalfiorida@yahoo.es; esesanjuanbosco@hotmail.com; AURA MAYELI MESA <mesa.auramayeli@gmail.com>; Onix Perez Erazo <perez495@gmail.com>; esejuanpablo2@hotmail.com; jhon alvarez <jhonever1979@gmail.com>; CENTRO DE SALUD SANTIAGO DE MALLAMA <csantiagomallama@gmail.com>; AYDA YANELA GONZALEZ MUÑOZ <aidayanelag@yahoo.es>; e.s.e.policarpa@hotmail.com; Javier Abdias Arteaga Romo <ese.potosi@gmail.com>; gracielaalucero@hotmail.com; carlosrosero200710@hotmail.com; HOSPITAL LORENCITA VILLEGAS DE SANTOS <hospitallvs@gmail.com>; Henry Hernan Barco Ramos <hhbarco@hotmail.com>; teremaria1966 <teremaria1966@hotmail.com>; mluzestrella22@yahoo.es; mluzestrellazz@yahoo.es; carmenyolyd@yahoo.es; gerenciaesesandona@yahoo.es; Herman Jaime Calvache Lopez <hcalvachel@gmail.com>; anyluciacastillo@hotmail.com; mar1960@hotmail.com; esevirgendelourdes@yahoo.es; paomure@hotmail.com; mado190903@yahoo.com; laflorida@yahoo.com; jachalili12@hotmail.com; HAROLD WILSON REVELO CORAL <haroldw73@yahoo.es>; ximenacastro10@hotmail.com; bonificamoraes11@yahoo.es; Cicef Sas <cicef.sas@gmail.com>; marta.bravor@hotmail.com
Subject: INVITACION A **PLANTON**
Attachments: INVITACION A REUNION CONTRATACION 2015.docx

⁸¹ Folio 330 del cuaderno público No. 2 del expediente.

⁸² Folio 313 del cuaderno público No.2 del expediente.

⁸³ Folio 326 del cuaderno público No.2 del expediente.

⁸⁴ Folios 1347 y 1348 del cuaderno público No.8 del expediente.

⁸⁵ [OID 1394. Path. 02_DESCARGA_CORREOS_AESEENAR.ad1/GMAIL BACKUP/2015/02/20150216-191136-aesenaar2013@gmail.com-INVITACION_A_PLANTON-1.eml](mailto:aesenaar2013@gmail.com) y [OID 17612. Path. 02_DESCARGA_CORREOS_AESEENAR.ad1/GMAIL BACKUP/2015/02/20150216-191136-aesenaar2013@gmail.com-INVITACION_A_PLANTON-1.eml/INVITACION A REUNION CONTRATACION 2015.docx](mailto:aesenaar2013@gmail.com)



Asunto: REALIZACION DE PLANTON

Ante la no definición y desacuerdo en los términos de contratación, se acordó en reunión de asociados realizar un plantón en la prestación de servicios para todas las EPSs desde las 7am hasta las 12m el día 17 de febrero, en virtud a que el día de hoy se realizó la gestión pertinente para formalizar la contratación sin obtener atención o respuesta alguna por parte de las EPS.

Se recuerda a los asociados que esto se planteó y se decidió en plenaria, por tanto se cuenta con el compromiso de todos para el desarrollo del plantón.

Cualquier inquietud favor comunicarse al celular: 3122402477.

Atentamente:

EDGAR BURBANO MARTINEZ

Presidente Junta Directiva "AESEENAR"

Original firmada

Estas comunicaciones enviadas por **AESEENAR**, en las que informaba sobre la suspensión de los servicios de salud o la realización de un plantón, tenían el objetivo de ejercer presión sobre las **EPS** y así lograr la suscripción de los contratos para la prestación de los servicios de salud de acuerdo con las condiciones establecidas por la asociación. Así, **AESEENAR** buscó generar presiones para llegar a acuerdos en la contratación de la prestación de los servicios de salud con las **EPS** en nombre de las **ESE** asociadas.

A pesar de lo expuesto, los investigados manifestaron en su declaración que dichas comunicaciones simplemente eran unas insinuaciones y que nunca se llevó a cabo la suspensión de los servicios. Así lo manifestó **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**:

*"**DELEGATURA:** Perfecto Dr. Burbano, aquí vamos a pasar ahora al tema de las presiones. Usted nos indicaba que la asociación en ningún caso llevaba a cabo presiones para asegurar la contratación entre las **ESE** asociadas y las **EPS**. Sin embargo, quisiera leerle una carta enviada a Dassier Benavides, gerente de **ASMET SALUD**, por parte de usted como presidente de **AESEENAR**. La carta es de marzo 18 del 2013 y obra en el folio número 313 del cuaderno público No. 2 del expediente. En esta carta se indica lo siguiente:*

*"Referencia: propuesta UPC base de contratación, IPS asociadas a **AESEENAR**. Cordial saludo, de acuerdo a la reunión con la Asociación de **ESEs** de Nariño nos permitimos presentar la siguiente propuesta: que se realicen los contratos con una UPC base neta de \$340.000 respetando la capitación que se traía a diciembre del año 2012 prestando los mismos servicios contratados sin incluir medicamentos formulados por especialistas que no correspondan a programas que puedan ser manejados en el primer nivel de complejidad al igual que el oxígeno domiciliario. Al no llegar a un acuerdo entre las partes del valor de la UPC se acordó cerrar los servicios de salud en las diferentes IPSs. Esperamos con esta propuesta terminar este proceso de contratación para la vigencia fiscal del 2013.*

*Nos podría explicar a qué se refiere su manifestación como presidente de **AESEENAR** de la siguiente cita: "al no llegar a un acuerdo entre las partes del valor de la UPC se acordó cerrar los servicios de salud en las diferentes IPS"*

