

# Controlando al metete... a la colombiana\*<sup>1</sup>

Sobre la inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto 1717 de 2007 y la monopolización de las afiliaciones al régimen subsidiado de salud en el Departamento del Chocó<sup>2</sup>

ALEXIS FARUTH PEREA SÁNCHEZ<sup>3</sup>  
aperea@ajfconsultores.com  
aperea@pereasanchez

## RESUMEN

En el presente artículo, el autor expondrá las razones por las cuales considera que el Decreto 1717 de 2007, expedido por el gobierno colombiano, constituyó una intervención indebida del Estado en la economía, al generar una restricción ilegítima a la libre competencia en el mercado de salud subsidiada del Departamento del Chocó, debido a la creación de un monopolio a favor de una empresa estatal.

**Palabras clave:** Intervención estatal, Restricción de la competencia, Monopolio.

\* Fecha de recepción: 8 de octubre de 2012. Fecha de modificación: 25 de abril de 2013. Fecha de aceptación: 30 de abril de 2013.

- 1 Quiero expresar mi agradecimiento al profesor peruano ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ por habernos facilitado su artículo titulado: "Controlando al Metete: La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad"; en *Diálogo con la Jurisprudencia*, t. 149, febrero 2011. Año 16 ([17/03/2011]). Lima – Perú, y por compartirnos algunas de sus opiniones sobre el particular, las cuales fueron fundamentales para la elaboración de este artículo. Advertimos que las opiniones expuestas en este artículo son solo responsabilidad de su autor, y no comprometen en forma alguna al Doctor BULLARD GONZÁLEZ.
- 2 La noción de "Departamento" equivale a la división geográfico-política en que se divide el país; en otras latitudes se les conoce como Estados (Estados Unidos o Brasil), Comunidades Autónomas (España) o Provincias (Argentina).
- 3 Abogado de la Universidad Tecnológica del Chocó (Colombia), Especialista en Derecho del Mercado de Capitales de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), y con perfeccionamiento en Derecho de la Competencia de la Universidad Externado de Colombia. Profesor visitante Universidad Santiago de Cali, Socio de la firma AJF Consulting Group SAS. Datos de Contacto: (+57) 3138569710 – (+57) 1 2881780. Correo-e: aperea@ajfconsultores.com.

KEEPING THE MEDDLERS OUT –COLOMBIAN STYLE:  
THE UNCONSTITUTIONAL AND ILLEGALITY OF DECREE 1717 OF 2007  
AND THE MONOPOLIZATION OF SUBSIDIZED HEALTHCARE IN CHOCÓ

ABSTRACT

In this paper, the author discusses his reasons why the Colombian government Decree 1717 of 2007. This established unnecessary intervention, he argues, generated an unlawful restriction on free market competition for subsidized healthcare in Choco, by creating of a monopoly for a public company.

**Keywords:** Public Intervention, Restriction of Competition, Monopoly.

**Clasificación JEL:** K; K21; L12; L32; L53.

INTRODUCCIÓN

Hace algunos días tuve el gusto de leer un formidable artículo del profesor peruano ALFREDO BULLARD titulado: *“Controlando al Metete: La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad”*, en el cual el autor expone las razones por las cuales en la legislación peruana se considera la violación del principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado como un acto de competencia desleal. En dicho texto, mediante un método muy didáctico, el doctrinante enseña que el Estado, al que denomina “El metete”, al usar los impuestos para financiar su actividad empresarial genera dos efectos claramente nocivos: el primero, abandona su obligación de financiar los bienes y servicios que debería financiar, como infraestructura básica, programas sociales, salud y educación, con lo que el cobro de impuestos sería, en realidad, esquilmar indebidamente al contribuyente y perjudicar al ciudadano; en segundo lugar, porque a través de estas empresas públicas, el Estado compite deslealmente con el sector privado, porque usa dinero del erario público para subsidiar actividad empresarial, limitando la entrada o sacando del mercado a los inversionistas privados que no pueden tener la ventaja de obtener el dinero que aquel obtiene de forma gratuita<sup>4</sup>.

Como ejemplo de los efectos nocivos de la actividad empresarial del Estado, cuando compite con el sector privado, el referido doctrinante utiliza el siguiente:

*Imagínese que fuera dueño de una panadería y tiene al frente, cruzando la calle, otra panadería que compite con la suya. Usted se esfuerza en bajar sus costos, mejorar la calidad, conseguir crédito (porque pagará intereses) o tener socios con quienes compartirá utilidades a fin de conseguir capital. Con ello puede defenderse legítimamente de sus*

4 En este sentido véase, BULLARD GONZÁLEZ (2011: 17-28).

*competidores e incluso mejorar su negocio. Un buen día lo visita la SUNAT<sup>5</sup> y coactivamente le saca el dinero de impuestos y se los lleva. Aturdido por la acción de la autoridad tributaria ve, con cierto alivio y consuelo que los funcionarios de la SUNAT cruzan la calle y se dirigen a la panadería de su rival. "Bueno, por lo menos le cobrarán impuestos a los del frente también".*

*Pero de pronto, para su sorpresa, descubre espantado que los funcionarios de la SUNAT toman el dinero sacado de su panadería y se lo entregan a su competidor. Al día siguiente su vecino (que no es otra cosa que una panadería estatal) compra equipos nuevos, no tiene que pedir crédito y además rebaja el precio del pan aplicando parte del dinero recibido<sup>6</sup>.*

Para el autor, las consecuencias del ejemplo son las que hacen desleal la competencia planteada por el Estado a los particulares. Así, manifiesta que la actividad empresarial estatal no quiebra porque si le va mal recibe más tributos; además vende a precios artificialmente bajos, perjudicando a los inversores privados, con lo que finalmente reduce la eficiencia del funcionamiento del mercado al hacer que la actividad empresarial se base en incentivos equivocados como los objetivos políticos o sociales mal entendidos.

Con base en lo anterior, para el profesor BULLARD es justificable y económicamente lógico que en el artículo 60 de la Constitución peruana se haya consagrado el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, según el cual dicha actividad es excepcional y solo puede presentarse cuando en un mercado no haya oferta privada o esta sea insuficiente para satisfacer la demanda.

En Colombia, a diferencia de lo que ocurre en el Perú, el sistema jurídico no consagra el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado; de hecho, la Constitución política de 1991, la Ley de la administración pública y otras normas de carácter especial, como las del sector salud, consagran y promueven la posibilidad de que el Estado ejerza libremente la actividad empresarial, en un plano de competencia con los particulares, los cuales deben hacer grandes esfuerzos para competir con el propio Estado y los recursos gratuitos que reciben sus empresas. De hecho, en algunos casos, el régimen jurídico colombiano permite crear monopolios a favor de empresas del Estado, como en el caso de los llamados monopolios rentísticos, que comprenden, en principio, los juegos de azar y el comercio de licores producidos por empresas de propiedad de los entes territoriales.