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: *Sí, esa fue una insinuación que se hizo al interior de la Asociación por parte de algunos gerentes, ¿sí? Y yo como*



presidente de la misma tenía que hacerle conocer a la Dra. Gerente de **ASMET SALUD** esa insinuación que le hacía la Asociación, pero de ahí a que se lleve a cabo, nunca se llevó a cabo y se lo puede preguntar a la Dra. Graciela que todavía es la gerente de **ASMET SALUD**, que si nosotros cerramos los servicios. Nunca se cerró los servicios, esa fue una insinuación que nació de parte de los gerentes, no nació de parte mía, nació de parte de los gerentes, y esa inquietud se la hizo conocer a la Dra. Graciela, pero nunca, nunca, se llevó a cabo el cierre de los servicios y nunca lo hemos hecho con ninguna empresa, nunca lo hemos hecho con ninguna empresa el cierre de los servicios y la prueba está que el mismo Dr. Delgado en la entrevista anterior lo manifestó ¿sí? como jurídico de **EMSSANAR**. Nunca lo hemos hecho ni lo haremos, personalmente yo como médico soy consciente el que la prestación del servicio nunca se la puede cerrar porque es la vida de un paciente la que estamos tratando y siempre lo hemos hecho así, nunca lo hemos hecho, nunca hemos hecho ni siquiera un plantón para que presionar a las **EPS**, esa fue una sugerencia que nació al interior de la Asociación y que se la transmití a la Dra. Graciela, pero que nunca se llevó a cabo.

DELEGATURA: Entonces, si no se iba a llevar a cabo ¿cuál era el objeto de esa insinuación?

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Pues para tratar de que se legalice la contratación, para tratar de que las **EPS** no se aprovechen de la salud de los nariñenses, porque a ellos no les interesa la prestación del servicio, ellos lo que les interesa son los recursos económicos. En cambio nosotros sí nos interesa la buena prestación de servicios, por eso fue una simple insinuación, pero nunca se llevó a cabo ¿sí? para tratar de que nos tengan en cuenta, porque una cosa es estar debatiendo estas actas aquí y otra cosa es estar con ellos.

Miren lo que hacen las **EPS**, ellos se especializaron para aglosar cuentas y recuperar las glosas en las **EPS** es difícil, ¿por qué cree usted que las entidades de salud la mayoría de las entidades de salud del país están quebradas? porque los recursos no llegan a las instituciones de salud.

Entonces nosotros lo que queríamos era eso, que los recursos no se queden en manos de terceros, sino que los recursos lleguen a las instituciones prestadoras de salud. Yo no creo que este sea un motivo para que estemos en esta situación por querer prestar el servicio de salud adecuado para nuestros usuarios ¿sí? Cuando las **EPS**, y he sabido de todo el mundo, son los que se llevan la mayoría de los recursos. Ojalá como es el querer del pueblo colombiano de que las **EPS** se acaben y que se reforme la Ley 100 definitivamente para que no exista esa negociación. Desde que nació la Ley 100 la salud se volvió un negocio, donde nosotros somos los perjudicados y por la defensa de la salud nos vemos abocados a todas estas cosas.⁸⁶

La Delegatura pudo corroborar, por medio del testimonio de **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ** (gerente regional de **EMSSANAR**), que las **ESE** asociadas no suspendieron los servicios de salud a la **EPS EMSSANAR** por dos razones:

⁸⁶ Minutos 1:50:18 a 1:56:32 de la declaración de parte de **AESANAR** y **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ**. Folio 1721 del cuaderno público No. 10 del expediente.



“EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: ¿Sírvese contestar si en algún momento alguna **IPS** pública afiliada a **AESEENAR** les cerró los servicios como presión para la firma de los contratos de prestación de servicios de salud?

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: No podrían haberlo hecho, doctor Burbano, porque usted sabe que estaban pagados con anticipación.

EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: Pero la pregunta es clara, ¿si nosotros hicimos algún cierre de nuestros servicios como medida de presión para la firma?

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: No los cerraron por dos causas. Una, nosotros mandábamos una carta de intención, dos, el servicio es pagado por anticipación. Nunca hubo cierre.⁸⁷”

No obstante lo manifestado por los investigados y por **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ**, para la Delegatura es claro que las comunicaciones enviadas por **AESEENAR** informando sobre la suspensión de los servicios fueron utilizadas como medios de coerción. Se destaca que las advertencias realizadas por **AESEENAR** buscaban asegurar que las **EPS** del departamento de Nariño contrataran la prestación de los servicios de salud con las **ESE** asociadas teniendo en cuenta lo establecido por la asociación. A la luz del artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 se encuentra prohibido que se establezcan políticas que tengan por objeto impedir, restringir o interrumpir la prestación del servicio de salud. Por lo tanto, las amenazas realizadas por **AESEENAR** de suspender los servicios de salud tenían objeto ilícito. El hecho de obligar a las **EPS** a negociar utilizando medidas de coerción relacionadas con la suspensión de servicios de salud, es una violación al régimen de competencia y a la norma especial de asociaciones del sector salud.

6.2. Adecuación jurídica

Una vez descrita la conducta de **AESEENAR**, la Delegatura procede a realizar la adecuación jurídica. Este ejercicio permitirá determinar las razones por las cuales las decisiones y políticas internas tomadas por **AESEENAR** vulneraron el régimen de protección de la libre competencia económica. Esta Delegatura demostró que **AESEENAR** transgredió la prohibición prevista en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 por haber adoptado decisiones y políticas internas que tuvieron por objeto y como efecto restringir y falsear el juego de la libre competencia económica en el mercado de la contratación de los servicios de salud. Esta conducta la pudo realizar a través de su posición como agremiación de **ESE** y a través de amenazas encaminadas a impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud, lo cual también tiene objeto ilícito a la luz del derecho de la libre competencia económica.

Para el efecto, la Delegatura expondrá, en primer lugar, la competencia de la Superintendencia para adelantar investigaciones ante la vulneración del Decreto 1663 de 1994. En segundo lugar, presentará las razones por las cuales **AESEENAR** incurrió en la prohibición prevista en el artículo 4° del Decreto 1663 de

⁸⁷ Minutos 21:10 a 22:07 del testimonio de **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ**. Folio 1744 del cuaderno público No. 10 del expediente.