No obstante lo anterior, es evidente que la actividad empresarial del Estado también tiene límites, los cuales se encuentran principalmente en el principio de libre competencia consagrado en el artículo 333 de la Constitución y la prohibición en el ejercicio de los privilegios y prerrogativas propias de la rama ejecutiva del poder público estatuida en el artículo 87 de la Ley 489 de 1998 cuando quiera que ellas compitan con empresas privadas, es decir, estas dos disposiciones pretenden tutelar los dos fundamentos que soportan nuestra política y régimen legal de la competencia, el libre acceso al mercado y la libertad de elección de los consumidores en el mercado. Así, es claro que cualquier acto administra-

5 Superintendencia Nacional de aduanas y administración Tributaria; en Colombia equivale a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (DIAN), en otros países, a las oficinas de impuestos.

6 BULLARD GONZÁLEZ (Ob. cit.).

tivo o conducta ejercida por el Estado que contravenga estos principios resulta contrario a la libre competencia y por ende debe ser excluido del ordenamiento, si se trata de un acto administrativo, o reprimida, si la conducta es ejecutada por dichas empresas.

En este artículo expondremos las razones por las que consideramos que el Decreto 1717 de 2007, expedido por el gobierno colombiano, se constituyó en una intervención indebida del Estado en la economía, al generar una restricción ilegítima a la libre competencia en el mercado de las afiliaciones al régimen subsidiado de la salud del Departamento del Chocó, debido a la creación de un monopolio a favor de una empresa estatal.

Para el efecto, comenzaremos por exponer la estructura del mercado de la salud en Colombia, de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios; posteriormente, presentaremos una breve caracterización económica del Departamento del Chocó, enseñando el mercado relevante afectado por el citado decreto; en seguida, haremos referencia a la intervención del Estado en la economía, la participación de las empresas del Estado en el mercado y su relación con el Derecho de la competencia. Una vez finalizado lo anterior, pasaremos a entrar en materia con el estudio del decreto en mención, nos detendremos en sus consideraciones y en las razones por las cuales estimamos que dicha norma restringió la competencia en el mercado relevante afectado; seguidamente, trataremos de dar respuesta a la interrogante sobre si los afectados por este decreto deberán ser indemnizados por los daños anticompetitivos sufridos en virtud de dicha norma; haremos un repaso a los mecanismos de control de la intervención del Estado colombiano en la economía, y a renglón seguido nos referiremos a la abogacía de la competencia y presentaremos nuestra posición sobre si dicha medida de promoción de la competencia puede ser eficiente como mecanismo de autocontrol del Estado en pro de no afectar la competencia. Finalmente, presentaremos las conclusiones de este artículo.

Por último, queremos dejar en claro que con estas líneas no pretendemos agotar el tema que aquí se trata, simplemente se quiere presentar un posición personal que por supuesto puede ser objeto de críticas y debates; si así fuere, consideraremos que este artículo ha cumplido con el objetivo deseado.

## 1. LA ESTRUCTURA DEL MERCADO DE LA SALUD EN COLOMBIA

Uno de los sectores económicos que en Colombia ha tenido mayor evolución en las últimas dos décadas ha sido el de la salud. El cual, gracias al modelo de economía social de mercado adoptado por la Carta de 1991, pasó de tener una estructura básicamente asistencialista donde el principal actor como asegurador y prestador del servicio era el Estado, a un sistema en el cual tanto éste como los particulares interactúan en el aseguramiento y la prestación de servicios de salud a los usuarios en un régimen de libre competencia.

La Constitución del 91 le dio a la salud una tridimensión: 1. como derecho fundamental de los niños<sup>7</sup>; 2. como derecho social y colectivo de las personas<sup>8</sup>, y 3. como servicio

7 Constitución Política de Colombia, artículo 44.

8 Constitución Política de Colombia, artículos 49 y 78.

público de carácter obligatorio a cargo del Estado, en cabeza del cual está organizar, dirigir y reglamentar la prestación de dichos servicios, al igual que establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control<sup>9</sup>.

En cuanto a su dimensión de servicio público, la salud constituye un importante sector de la economía nacional, el cual se encuentra dividido básicamente en los mercados del aseguramiento de los usuarios en el que participan las llamadas Entidades Administradoras de Planes de Beneficio (EAPB) como las Empresas Promotoras de Salud (EPS, entre otras) y la prestación de servicios de salud.

En general, el sistema de seguridad social en salud en Colombia se rige por 21 principios consagrados en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1438 de 2011 que modificó la primera. Dentro de estos principios, para efectos de este artículo, destacamos los siguientes: *Universalidad*<sup>10</sup>, *Igualdad*<sup>11</sup>, *Obligatoriedad*<sup>12</sup>, *Equidad*<sup>13</sup>, *Calidad*<sup>14</sup>, *Eficiencia*<sup>15</sup> y *Libre escogencia*<sup>16</sup>.

En este entorno, el sistema general de seguridad social en salud ha alcanzado una relevancia superior a la que tuvo antes de que dichos servicios fueran abiertos a la competencia, en gran parte, gracias a la reforma sustancial que implicó la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la cual introdujo los incentivos necesarios para el desarrollo de la iniciativa privada en este mercado, además de crear dos regímenes principales en el ámbito de la prestación de servicios de salud, como son: por una parte, el régimen contributivo, diseñado para todas aquellas personas con capacidad de aportar mediante cotizaciones al sistema para su sostenimiento, dentro del cual encontramos el subsistema de cotización obligatorio que pagan todas las personas que tienen un trabajo formal y los independientes que no reúnen las condiciones para pertenecer al régimen subsidiado, y el régimen complementario de salud en el cual se encuentran aquellas personas que además de contribuir al sistema mediante el pago de sus cotizaciones obligatorias, suscriben contratos de medicina prepagada que les permiten acceder a paquetes de atención en salud que el régimen contributivo general no les proporciona.

9 Constitución Política de Colombia, artículo 49.

10 La universalidad hace referencia a que el sistema debe cubrir a todos los habitantes del país.

11 El principio de igualdad garantiza el acceso a todas las personas residentes en el territorio colombiano sin discriminación, por razones de cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños.

12 Implicaba que la afiliación al sistema es obligatoria tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo.

13 Consiste en que se debe garantizar el acceso al Plan de Beneficios a los afiliados, independientemente de su capacidad de pago y condiciones particulares, evitando que prestaciones individuales no pertinentes de acuerdo con criterios técnicos y científicos pongan en riesgo los recursos necesarios para la atención del resto de la población.

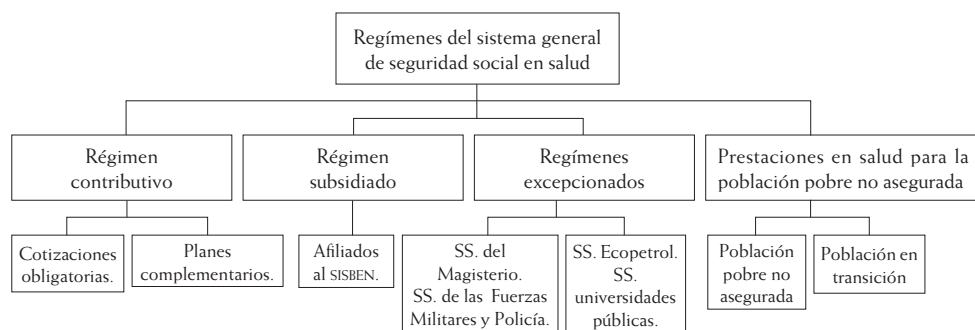
14 Implica que en la prestación de servicios de salud se deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada.

15 Busca una óptima relación entre los recursos disponibles para obtener los mejores resultados en salud y calidad de vida de la población.

16 Procura que los usuarios puedan escoger libremente entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de dicho servicio dentro de su red en cualquier tiempo, independientemente del régimen al cual pertenezcan.

Por otra parte, está el régimen subsidiado, cuya financiación está a cargo del Estado y cuyo objetivo es asegurar en salud a los habitantes más pobres del territorio nacional. Este régimen en principio contaba con dos tipos de usuarios: los beneficiarios del Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para los programas sociales (SISBEN) y los denominados usuarios vinculados que eran aquellas personas que carecían de capacidad de pago y que mientras lograban ser beneficiarios del Régimen Subsidiado, tenían derecho a los servicios de atención en salud en IPS públicas y privadas contratadas por los municipios; esta última categoría actualmente hace parte de un régimen especial denominado prestaciones para la población pobre no asegurada y la población en tránsito a ingresar al régimen subsidiado.

GRÁFICO 1. RÉGIMENES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIALES EN SALUD



Fuente: Elaboración propia.

Igualmente, existen otros dos regímenes especiales: los regímenes excepcionados, que comprenden aquellos grupos de empleados estatales, como el magisterio o las fuerzas armadas, y el ya citado régimen de las prestaciones para la población pobre no asegurada y la población en tránsito a ingresar al régimen subsidiado.

Según la Superintendencia Nacional de Salud, para marzo de 2010 la población asegurada en salud en los distintos regímenes era la siguiente:

TABLA 1. PANORAMA FINANCIERO DEL SECTOR SALUD, CIFRAS 2010

<i>Información de población con corte a marzo de 2010</i>		<i>Personas</i>
Población colombiana		45.414.423
Régimen contributivo (compensados 26-04-2010-17.883.775)	18.069.486	
Régimen subsidiado (BDUA 21.014.656)	23.597.676	
(*) Regímenes de excepción y especiales	2.222.126	
Total asegurados 97%	43.889.288	
Población no afiliada		1.525.135

Fuente: Superintendencia Nacional de Salud.

Según la Tabla 1, para marzo de 2010 el sistema había alcanzado una gran cobertura, beneficiando a casi la totalidad de los colombianos, aunque es evidente que es el Estado y no el sector productivo el que sigue impulsando el mismo; ello resulta del hecho de que más del 50% de los asegurados, lo demuestra el gran número de afiliados al régimen subsidiado, dependen completamente del Estado para poder acceder a dichos servicios.

En cuanto a los actores, la estructura del sector salud en Colombia tiene cuatro grandes grupos que cobijan a los diversos partícipes del sistema:

**a. Organismos nacionales de dirección, vigilancia y control:** a este grupo pertenecen los organismos públicos encargados de expedir la regulación sectorial, vigilar a los actores que participan directamente en el mercado en calidad de oferentes o demandantes y de intervenirlos cuando quiera que se ponga en riesgo la adecuada prestación de los servicios de salud; entre estos actores tenemos: el Ministerio de Salud y la protección social (MINSALUD) antes Ministerio de la Protección Social (MINPROTECCIÓN), que, junto con sus entidades adscritas, actúa como organismo único de dirección del sistema; el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), órgano asesor del MINSALUD, y de la Comisión de Regulación en Salud (CRES), que tiene funciones importantes, como determinar los medicamentos que integran el Plan Obligatorio de Salud (POS), el cual contiene los tratamientos y medicamentos mínimos que deben brindar las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB) a sus usuarios, y la Superintendencia Nacional de Salud (SUPERSALUD), entidad encargada de supervisar el mercado y de dictar instrucciones para su adecuado funcionamiento, entre otras<sup>17</sup>.

**b. Organismos de administración y financiación:** son organismos cuyo rol es administrar los recursos del sistema y financiar la operación del mismo; entre estos organismos tenemos al Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA), que es una cuenta adscrita al MINSALUD manejada a través de un encargo fiduciario; se encarga, entre otras funciones, de recibir el dinero de las cotizaciones de parte de las EPS y otros ingresos del sistema con destino a pagar a las EAPB los recursos que el sistema les reconoce para que puedan garantizar la prestación de servicios a los usuarios. Las EAPB son empresas que actúan como aseguradoras del sistema; sus funciones principales son: afiliar usuarios, recibir las cotizaciones o los fondos estatales destinados a la atención del régimen subsidiado y contratar con prestadores de servicios de salud la atención de los pacientes. Entre estas empresas tenemos Empresas Promotoras de Salud del Régimen Contributivo (EPS- C), las del Régimen Subsidiado (EPS- S), las Empresas Solidarias de Salud (ESS), las Entidades Promotoras de Salud Indígena y las Cajas de Compensación Familiar.

Este es un mercado en competencia donde la iniciativa privada ha transformado el sector, pues se pasó de tener muy pocos actores en donde el Instituto de Seguros Sociales (ISS) era el gran jugador, al contar con una pluralidad de entidades aseguradoras tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, las cuales, según recientes informes del Ministerio de Protección (MINPROTECCIÓN) –hoy MINSALUD– y la Superintendencia Nacional de Salud

17 En este sentido, véase ARROYAVE ZULIAGA (2009).

llegan a las cerca de 70 EAPB, y la razón de que se presente competencia se debe a que las empresas reciben mayores recursos a medida que logran captar un mayor número de afiliados.

Entre las EAPB existen también otros actores como las Entidades Adaptadas en Salud (EAS), las cuales, por ser parte de las conquistas obtenidas por los servidores de algunas entidades y empresas públicas, constituyen un régimen de transición, al punto de que no pueden afiliar nuevos usuarios, y las Empresas de Medicina Prepagada (EMP).

También dentro de estos organismos de administración y financiación, encontramos las Direcciones Territoriales de Salud (DTS), organismos públicos cuya función principal es administrar los recursos que reciben los entes territoriales, distritales o municipales, destinados a la financiación de la población más pobre que no se encuentra afiliada al régimen subsidiado, al subsidio a la población más pobre de los servicios no contemplados en el POS, entre otros.

**Prestadores de Servicios de Salud (PSS):** son personas naturales o jurídicas, cuyo objeto es prestar servicios de salud a través de la contratación de la atención de pacientes asegurados en los distintos regímenes con las distintas EAPB y las DTS, y a los pacientes que acuden a ellas por su cuenta. En Colombia, pueden ser PSS, las IPS privadas o públicas, como el caso de las Empresas Sociales del Estado (ESE), que en general operan los hospitales públicos, los profesionales independientes de salud, los cuales actúan de manera autónoma en la prestación de servicios, y los llamados grupos de práctica profesional.