1994 como consecuencia de las siguientes conductas: a) fijación de lineamientos y toma de decisiones por parte de **AESENAR** respecto de las condiciones para las negociaciones de la prestación de los servicios de salud que adelantaba en nombre de las **ESE** asociadas con las **EPS**; b) negociaciones directas entre **AESENAR** y las **EPS** para la contratación de la prestación de los servicios de salud en algunos municipios del departamento de Nariño y; c) la utilización de mecanismos de coerción o amenazas con el fin de lograr las negociaciones de la prestación de los servicios de salud en caso de no adoptarse las condiciones previamente establecidas en el marco de la Asociación. Por último, se hará referencia a la responsabilidad de la persona natural vinculada a esta investigación.

6.2.1. Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

Atendiendo lo establecido en los artículos 4 y 6 de Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia, en ejercicio de sus funciones administrativas, se encuentra facultada para adelantar investigaciones e imponer sanciones por la vulneración del Decreto 1663 de 1994. En primer lugar, el artículo 4 de Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 4. NORMATIVIDAD APLICABLE. *La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico”.* (Subrayado y destacado fuera del texto)

De conformidad con lo establecido en este artículo, el régimen de protección de la competencia económica lo componen, por un lado, la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen. Por otro lado, el régimen de protección de la competencia también está compuesto por los regímenes que contienen disposiciones especiales para algunos sectores o actividades. Dentro de estas normas particulares se encuentra el Decreto 1663 de 1994, el cual se encarga de regular la “*libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios de salud*”, tal como lo señala el artículo 1 de ese Decreto.

En este orden, el artículo 10 del Decreto 1663 de 1994 establece que “*corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio la aplicación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en el mercado de los servicios de salud, en los términos contemplados por el presente Decreto, por la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, así como por aquellas normas que las modifiquen, sustituyan o complementen*”. Por lo anterior, le corresponde a esta Superintendencia la aplicación del Decreto 1663 de 1994, así como la instrucción de investigaciones y la imposición de multas en contra de sus infractores.



Resulta pertinente advertir que tanto en el régimen general de protección de la competencia, como en el régimen especial del sector salud⁸⁸, las asociaciones y agremiaciones son destinatarios de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, el régimen de competencia se aplica *“respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”*.

Sobre el particular, en reiteradas oportunidades esta Superintendencia ha señalado que las asociaciones y agremiaciones son agentes que, aun cuando no participan directamente en el juego de la oferta y demanda, sí tienen la capacidad de incidir en el desarrollo del mercado. Lo anterior, por cuanto las asociaciones y agremiaciones desarrollan actividades para representar los intereses de sus asociados por medio de recomendaciones, directrices o decisiones que tienen la *“potencialidad de influir la forma en que se desempeñan sus miembros en el mercado”*⁸⁹.

Así se estableció, igualmente, en la Resolución No. 41687 del 5 de agosto de 2011. Mediante ese acto la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a la Asociación de Hospitales de Risaralda (ASHORALDA) y otros, por infringir la prohibición prevista en el artículo 4° del Decreto 1663 de 1994. En ese acto se afirmó lo siguiente:

“No obstante, algunas de las actividades desarrolladas por esta clase de asociaciones pueden restringir la libre competencia, vulnerar los intereses de los consumidores o de los demás agentes económicos. Por tanto, dichas entidades deben abstenerse de adoptar decisiones, implementar normas o recomendaciones o desarrollar otras actividades que puedan tener el potencial para restringir o falsear la libre y leal competencia conforme con lo dispuesto por la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 y las disposiciones relacionadas de la Ley 1340 de 2009”.

En la misma línea argumentativa, mediante la Resolución No. 56816 de 2014 esta Superintendencia sancionó a la Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia (AESA). En esa oportunidad aclaró que *“(…) de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, las normas de competencia se aplican respecto de todo*

⁸⁸Decreto 1663 de 1994. Artículo 3. **PROHIBICIÓN GENERAL A LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.** (...)

*Serán aplicables a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, **las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector** y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2.153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen.*

⁸⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015 y *“Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios de profesionales”*. Link. http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/cartilla_sobre_asociaciones_de_empresas_y_asociaciones_e_profesionales2.pdf. Pág. 5.



aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar su desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica". (Subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, el Decreto 1663 de 1994 establece explícitamente que la prohibición prevista en el artículo 4 es aplicable a las asociaciones o sociedades científicas de profesionales o auxiliares del sector salud. Por lo anterior, no cabe duda de que la normativa considera que las asociaciones son sujetos de investigación y eventualmente de sanción por la comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia económica. De esta forma, esta Superintendencia se encuentra igualmente facultada para adelantar investigaciones administrativas e imponer sanciones contra asociaciones y agremiaciones en aquellos eventos en los que, como en el presente caso, incurran prácticas restrictivas de la libre competencia económica.

6.2.2. Infracción al artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 por parte de **AESENAR**

La Delegatura encontró que las circunstancias referidas en el acápite de la imputación fáctica constituyen prueba de la infracción del artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, en desarrollo de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992. Aquella norma establece lo siguiente:

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

La prohibición referida tiene por finalidad garantizar la libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios del sector salud. Por esta razón, se prohíbe que las asociaciones, sociedades científicas y profesionales o auxiliares adopten decisiones o políticas internas que tengan por objeto o como efecto:

- i) Impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud;
- ii) Abusar de una posición de dominio sobre el mismo; e
- iii) Impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Las actuaciones de **AESENAR** que se investigan en el presente caso se subsumen en la prohibición establecida en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. La Asociación adoptó decisiones o políticas internas con el objeto y el efecto de restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud. Lo anterior se comprobó ya que, primero, la Asociación influenció y unificó las políticas de contratación adelantadas por las **ESE** del departamento de Nariño con respecto a las **EPS**. Segundo, participó en las negociaciones de contratación, no solo como asesor de las **ESE** sino como su representante. Tercero, utilizó mecanismos de coerción o amenazas para



efectivizar las actuaciones mencionadas por parte de la Asociación. Estas conductas quedaron probadas de la siguiente manera:

6.2.2.1. *Fijación de lineamientos y toma decisiones relacionadas con las condiciones para contratar la prestación de los servicios de salud entre las ESE y las EPS, en algunos municipios del departamento de Nariño.*