Como regla general, este es el mercado de la salud que mayores condiciones de competencia ofrece, principalmente entre aquellos PSS que no se encuentran verticalmente integrados a alguna EAPB<sup>18</sup>. Lo anterior, se traduce en que en la práctica en no pocas veces, al no haber en el país una regulación tarifaria de obligatorio cumplimiento (lo que tampoco estimamos recomendable por los incentivos perversos que generaría), los prestadores, a fin de hacerse a los pacientes que deben obligatoriamente las EAPB a través de IPS no integradas verticalmente con ellos, se vean obligados a ceder gran parte del excedente que tienen como productores<sup>19</sup> de dichos servicios, ya que deben contratar a precios que los aseguradores al tener posición de dominio contractual desean pagar, ya que en caso de no tomarlos otro competidor seguramente se hará a dicha cuota de mercado.

c. **Usuarios:** finalmente, encontramos a los usuarios del sistema como los actores más importantes del mismo, ya que son los demandantes de los servicios que son ofrecidos tanto por organismos de administración del sistema, como por los prestadores de servicios.

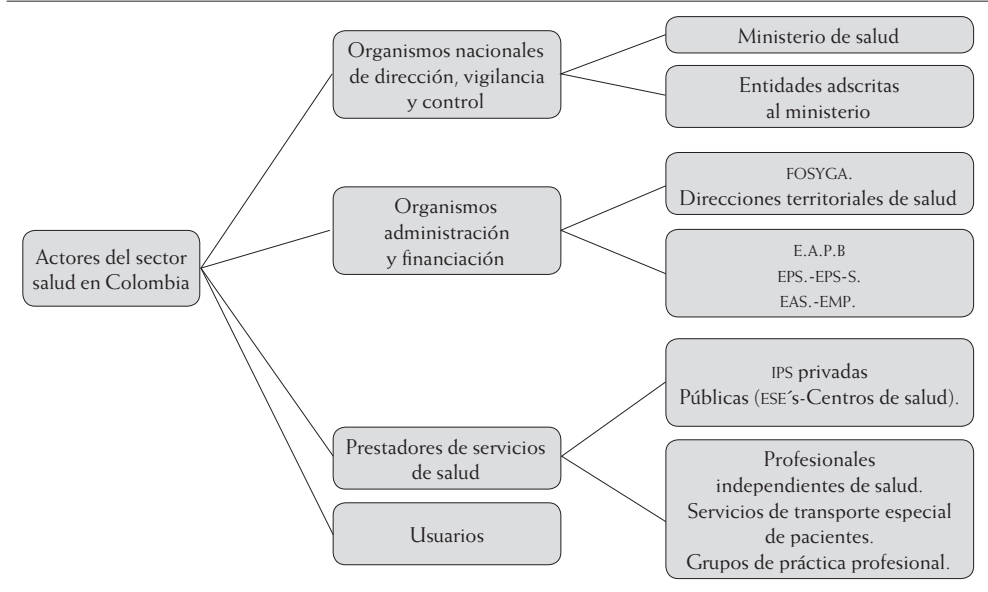
En el sector salud, como lo dijimos, existen principalmente dos regímenes, el contributivo y el subsidiado. En ambos se presenta una intermediación entre los usuarios y los prestadores de servicios, intermediación que viene dada por la existencia de un asegurador, que dentro

18 La integración vertical en salud se presenta cuando una empresa, regularmente una EPS, tiene el dominio sobre algunos o algunos prestadores de servicios de salud, con los cuales contrata la atención de sus usuarios.

19 De acuerdo con el tratadista FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSIO (2010: 29), el excedente del productor es: "la diferencia entre el precio más bajo al que estaría dispuesto a vender, y el precio al que vende. Es la cantidad más grande que puede ser restada del ingreso de los proveedores y aún así el proveedor estaría dispuesto a seguir manufacturando y vendiendo el producto".



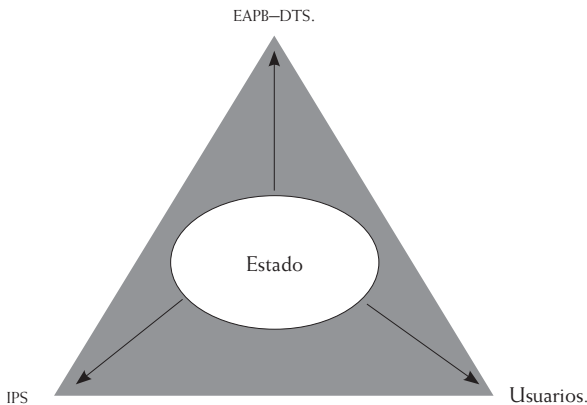
GRÁFICO 2. ACTORES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIALES EN SALUD



Fuente: Elaboración propia, con base en la clasificación de ARROYAVE ZULLIAGA.

del sistema hace las veces de oferente de servicios de aseguramiento frente a los usuarios, para lo cual presenta una red de prestadores integrados a él verticalmente o no, y frente a dichos prestadores, asume la posición de demandante de tales servicios para sus clientes; con esto encontramos que el mercado de la salud está llamado a ser altamente competitivo, en donde el Estado debe actuar principalmente de garante de la adecuada marcha del mismo, interviniendo solo de forma excepcional, cuando quiera que los usuarios puedan verse afectados por el comportamiento de los demás actores. En síntesis, la relación de los actores de este mercado puede verse en el Gráfico 3.

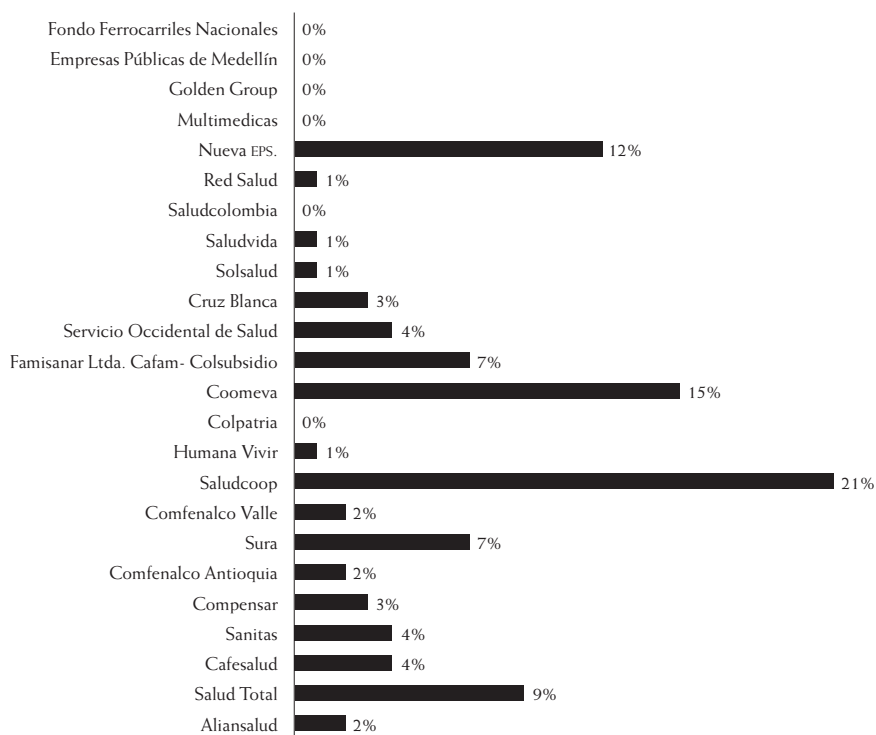
GRÁFICO 3. RELACIONES DE LOS ACTORES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIALES EN SALUD



Fuente: Elaboración propia.