Esta Superintendencia ha analizado situaciones similares a la investigada en esta actuación administrativa. En la Resolución No. 41687 del 5 de agosto de 2011 sancionó a la Asociación de Hospitales de Risaralda (**ASHORALDA**) y a su representante legal por infringir la prohibición prevista en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. En el referido acto administrativo indicó que las actuaciones contrarias a tal disposición son aquellas que están “(...) encaminadas a determinar la publicidad, los estándares técnicos, compartir información que por su naturaleza debería ser reservada entre competidores o determinar las condiciones contractuales que deben tener los asociados.” (Subrayado fuera de texto)

En la misma línea, la Superintendencia, a través de la Resolución No. 56816 de 2014, le impuso una sanción a la Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia (**AESA**). En esta ocasión manifestó que las asociaciones deben abstenerse de “(...) *convertirse en centros de decisión colectiva para sus asociados.*”⁹⁰ Adicionalmente, indicó que “*las asociaciones deben ser particularmente cuidadosas en relación con la información o decisiones que toman frente a los precios o tarifas que imponen sus afiliados a terceros. Al respecto, deben abstenerse de establecer los criterios de negociación que apliquen sus afiliados (...)*”⁹¹.

En este orden de ideas, las acciones llevadas a cabo por las asociaciones no podrán tener la potencialidad o el efecto de unificar el comportamiento de sus miembros. Por lo tanto, la homogeneización de diversas variables de competencia como precio, calidad, cantidad y servicio, afectando la libertad individual de participar en el mercado, reviste peligrosidad para el libre desarrollo de la competencia en los mercados.⁹²

Como se comprobó en los hechos del caso, **AESENAR** incurrió en las prohibiciones descritas toda vez que, como consta en sus actas de reunión entre 2013 y 2018, fijó lineamientos a través del órgano directivo de la Asociación. Estas decisiones se adoptaron con el fin de unificar las condiciones de la contratación de la prestación de los servicios de salud, que **AESENAR** presentaría en nombre de las **ESE** asociadas en las negociaciones adelantadas con las **EPS** del departamento de Nariño. Las condiciones de contratación que fijó la asociación se centraban principalmente en el incremento de la **UPC** base de contratación y de las tarifas de la contratación de las actividades de promoción y prevención. No obstante, como se constató en el acta del 24 de febrero de 2014, para la

⁹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 56816 de 2014 en contra de la Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia (AESA), pág., 24.

⁹¹ *Ibidem*

⁹² https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/CARTILLA_GREMIOS.pdf. Pág., 11 y 12.

contratación de otros servicios se proyectó incluso un listado de tarifas o precios que se pretendió aplicar de manera uniforme dentro de las **ESE** asociadas.

Como se describió en este informe, quedó demostrado también que **AESENAR** fijó lineamientos en la contratación de los servicios de salud a través de la elaboración de una minuta de contrato. Dicha minuta fue enviada a varias **EPS** como ocurrió con **EMSSANAR**, a quien se le allegó una minuta de contratación para los servicios de salud del año 2015⁹³. Dicha conducta quedó demostrada igualmente respecto de las **EPS ASMET SALUD**⁹⁴, **EMSSANAR**⁹⁵, **COMFAMILIAR**⁹⁶ y **CAPRECOM**⁹⁷.

En síntesis, son contrarias a la libre competencia económica las conductas de asociación encaminadas a determinar las condiciones contractuales que deben tener los asociados frente a terceros, de manera que la asociación se convierta en centros de decisión colectiva que estimulen la unificación de criterios de competencia. Es así que, por las conductas relacionadas dentro de los antecedentes fácticos del caso, se concluye que **AESENAR** determinó los lineamientos y condiciones contractuales para sus asociados. Las decisiones en el marco de la asociación tenían la potencialidad o el efecto de unificar diversas variables de competencia como precios, tipo de servicios, incremento de la **UPC** e imposición de contratos uniformes. Estas situaciones limitaron la libertad individual de las **ESE** en el mercado previamente definido. En consecuencia, la asociación vulneró la prohibición del artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 al impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud.

6.2.2.2. Negociaciones directas entre **AESENAR** y las **EPS** para la contratación de los servicios de salud en algunos municipios del departamento de Nariño.

Las negociaciones que adelantan las **EPS** y las **ESE** para realizar la contratación de la prestación de los servicios de salud, se deben realizar de forma individual entre las instituciones. La anterior regla se desprende del Decreto 4747 de 2007, “por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo (...)”. En el citado Decreto, a partir del Capítulo II, se especifican los requisitos mínimos que se deben acatar al momento de realizar negociaciones y suscribir acuerdos de voluntades entre los prestadores del servicio de salud, como las **ESE**, y los responsables del pago de los servicios de salud, como las **EPS**.

Las disposiciones antes citadas desarrollaron el contenido del artículo 179 de la Ley 100 de 1993. En este artículo se dispuso que “(...) las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales”. En la contratación que adelanten

93

OID

2154.

Path.

01_AESENAR.ad1/AESENAR:C:\Users\AESENAR\Downloads\20150113084839 (1).pdf

⁹⁴ Folio 395 y 396 del cuaderno público No.2.

⁹⁵ Folio 400 y 421 del cuaderno público No.2 y 3.

⁹⁶ Folio 422 y 423 del cuaderno público No.3.

⁹⁷ Folio 424 y 425 del cuaderno público No.3.



las **EPS** con las **ESE** se “(...) *podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos*”. Esto evidencia la libertad individual que debe regir las contrataciones para la prestación de los servicios de salud. En caso de que esta libertad se viera limitada o interrumpida se configuraría así una falta a la libre y leal competencia entre los agentes del mercado relevante para este caso.

Es de resaltar que la Superintendencia, mediante la Resolución No. 56816 de 2014, impuso una sanción a **AESA**. En esa oportunidad fue reiterativa en señalar que la unificación de las condiciones contractuales que deben aplicar los asociados frente a terceros resulta contrario a la libre competencia. Lo anterior se desprende, además, de los pronunciamientos realizados por la Comisión Nacional de Competencia española⁹⁸:

“El consejo valora que según los HP 36, 37, 38, 39, 43,45, 47, y 51 desde AEDE se trabajó también para elaborar un marco contractual para estandarizar ciertas políticas comerciales, con la intención de que éste fuese aplicado en los contratos a firmar individualmente entre cada editor y cada empresa de pressclipping. AEDE por tanto es responsable tanto de haber participado en el diseño para la unificación de las condiciones comerciales que debían regir en los contratos a firmar entre editores y empresas de pressclipping, como de haber difundido entre sus asociados el resultado de dicho diseño. (...)”

De nuevo, la actuación colectiva sustituyó a la iniciativa individual que sustenta las bases de una leal competencia entre los agentes en un mismo mercado. (...)”⁹⁹

Las negociaciones directas para la contratación de la prestación de los servicios de salud que sostenía **AESEENAR** con las **EPS**, probadas en el marco de la presente investigación, no se ajustan a las normas de protección de la libre competencia económica. Dichas negociaciones configuran un marco contractual para estandarizar tarifas y condiciones contractuales que debían ser aplicadas en los contratos a firmar individualmente entre las **ESE** asociadas y las **EPS**. Estos actos sustituyen nuevamente la iniciativa individual dada la unificación de las condiciones contractuales que regirían la contratación de la prestación de los servicios de salud.

En este caso, los lineamientos fijados por **AESEENAR** se materializaron a través de negociaciones directas entre la Asociación y las **EPS**, en donde se fijaban elementos esenciales que debían ser contratados entre las **ESE** y las **EPS**. Lo anterior evidenció que la Asociación no solo asesoraba a los diferentes hospitales públicos de algunos municipios del departamento de Nariño, sino que invitaba a que las negociaciones entre estos y las **EPS** se hicieran por intermedio suyo, habiendo acordado con anterioridad lineamientos con todas las **ESE**.

Debido a esto, **AESEENAR** infringió las disposiciones de la libre competencia, toda vez que, en concepto de la Delegatura, incurrió en la prohibición del artículo 4 del

⁹⁸Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 56816 de 2014 en contra de la Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia (AESA), pág., 24.

⁹⁹ *Ibidem*.



Decreto 1663 de 1994 al propiciar la unificación de las condiciones contractuales que deben aplicar los asociados frente a terceros. La obligación de las **EPS** y las **ESE** de realizar la contratación para la prestación de los servicios de salud de forma individual se desprende del artículo 179 de la Ley 100 de 1993, del Decreto 4747 de 2007 y de los pronunciamientos de esta Superintendencia antes citados. Las conductas anteriormente descritas y señaladas dentro de los antecedentes facticos del caso se realizaron desde el año 2013 y se repitieron en años posteriores como el 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018.

Se encuentra probada que la participación de **AESEENAR** en la negociación para la contratación de los servicios de salud entre las **ESE** y las **EPS** era una participación activa más allá del mero asesoramiento, toda vez que la Asociación negociaba directamente proponiendo acuerdos para las contrataciones individuales. Está acreditado entonces que **AESEENAR** no solo fijaba lineamientos y pautas a sus afiliados para la unificación de criterios para las contrataciones con las **EPS**, sino que efectivamente tuvo encuentros con las **EPS** con propuestas consolidadas de intermediación.

El sostenimiento de negociaciones entre **AESEENAR** y las **EPS** repercutió negativamente en la prestación del servicio de salud en algunos municipios del departamento de Nariño. Esto se verificó mediante unas comunicaciones que **EMSSANAR** remitió el 8 de febrero y el 26 de marzo de 2013. En estas comunicaciones **EMSSANAR** solicitaba que la negociación se debía realizar individualmente y de manera inmediata con cada **ESE**, debido a que las demoras o trabas que se estaban presentando impedían el perfeccionamiento de los contratos entre la **EPS** y las **ESE**. La anterior situación impedía la legalización de los pagos para la prestación de los servicios de salud.

Como se comprobó igualmente en los hechos del caso, en el 2014 **AESEENAR** tuvo problemas para llegar a acuerdos con **EPS** como **EMSSANAR**, **COMFAMILIAR**, **CAPRECOM**, **MALLAMAS** y **ASMET SALUD**¹⁰⁰. Debido a esto, el 11 de marzo de 2014 la asociación le solicitó al **IDSN** intervenir en la negociación con las **EPS**. Así lo manifestaron incluso algunos asociados de **AESEENAR**, pues en el acta del 11 de marzo de 2014 se lee:

“La gerente de la ESE de Linares manifiesta que ante las dificultades presentadas en la contratación y debido a que corre el tiempo y esto va en contra del flujo de recursos solicitemos una reunión con la Dra. del Instituto para que ella conozca la situación que se está dando con las EPS y sirva de mediadora para llegar a lograr acuerdos porque si no esto se alarga como en el año 2013 (...)”¹⁰¹. (subrayado fuera de texto)

Las negociaciones que realizó **AESEENAR** directamente con las **EPS** y que concluyeron efectivamente en acuerdos sobre la contratación de los servicios de salud en algunos municipios del departamento de Nariño, como los incrementos de la **UPC** base de contratación y las tarifas de los servicios de promoción y prevención, generan nuevamente que la Asociación se convirtiera en un centro de decisión colectiva con la potencialidad o el efecto de estimular “(...) la unificación

¹⁰⁰ Folio 240 del cuaderno público No.2.

¹⁰¹ Folios 621 a 623 del cuaderno público No. 3.



de criterios de competencia encaminados a establecer condiciones artificiales de mercado.”¹⁰² Dicha homogeneización vulneró la prohibición del artículo 4° del Decreto 1663 de 1994 al impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud.

6.2.2.3. Utilización de mecanismos de coerción o amenazas con el fin de lograr las negociaciones de los servicios de salud en caso de no adoptarse las condiciones previamente establecidas en el marco de la Asociación

Dentro de las conductas prohibidas por el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 se encuentra el impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Es así como la Superintendencia de Salud, mediante la circular Externa 000013 del 15 de septiembre de 2016 en la instrucción primera, estableció que las **IPS** privadas, públicas o mixtas como entidades vigiladas no pueden:

“implementar estrategias de cierre de servicios como mecanismo para exigir el pago de obligaciones a cargo de sus aseguradores y tampoco podrán utilizar medidas, acciones o procedimientos administrativos de cualquier tipo, directa o indirectamente obstaculicen, dificulten o limiten el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios del Sistema de Seguridad en Salud.”¹⁰³

En la adecuación fáctica del caso se comprobó que **AESEENAR** implementó mecanismos de coerción con el fin de lograr las negociaciones de los servicios de salud en las condiciones previamente establecidas en el marco de la asociación. Esta amenaza se cumpliría si las **EPS** no garantizaban el flujo de recursos a los asociados o si no se lograba un acuerdo en la contratación de los servicios de las **ESE** por parte de las **EPS**.