En relación con la participación de los agentes en los distintos mercados del aseguramiento en salud, podemos afirmar, de acuerdo con la información de la SUPERSALUD, que a marzo de 2011 en el régimen contributivo actuaban en dicho mercado un total de 24 EPS –C, las cuales tenían un total de 19.754.923 usuarios. En este mercado, las cinco principales empresas concentran el 64% del mercado, siendo SALUDCOOP el principal agente del mercado con un 21% del mismo, como lo muestra el Gráfico 4.

GRÁFICO 4. PARTICIPACIÓN DE LOS ASEGURADORES (EAPB) EN EL MERCADO DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

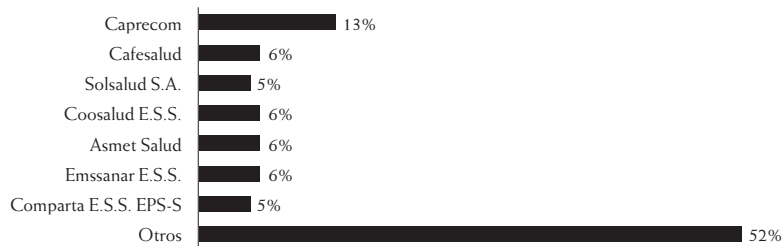


Fuente: Elaboración Propia, con base en datos de la SUPERSALUD<sup>20</sup>.

En el mercado del aseguramiento del régimen subsidiado, encontramos que la situación es totalmente distinta, ya que el mercado se encuentra atomizado, en gran parte porque existe un gran número de actores del sector solidario participando del mismo. Las siete principales aseguradoras solo logran hacerse al 48% del mercado, siendo la empresa estatal CAPRECOM la de mayor número de afiliados a diciembre de 2011, de 3.025.272, y una participación del 13%, logrado principalmente por la afiliación de pacientes de las cárceles, la designación como administrador de algunos hospitales públicos y, como lo veremos en este caso, la monopolización vía decreto nacional de las afiliaciones al régimen subsidiado del mercado de la salud en el Departamento del Chocó.

20 Superintendencia Nacional de Salud. Afiliados al régimen contributivo a diciembre de 2011.

GRÁFICO 5. PARTICIPACIÓN DE LOS ASEGURADORES (EAPB) EN EL MERCADO DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO



Fuente: Elaboración propia, con base en datos de la SUPERSALUD<sup>21</sup>.

En general, si bien hay un entorno competitivo entre los agentes aseguradores de los distintos regímenes, al sistema se le acusa de varios males directamente relacionados con los temas de competencia, entre los cuales tenemos: el incumplimiento de los límites de contratos con IPS con las cuales se encuentran verticalmente integradas<sup>22</sup>, posibles abusos de posición de dominio por parte de EPS, y algunos temas relacionados con restricciones verticales.

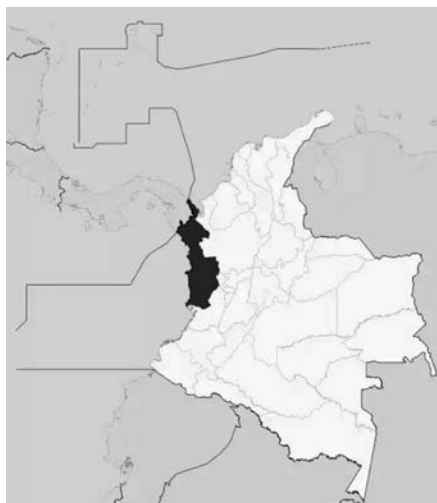
Estos serán tocados solo de forma tangencial en el presente texto por exceder los límites del mismo.

## 2. CARACTERIZACIÓN ECONÓMICA DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ (EL MERCADO RELEVANTE)

Cuando se va hacer referencia al régimen de prácticas restrictivas de la competencia es forzoso determinar el mercado relevante<sup>23</sup> en el cual la presunta práctica restrictiva se ha presentado, para de esta forma conocer sus efectos en el funcionamiento del mercado presuntamente afectado. En virtud de ello, es preciso que en el caso concreto demos una mirada al Departamento del Chocó, región en la cual se dio aplicación al Decreto 1717 de 2007 "Por el cual se adopta una medida para asegurar la afiliación universal al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Departamento del Chocó", el cual estimamos que es restrictivo de la competencia, y por ende inconstitucional e ilegal.

- 21 Superintendencia Nacional de Salud. Afiliados al régimen contributivo a diciembre de 2011.
- 22 De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no pueden contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Más allá de lo anterior, estas empresas pueden distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud.
- 23 Según nuestra Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) el mercado relevante determina cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, en un ámbito geográfico determinado. Así, la definición del mercado relevante comprende tanto al llamado mercado producto, como al mercado geográfico. El primero, comprende todos aquellos bienes y servicios que son considerados intercambiables o sustituibles por el consumidor; el segundo, hace referencia a la zona donde las empresas afectadas desarrollan sus actividades de suministro de productos o de prestación de servicios (en este sentido, véase Resolución SIC 30835 de 2004).

IMAGEN 1. UBICACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ EN COLOMBIA



Tomada de <http://es.wikipedia.org/wiki/Archivo:Colombia-choco-SIM.svg>

El Chocó es un departamento ubicado en el extremo noroccidental de Colombia, en la región del Pacífico colombiano, siendo el único departamento del país que tiene costas tanto en el Océano Pacífico como en el Atlántico. Limita al norte con Panamá, país con el que comparte la Región del Darién. Posee una de las mayores pluviosidades del planeta. Su capital es la ciudad de Quibdó. Su población, según el Censo del año 2005, es de 485.543 habitantes, y cuenta con un índice de necesidades básicas insatisfechas del 79,2%, lo que lo convierte en el departamento más pobre del país.

En cuanto a los indicadores económicos, según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), la capital de Chocó es, entre las 33 capitales de departamento, la de mayor desempleo, con un 18,6% de su población en edad laboral<sup>24</sup>. Como consecuencia de lo anterior, la mayor parte de los recursos que destina el Estado para dicho territorio son destinados al sector de la protección social, dentro del cual se encuentra el de la salud.