Las advertencias realizadas por parte de **AESEENAR**, tendientes a cerrar servicios y organizar un plantón como mecanismos para llegar a acuerdos de contratación y generar el flujo de recursos, vulneraron las disposiciones contenidas en artículo 4 del Decreto 1663 de 1994. Esas acciones tuvieron por objeto o como efecto impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Por las razones expuestas anteriormente, la Delegatura concluye que **AESEENAR** adoptó decisiones que tuvieron por objeto y como efecto restringir y falsear el juego de la libre competencia en el mercado. Lo anterior, debido a que la asociación adoptó decisiones y políticas internas que afectaron la contratación de la prestación de los servicios de salud en ese departamento. Igualmente, participó directamente como asesora y representante de las **ESE** en las negociaciones de la contratación realizadas con las **EPS** en algunos municipios del departamento de Nariño. En ese ámbito fijó lineamientos y condiciones de contratación, así como precios concertados y uniformes para los servicios ofrecidos por las **ESE**. Finalmente, implementó mecanismos de coerción para efectuar las negociaciones, lo que excede el papel legalmente permitido a las asociaciones gremiales. Todo lo

¹⁰² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 56816 de 2014 en contra de la Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia (AESA), pág., 24.

¹⁰³ Consultar en el siguiente enlace:
<https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/CircularesExterna/circular%20externa%20013%20de%202016.pdf>



anterior generó la infracción al artículo 4 del Decreto 1663 de 1994, en desarrollo de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992.

6.2.3. Responsabilidad de la persona natural investigada

Agotadas las consideraciones en relación con la responsabilidad de **AESENAR**, se procede a determinar la responsabilidad de la persona natural que participó en el desarrollo de las conductas anticompetitivas objeto de análisis. Según lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, son sujetos de sanción cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia. Debido a esto, la Delegatura encontró que **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** (presidente y representante legal de **AESENAR**) llevó a cabo las conductas restrictivas de la competencia por las que se investiga a **AESENAR**.

La conducta de **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** se evidenció en cada uno de los elementos de prueba descritos en la imputación fáctica. La conducta del presidente de **AESENAR** se desplegó desde la fijación de los términos de contratación, la negociación directa con las **EPS** sin permitir la negociación entre las **ESE** y las **EPS** de manera libre y la implementación de medios coercitivos con el fin de asegurar la contratación de acuerdo a las condiciones previamente fijadas por la asociación. Por todo esto, la Delegatura concluye que **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ** autorizó y ejecutó las conductas investigadas.

7. AFECTACIÓN AL MERCADO OBJETO DE ANÁLISIS

A través de la conducta realizada por **AESENAR**, descrita en el numeral anterior, la Delegatura procederá a establecer cómo esa situación tuvo efectos adversos en el mercado. Para tal fin, en primer lugar se analizará la afectación que se materializó en las negociaciones entre las **EPS** y las **ESE**. En segundo lugar se describirá el producto afectado y, finalmente, la zona geográfica afectada.

7.1. Afectación a las negociaciones entre las EPS y las IPS – ESE

Como se describió en el numeral 5 de este informe, las **ESE** ofrecen los mismos servicios de salud de acuerdo con los niveles de atención. Sin embargo, existen algunos elementos diferenciadores entre instituciones, como la capacidad de las instalaciones, la ubicación geográfica o la población objetivo de atención. Estos factores diferenciadores no fueron tenidos en cuenta por **AESENAR** a la hora de fijar los lineamientos y condiciones de negociación, pues su pretensión era adelantar la contratación en bloque por parte de todas sus asociadas.

AESENAR fijó lineamientos y tomó decisiones relacionadas con las condiciones contractuales que debían ser presentadas por parte de sus **ESE** asociadas a las **EPS**. En este sentido, **AESENAR** desconoció que las negociaciones entre las **EPS** y las **ESE** se debían realizar de manera libre, autónoma y directa, con el objetivo de que los agentes del mercado tuvieran la posibilidad de establecer las condiciones particulares para cada caso. De esta situación dio cuenta **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ** (gerente de la **EPS EMSSANAR**) en su



declaración virtual rendida el 3 de marzo de 2020. En esta declaración se mencionó lo siguiente:

“EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: *Usted manifiesta que existía un problema con la asociación. ¿Qué tipo de problema se tenía con la asociación para llegar a un acuerdo de voluntades con las diferentes ESE del departamento?*

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: *Yo no he dicho en este momento que existía un problema, pero lo que existía era una pretensión de la asociación de querer negociar de una forma única con todos los prestadores que estaban agremiados a dicha asociación sin considerar los criterios que yo les comenté hace un momento, que eran según los servicios que estuviesen habilitados y según su capacidad resolutive”¹⁰⁴.*
(...)

“DELEGATURA: *En la resolución de apertura de investigación que se le abrió a la asociación, en la página 21 en un oficio enviado por EMSSANAR del 30 de enero de 2014, se le advirtió a AESEENAR que no negociaría la prestación del servicio en conjunto con las ESE asociadas (...) podría explicarnos a que hacía referencia que no querían negociar la prestación de servicios en conjunto con la asociación?*

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: *Como le comentaba, lo que se pretendía era generar una negociación de orden único con los prestadores agremiados en la asociación. Entonces EMSSANAR ratificaba y sigue ratificando que la negociación debe ser de orden individual porque las condiciones que tiene cada uno de los prestadores o cada ESE son diferentes y no permiten homologar una negociación a otra porque los servicios que tienen habilitados cada prestador son diferentes. Entonces, si uno tiene laboratorio el otro no lo tiene, si uno tiene hospitalización el otro no lo tiene. En ese orden de ideas un porcentaje de negociación no puede ser igual (...)”¹⁰⁵.*

Por otra parte, esta Delegatura corroboró que para el periodo comprendido entre 2013 y 2018 AESEENAR anualmente enviaba comunicaciones y citaba a reuniones con las diferentes EPS del departamento de Nariño. Esto con el fin de adelantar negociaciones en conjunto para la contratación de los servicios de salud en nombre de las ESE asociadas. Esta situación fue reafirmada por FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ (gerente de la EPS EMSSANAR) en la declaración citada, en la que indicó:

“DELEGATURA: *¿Recibía usted propuestas de contratación por parte de la Asociación?*

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: *Sí, por parte de la asociación muchas veces hicieron unas dos o tres cartas que se recibieron por parte de la asociación,*

¹⁰⁴Minutos 14:40 a 15:32 del testimonio de FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ. Folio 1744 del cuaderno público No. 10 del expediente.

¹⁰⁵Minuto 40:52 a 42:20 del testimonio de FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ. Folio 1744 del cuaderno público No. 10 del expediente.



referente a los incrementos que ellos propondrían para el siguiente año o para la negociación.”¹⁰⁶

Finalmente, la Delegatura comprobó que **AESENA**R estableció medidas coercitivas con el fin de asegurar la celebración de los contratos entre las **EPS** y las **ESE** de acuerdo a las condiciones fijadas por la agremiación. **AESENA**R adelantó esta acción a través de comunicaciones a las **EPS** en las que les advertía sobre la suspensión de los servicios de salud si no accedían a cumplir con las condiciones resultantes de los acuerdos para la contratación de los servicios de salud en el marco de la asociación.

7.2. Mercado afectado

El funcionamiento del mercado de dos lados en el sector salud implica que existan negociaciones para la prestación de los servicios entre las **EPS** y las **IPS**. Por esta razón, este informe definirá de forma específica el mercado que resultó afectado por las conductas investigadas teniendo en cuenta el producto y el ámbito geográfico.

7.2.1. Producto afectado

El producto afectado por la conducta desplegada por **AESENA**R corresponde a la contratación para la prestación de los servicios de salud entre las **EPS** y las **ESE** que operan en algunos municipios del departamento de Nariño. La afectación del producto objeto de esta investigación se evidenció en la información obrante en el expediente. Al respecto **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ** manifestó:

“EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: ¿Sírvese contestar si la asociación le causó algún perjuicio o daño a la **EPS EMSSANAR** en la prestación de servicios de salud en el trámite de legalización de la contratación?

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: La dificultad que se ocasionó es la inoportunidad en la legalización de los mismos. Usted es conocedor, doctor, que se llegaba a julio, agosto y nosotros aun teníamos contratos pendientes por legalizar con algunas **ESE** de la asociación”¹⁰⁷.

En ese mismo sentido, **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ** también señaló:

“EDGAR ALBERTO BURBANO MARTÍNEZ: ¿De parte de la asociación se presentó algún perjuicio financiero o de otro tipo en el trámite de la legalización de la contratación?

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: La inoportunidad ya manifestada. Como le comenté entonces la no definición de las condiciones de las negociaciones, sobre todo de contrato vía cápita, tampoco nos firmaban la contratación de evento y habían también, de igual manera, retrasos administrativos en los procesos de facturación y de auditoría de los contratos de evento, para nosotros eso es un

¹⁰⁶ Minutos 37:02 a 37:28 del testimonio de **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ**. Folio 1744 del cuaderno público No. 10 del expediente.

¹⁰⁷ Minutos 27:03 a 28:50 del testimonio de **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ**. Folio 1744 del cuaderno público No.10 del expediente.



*retroceso y de parte de ustedes había demora en el ingreso de los RIPS¹⁰⁸, tanto de la contratación de cápita como de la contratación de evento sin tener la **EPS** la información suficiente para soportar los procesos”¹⁰⁹.*

En concordancia con lo manifestado anteriormente, **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ** (gerente de la **EPS EMSSANAR**) confirmó una vez más cómo la participación de **AESEANAR** en la negociación para la contratación de los servicios de salud con cada una de las **ESE** asociadas causó retrasos en el normal desarrollo de los procesos de negociación. Al respecto declaró lo siguiente:

*“**DELEGATURA:** Manifestó en respuestas anteriores que estas negociaciones grupales podían generar dilaciones en los procesos de contratación de forma individual con cada una de las **ESE**. ¿Cómo afectaba la oportunidad de estos puntos de discusión entre la asociación y **EMSSANAR**?*

***FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ:** Como no podemos ponernos de acuerdo en una sola instancia o en dos instancias o en dos reuniones a los porcentajes o a los criterios de las negociaciones, se hacía reunión tras reunión y yo no sé, pues, si los prestadores, desconozco, necesitaban tener un visto bueno, o yo no sé de parte de la asociación para poder decir que sí a los procesos de negociación que nosotros hacíamos. Entonces las negociaciones nosotros la hacíamos, levantábamos actas pero no concretábamos, entonces se iban largo en el tiempo, entonces ya por necesidad se firmaba el contrato porque tenemos 8 meses sin registrar, por ejemplo, los procesos de evento, porque no se entregaban las facturas, no se entregaban los RIPS y con todos los RIPS del proceso de cápita o clientes por ingresar, entonces nos afectaba ostensiblemente el proceso de oportunidad en la legalización de la contratación”¹¹⁰.*

Esta Delegatura concluye que la intervención directa de **AESEANAR** en la negociación de los contratos desconocía la libertad de negociación que debe existir entre las **EPS** y las **IPS**. Esta conducta ocasionó retrasos por más de 6 meses en la legalización y firma de los contratos, generando con este actuar desinformación para las **EPS** y retrasos tanto en la facturación como en los reportes de atención prestada a los usuarios.

7.2.2. Zona geográficamente afectada

Como se describió en la Resolución No. 61069 de 2019, el departamento de Nariño cuenta con 13 **EPS** habilitadas para adelantar la contratación de la prestación de servicios de salud con las diferentes **IPS** (públicas, privadas o

¹⁰⁸ Los Registros Individuales de Prestación de Servicios de Salud – RIPS, se define como el conjunto de datos mínimos y básicos que el Sistema General de Seguridad Social en salud requiere para los procesos de dirección, regulación y control y como soporte de la venta de servicios, cuya denominación, estructura y características se ha unificado y estandarizado para todas las entidades a que hace referencia el artículo segundo de la resolución 3374 de 2000 (las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), de los profesionales independientes, o de los grupos de práctica profesional, las entidades administradoras de planes de beneficios y los organismos de dirección, vigilancia y control del SGSSS.). Consulta 1 de abril de 2020.