Tratándose del mercado de la salud, según información oficial reportada por la Superintendencia Nacional de Salud<sup>25</sup> a diciembre de 2011, contaba con una población de 480.820 habitantes distribuidos en 30 municipios, de los cuales 426.889 se encuentran afiliados a uno de los regímenes de salud.

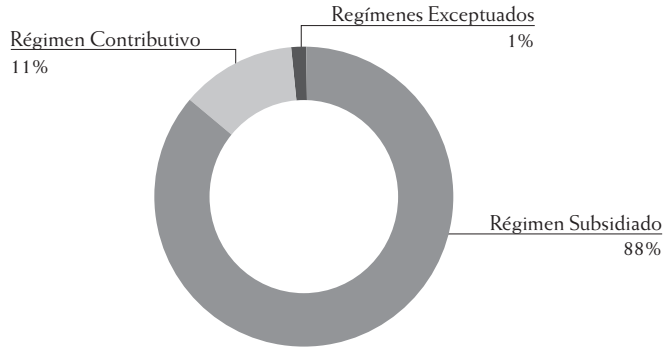
De los 426.889 afiliados al sistema de salud en el Chocó, 375.753 corresponden al régimen subsidiado, que cubre a la población que no puede sufragar sus gastos en salud; 45.933 al régimen contributivo, que incluye a los trabajadores de diversas empresas privadas, públicas y otras instituciones del Estado, incluyendo a los contratistas independientes de

24 Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Principales indicadores del mercado laboral. Diciembre de 2011.

25 Superintendencia Nacional de Salud. Informe de afiliación y financiera de la Salud en el Departamento del Chocó [[www.supersalud.gov.co](http://www.supersalud.gov.co)].

las mismas, y 5.213 a los denominados regímenes exceptuados, que comprenden aquellos grupos de empleados estatales, como el magisterio o las fuerzas armadas.

GRÁFICO 6. PORCENTAJE DE AFILIADOS AL SISTEMA DE SALUD EN EL CHOCÓ A 31 DE DICIEMBRE DE 2011



Fuente: Elaboración propia con base en Informe de afiliación y financiera de la Salud en el Departamento del Chocó. SUPERSALUD 2012.

En consonancia con lo dicho en el numeral anterior, el régimen subsidiado cuenta con un total de 9 EPSS, entre las que CAPRECOM EPSS ostenta la posición de dominio, al tener a 31 de diciembre de 2011 225.676 usuarios, alcanzando una partición equivalente a casi 3,45 veces la de su más inmediato seguidor, COMFACHOCÓ, que cuenta con 65.367 usuarios.

TABLA 2. AFILIADOS AL RÉGIMEN SUBSIDIADO POR MUNICIPIO A 31 DE DICIEMBRE DE 2011

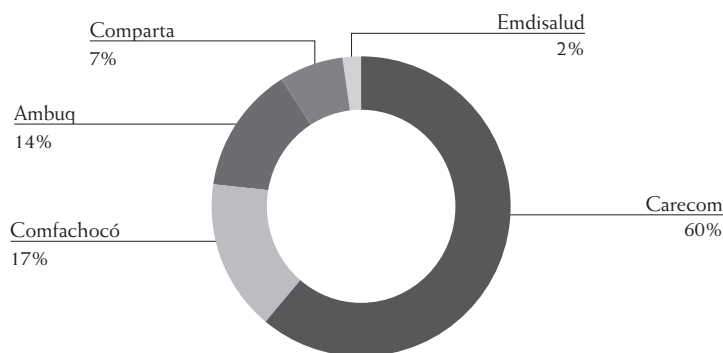
Municipio	Ambuq	Cajacoopi Atlantico	Caprecom	Comfa- choco	Com- parta	Coosa- lud	Emdisa- lud	Salud- vida	Selva- salud	Total General
Acandí			6.927	1.795		1	2.924			11.647
Alto Baudó	6.085		8.891	2	7.747				4	22.729
Atrato			2.882	1.696	1.739					6.729
Bagadó	2.265		6.412	1.492						10.169
Bahía solano			8.118	2.221						10.339
Bajo Baudó	7.183		7.022	1.921						16.128
Belén de Bajira				24						24
Bojayá	5.905		5.698	1						11.604
Cantón de San Pablo	1.735		3.203	61					2	5.001
Carmen del Darién			1.464	2.796			1.372	3		5.635
Cértegui	1.007		1.188	1.396						3.591
Condoto	1.042		6.945	2.168	1.183					11.338
El Carmen	698		5.531							6.229
El Litoral del San Juan			9.801	1.313						11.114
Itsmína	5.573		16.146	3.650						25.369
Juradó			3.679							3.679
Lloró	2.178		6.188	1.812						10.178

Municipio	Ambuq	Cajacoopi Atlantico	Caprecom	Comfa- choco	Com- parta	Coosa- lud	Emdisa- lud	Salud- vida	Selva- salud	Total General
Medio Atrato	1.648		3.413	2.198					1	7.260
Medio Baudó	36		6.164	842	4.000					11.042
Medio San Juan	970		5.866		1.300					8.138
Nóvita	998		4.384	1.751						7.133
Nuquí			1.990	3.670	1.935					7.595
Quibdó	5.172		52.195	20.637	5.258				7	830269
Río Iro	1836		3.532							5.368
Río Quito	2.479		4.237	14	925					7.655
Río Sucio		2	18.900	2.343			2.680			23.925
San José del Palmar			2.938	1.660	2					4.600
Sipí	1.123		1.757	916						3.796
Tadó	4.610		10.380	3.605						18.595
Unguía			8.496	3.060						11.558
Unión Panamericana	1.084		1.329	2.323						4.738
Total general	53.625	2	225.676	65.367	24.089	1	6.976	3	14	375.753

Fuente: Informe de afiliación y financiera de la Salud en el Departamento del Chocó. SUPERSALUD 2012.

Lo dicho, supone que el agente con posición de dominio cuenta en la actualidad con una participación equivalente al 60% del mercado, lo que le permite fijar los precios a los que adquiere los servicios de salud que requiere para atender a sus usuarios.

GRÁFICO 7. PORCENTAJE EPSS EN EL MERCADO DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO DEL CHOCÓ  
A 31 DE DICIEMBRE DE 2011

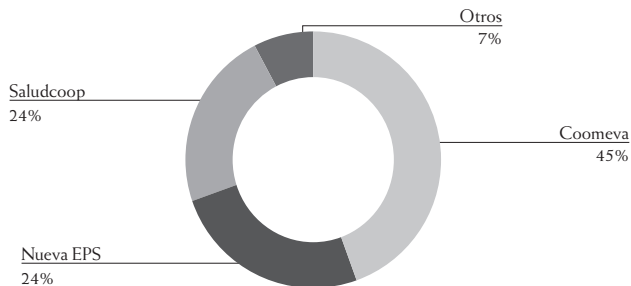


Fuente: Elaboración propia con base en Informe de afiliación y financiera de la Salud en el Departamento del Chocó. SUPERSALUD 2012.