Ver: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/OT/FAQ-RIPS.pdf>

¹⁰⁹ Minutos 29:09 a 30:20 del testimonio de **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ**. Folio 1744 del cuaderno público No.10 del expediente.

¹¹⁰ Minutos 44:21 a 46:09 del testimonio de **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ**. Folio 1744 del cuaderno público No.10 del expediente.

mixtas) establecidas en el departamento. La Delegatura identificó que, para el periodo comprendido entre los años 2013 y 2018, 40 **ESE** hacían parte de **AESEENAR**. Estas **ESE** afiliadas pueden ser clasificadas en dos grupos: primero, las **ESE** que son únicas prestadoras del servicio de salud en el municipio y, segundo, las **ESE** que no son las únicas prestadoras del servicios de salud debido a que en los municipios existen otras **IPS** ya sean públicas, privadas o mixtas, que también prestan los servicios. Para cada caso la negociación que imponía **AESEENAR** generaba efectos adversos, como se expondrá a continuación.

Para el periodo investigado, 28 **ESE** asociadas a **AESEENAR** estaban ubicadas en municipios en los que eran las únicas habilitadas para prestar los servicios de salud¹¹¹. En estos casos, las **EPS** estaban obligadas a contratar con estas **ESE** sin importar las condiciones que le fueran impuestas, debido a que, para poder prestar el servicio de aseguramiento en ese municipio, debían contar con la **IPS** que pudiera prestar el servicio de atención en salud.

Por otro lado, en los casos en que las **ESE** no eran las únicas prestadores del servicio de salud en el municipio, la Ley establece unas condiciones especiales relacionadas con el porcentaje de servicios que deben contratar las **EPS** con las **ESE**. El artículo 16 de la Ley 1122 de 2007¹¹² impone a las **EPS** del régimen subsidiado la obligación de contratar un mínimo del 60% de su gasto en salud con las **ESE** del municipio de residencia del afiliado. Esta condición legal hace que, sin importar el número de **IPS** que se encuentren en el municipio, las **EPS** en todo caso deban contratar la mayoría de su presupuesto con las **ESE**¹¹³.

Teniendo en cuenta los escenarios anteriores, en la mayoría de los casos las **EPS** no tenían opciones de negociación con ninguna otra **IPS**. La situación descrita favoreció la posición de **AESEENAR** para presionar a las **EPS** con el fin de que contrataran con sus asociados de acuerdo con las condiciones que la asociación estableciera. Esta condición y la acción de **AESEENAR** también fueron corroborados por **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ** (gerente de la **EPS EMSSANAR**), quien al respecto declaró lo siguiente:

*“DELEGATURA: En una respuesta anterior usted nos comentó sobre la dificultad que había cuando hay un solo prestador en determinado municipio. ¿para estos casos cómo era la forma de negociar por parte de su **EPS**?”*

¹¹¹ Folio 1542 del cuaderno público No. 9 del expediente.

¹¹² "(...) Las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado contratarán obligatoria y efectivamente un mínimo porcentual del gasto en salud con las Empresas Sociales del Estado debidamente habilitadas en el municipio de residencia del afiliado, siempre y cuando exista allí la correspondiente capacidad resolutive. Dicho porcentaje será, como mínimo, el sesenta por ciento (60%) (...)."

¹¹³ El transporte entre municipios y la situación vial del departamento de Nariño es limitado y esto afecta la conectividad y el tiempo de traslado de sus habitantes. Los tiempos de traslado, distancia y tipo de transporte entre municipios vecinos se estudió en el documento denominado "MODELO DE ATENCION EN SALUD Y ESTUDIO DE LA SITUACIÓN DE LA PRESTACIÓN PUBLICA DE SERVICIOS DE SALUD EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO RED DE PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD" del INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO - IDSN. Ver: http://idsn.gov.co/site/web2/images/edocs/docum_red_svcios_narino_diagnostico.pdf. Páginas 38 a 49. Consulta 7 de abril de 2020.

FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ: De hecho, dentro de la estructura del proceso de contratación que nosotros tenemos nosotros hacemos la propuesta, que sea aceptada o no era lo que nos llevaba a alargar el tiempo. Las **ESE** generalmente estuvieran o no dentro de la asociación nos hacían una contrapropuesta y esa contrapropuesta siempre entraba a concertar o a revisar dentro del proceso de negociación para poderla validar o no y eso era lo que hacíamos. Y una **ESE** que sea única en el municipio toca contratarla sí o sí porque además es pública¹¹⁴.

De acuerdo con las situaciones descritas, esta Delegatura encuentra que existe afectación en la negociación entre las **EPS** y las **ESE** cuando estas últimas imponen las condiciones sin tener en cuenta las situaciones particulares. Esto se ve reflejado en los retrasos en la legalización de los diferentes contratos, debido a que, como se describió, **AESENAR** negociaba de manera directa y con condiciones preestablecidas los contratos entre las **ESE** y las **EPS**. Esta situación, como se expuso a lo largo de este informe, configuró una practica restrictiva de la competencia con efectos negativos en el mercado objeto de análisis.

8. RECOMENDACIÓN

Conforme con lo expuesto en este informe motivado, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia recomienda al Superintendente de Industria y Comercio declarar administrativamente responsable y sancionar a **AESENAR** por infringir la prohibición descrita en el artículo 4 del Decreto 1663 de 1994.

Igualmente, recomienda declarar administrativamente responsable y sancionar a **EDGAR ALBERTO BURBANO MARTINEZ** (Presidente y Representante Legal de **AESENAR**) por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber participado en los comportamientos anticompetitivos ejecutados por **AESENAR**.

Atentamente,

JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA

¹¹⁴Minutos 1:00:20 a 1:01:43 del testimonio de **FERNANDA BRAVO ORDOÑEZ**. Folio 1744 del cuaderno público No. 10 del expediente.