Cosa distinta ocurre en el régimen contributivo, en donde no se vislumbra ningún agente con posición dominante, pues de acuerdo con el multicitado informe de la SUPERSALUD a 31 de diciembre de 2011, la EPS con mayor número de afiliados era COOMEVA, con 20.809 afiliados, seguida por SALUDCOOP, con 11.089, y por Nueva EPS, con 10.879, lo que se com-

plementa con un total de otras doce (12) EPS con una participación marginal que apenas alcanza el 7% de los afiliados al régimen contributivo del Chocó.

GRÁFICO 8. PORCENTAJE EPSS EN EL MERCADO DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DEL CHOCÓ A 31 DE DICIEMBRE DE 2011



Fuente: Elaboración propia con base en Informe de afiliación y financiera de la Salud en el Departamento del Chocó. SUPERSALUD 2012.

En vista de lo anterior, es claro que, en dicho departamento, debido a la demanda de usuarios del régimen subsidiado, la adquisición de cuotas en tal mercado es bastante atractiva para las cinco o seis EPS-S que desde hace más de una década allí compiten, pues constituyen la inmensa mayoría del mercado de la salud del Chocó, pudiéndose afirmar que quien logre hacerse a la mayor cantidad de afiliados, se constituirá rápidamente en un agente dominante en el mercado relevante.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta el objeto del Decreto 1717 de 2007 podemos definir que el mercado relevante afectado en el caso concreto es el mercado de las afiliaciones al régimen subsidiado de salud del Departamento del Chocó.

### 3. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA, PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS ESTATALES EN EL MERCADO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La intervención del Estado en la economía es uno de los temas que ha tenido mayor importancia en Colombia a partir de la Constitución del 91. La adopción de la economía social de mercado como modelo económico, supuso declarar al Estado como director general de la economía, el cual ejerce tal dirección mediante sus facultades de intervención en los mercados, teniendo como límite el respeto por la iniciativa privada y el bien común<sup>26</sup>.

Sobre la intervención del Estado en la economía, se ha pronunciado en diversas ocasiones nuestra Corte Constitucional al señalar que:

26 Según ESPARZA VALDIVIA (s.f.), "Una de las fundamentaciones teóricas de la necesidad de la intervención estatal en la economía está en Keynes. Su argumento básico es que una economía capitalista puede mantenerse en un estado de desequilibrio económico prolongado sin que las fuerzas espontáneas del mercado tiendan a corregirlo".

La Constitución establece cláusulas expresas que limitan el ejercicio de la libertad económica, al interés general y la responsabilidad social, de forma que lo haga compatible con la protección de los bienes y valores constitucionales cuyo desarrollo confiere la Carta a las operaciones de mercado (...)

Esta limitación se comprende, entonces, desde una doble perspectiva. En primer término, la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad implica que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado, con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impidan el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores. De otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer "labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares". Nótese que la intervención del Estado en la economía apunta a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales. Por ende, dicha actividad estatal se enmarca no solo en la corrección de conductas, sino también en la participación pública en el mercado, destinada a la satisfacción de los derechos constitucionales de sus participantes, en especial de los consumidores. No obstante, tampoco resulta acertado concluir que el Estado puede intervenir en la economía de cualquier modo, bajo el argumento de cumplir con las finalidades antes planteadas. En contrario, la jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta "i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad"<sup>27</sup>.

Igualmente, ha señalado dicho Tribunal Constitucional en relación con la competencia de los distintos órganos estatales que:

*La intervención del Estado en la economía se lleva a cabo con la concurrencia de las ramas del poder público. En primer lugar, la definición de los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas corresponde exclusivamente al Legislador, es decir, es una materia sujeta a reserva de ley, lo que significa que es deber del Legislador definir los instrumentos de intervención en la economía, sus límites y la forma como las demás autoridades públicas pueden participar en la regulación de las actividades económicas, y en segundo lugar, el Ejecutivo interviene en la regulación de la economía en ejercicio de su potestad reglamentaria y de inspección, vigilancia y control, pero, su participación debe sujetarse a la ley, ya que el Ejecutivo solamente puede llevar a cabo una concreción administrativa de los elementos centrales definidos previamente por la Ley<sup>28</sup>.*

Así, en la jurisprudencia constitucional se ha señalado que de acuerdo con su función, la intervención del Estado en la economía se puede dividir en tres clases de intervencionismo económico, a saber: la intervención **conformativa**, mediante la cual el Estado establece los requisitos de existencia, formalización y funcionamiento de los actores económicos; la **finalística**, que faculta al Estado para señalar los objetivos generales o las metas

27 Corte Constitucional. Sentencia C- 228 de 2010. M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

28 Corte Constitucional. Sentencia C -263 de 2011. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.



concretas a los cuales han de propender los actores económicos, y la intervención **condicionante**, a través de la cual el Estado fija las reglas de juego del mercado o de un sector económico<sup>29</sup>.

En cuanto a las modalidades de la intervención del Estado en la economía, tratadistas como NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ<sup>30</sup> han señalado que la misma puede presentarse a través de la regulación del mercado, la supervisión de ciertos agentes económicos, el apoyo a determinados sectores de la economía en tiempos de crisis y las empresas públicas<sup>31</sup>.

Vale la pena aclarar que la intervención del Estado en la economía no es omnímoda, y por ello debe someterse a los criterios de razonabilidad<sup>32</sup> y proporcionalidad<sup>33</sup> para considerarse legítima. Lo anterior, resulta a nuestro modo de ver adecuado, pues sin el respeto de estos dos criterios la libertad económica quedaría a merced del parecer del Estado, sin que las personas que ejercen dicho derecho pudieran hacer nada para defenderla.

Por otra parte, podemos afirmar que uno de los temas más controvertidos de la intervención del Estado en la economía de mercado es el de las empresas estatales, tópico que a aquellos que consideran que estas empresas deben competir con el sector privado en los distintos mercados, cuando quiera que ellas puedan obtener rentas para el Estado, y quienes sostienen que la participación de ellas en el mercado debe ser excepcional, limitándose a operar solo en aquellos casos en que la demanda no pueda o quiera ser satisfecha por los

29 Corte Constitucional. Sentencia C -150 de 2003. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

30 En este sentido, véase MARTÍNEZ NEIRA (2004).

31 En la jurisprudencia constitucional también se ha señalado que "La intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina se habla de intervención estatal global, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo el mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas". Corte Constitucional. Sentencia C -150 de 2003. M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

32 Mediante este criterio se busca examinar las normas jurídicas para establecer si las decisiones de los órganos del Estado están de conformidad con los valores constitucionales. El objetivo de este criterio es limitar los espacios de discrecionalidad que tiene el poder público a fin de que se evite la arbitrariedad en la adopción de medidas por parte de las autoridades (en este sentido, CIFUENTES MUÑOZ, 1993).

33 De conformidad con este criterio, las medidas aplicadas por los órganos del Estado no deben resultar excesivas frente al fin que se persigue. Este criterio, cuya formulación más conocida procede de la dogmática alemana, se compone de tres subcriterios: 1. El de **idoneidad**, según el cual la medida limitadora del Derecho debe ser apta para alcanzar un fin legítimo; 2. El de **necesidad**, que busca determinar si el trato diferente es o no menester o indispensable, siendo obligación del funcionario determinar si existe o no otra medida que sea menos costosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y con la cual se pueda alcanzar el fin propuesto con la misma eficacia, y 3. El de **proporcionalidad en sentido estricto**, el cual es útil para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales de mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.

privados, es decir, la función principal de estas empresas debería ser corregir esta falla del mercado.

Las empresas estatales en Colombia son parte de nuestra tradición jurídica y económica. Empresas como Ecopetrol, ETB, EPM, ISAGEN o Banco Agrario son ejemplo de ello. Sin embargo, a partir de 1991, se puso en marcha toda una ola de privatizaciones que han significado la cesión de los puestos de mando de la economía del Estado a los particulares, en busca de la mayor eficiencia que se espera de las empresas privadas, las cuales tienen los incentivos propios que se derivan de los derechos de propiedad como los de racionalizar costos y usos de los bienes, invertir en ellos, conservarlos y mejorar la productividad, a fin de brindar mejores productos a los consumidores.

En nuestro país, el régimen de las empresas estatales se encuentra tanto en la Constitución Política, como en la Ley 489 de 1998, y en algunas normas como la Ley 100 de 1993. Estas empresas públicas son básicamente de cuatro tipos: 1. Empresas Industriales y comerciales del Estado (EICE)<sup>34</sup>, 2. Empresas Sociales del Estado (ESE)<sup>35</sup>, 3. Sociedades de capital público departamental<sup>36</sup> y 4. Sociedades de economía mixta<sup>37</sup>.

La existencia de estas empresas públicas en sectores donde compiten con empresas privadas genera distorsiones sobre la competencia, según lo señala el tratadista IGNACIO DE LEÓN (2004): "Hay dos tipos de distorsiones sobre la competencia a ser considerados cuando se trata del principio de no-discriminación competitiva. Primero, aquellos que distorsionan la competencia entre empresas por razón de privilegios concedidos en atención a una finalidad social o política, y; segundo, los que propician un desequilibrio competitivo entre las empresas públicas y las privadas (...) El primer tipo de distorsiones es usualmente el resultado de una política declarada, como es por ejemplo, la aplicación de una política industrial selectiva que promueve a empresas específicas, proyectos o sectores de la economía. En cambio, el segundo tipo de distorsiones es menos deliberado, y resulta de la falta

34 Según el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, las empresas industriales y comerciales del Estado: "son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

"a) Personería jurídica;

"b) Autonomía administrativa y financiera;

"c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución". Ejemplos de estas empresas son Satena e Indumil.

35 Son empresas creadas por el Estado para prestar servicios de salud a los usuarios del Régimen de seguridad social en salud.

36 Son sociedades constituidas con la aportación de capital de municipios, departamentos o el Distrito Capital, para explotar el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, según lo previsto en la Ley 643 de 2001.

37 De conformidad con el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

de implementación de una reforma legal sobre organismos burocráticos y gubernamentales que, inicialmente confinados al ámbito estrictamente gubernamental, han ido poco a poco introduciéndose en el mundo mercantil del intercambio de bienes y servicios".

A nuestro modo de ver, lo dicho por este tratadista resulta completamente cierto; de hecho, si se observa el artículo 87 de la Ley 489 de 1998, en él se plantea que las EICE como integrantes de la Rama Ejecutiva del Poder Público, salvo disposición legal en contrario, gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución Política y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales, según el caso. Sin embargo, la misma disposición deja en claro que cuando las EICE, por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas.

La disposición anterior muestra como el legislador previó la existencia de fuertes incentivos para que las empresas públicas o el gobierno usen el poder del aparato estatal para obtener ventajas en el mercado, creando condiciones especiales que pueden provenir tanto de la regulación, como en el caso en que se creen barreras de entrada o permanencia que puedan excluir a competidores privados del mercado relevante en que dichas empresas operan, como de la entrega de subsidios provenientes del presupuesto público a empresas estatales, a fin de que dichas compañías puedan reducir de forma artificial los precios de los productos que ofrecen a los consumidores, con lo cual, siendo el precio uno de los elementos más importantes a la hora de elegir los bienes de consumo debido a las restricciones presupuestarias de los consumidores, dicha acción podría suponer la adquisición de mayores cuotas de mercado mediante la distorsión del mismo.

Bajo esta óptica, es claro que no solo se distorsiona la competencia, sino que además se vulnera el derecho a la igualdad que debe respetarse en el caso de los agentes que compiten en el mercado.

Desde nuestro punto de vista, la competencia entre empresas públicas y privadas en un determinado mercado, se puede ver distorsionada principalmente por tres fenómenos: 1. El establecimiento de barreras regulatorias, 2. La adquisición de posición de dominio mediante ayudas estatales y 3. El Establecimiento de monopolios por parte del Estado.

### 3.1. Barreras regulatorias

Teniendo en cuenta que la competencia es una carrera en la cual las empresas que ponen sus productos en el mercado buscan tomar ventajas de las debilidades de sus competidores, el establecimiento de barreras regulatorias, que hagan más costoso el acceso al mercado o la permanencia en él, por parte del Estado, se constituye en una constante amenaza para las empresas privadas que deben competir con las del sector público, y en un fuerte incentivo para el poder público, cuando éste de alguna forma desee favorecer a sus propias compañías.

Las barreras regulatorias se presentan cuando el Estado en uso de la facultad de intervenir en la economía crea regulaciones que dificultan el acceso o la permanencia en el mercado de ciertos agentes, que sin la existencia de dicha barrera pudieran constituirse en competencia efectiva de aquellos que se ven favorecidos con el establecimiento de dichas medidas.

Según lo expresa el maestro MAURICIO VELANDIA (2012), la regulación puede tener como fin el establecimiento de sujetos calificados que pueden ofrecer ciertos bienes o servicios, las formas de oferta de los productos, los aspectos tributarios y otros que llevan a la generación de costos o de características mínimas que debe tener un comerciante para ingresar, las cuales significan la imposibilidad de ingreso al mercado. Ejemplo de barreras regulatorias las encontramos en el sector financiero, en donde desde el tipo societario que deben tener las entidades, pasando por el capital mínimo para operar, las operaciones que las distintas entidades pueden celebrar y la información que deben brindarle al consumidor están reguladas. Algunas de las barreras que la doctrina estima como de carácter regulatorio son los derechos de propiedad industrial, las licencias y el establecimiento de aranceles.

Siguiendo a la economista MARTA GÓMEZ-PUIG (2006) podemos concluir que las barreras regulatorias constituyen una de las barreras de entrada más importantes, pues el regulador puede conceder a una única empresa el derecho exclusivo a producir un bien o servicio.

### 3.2. Adquisición de posición de dominio<sup>38</sup> mediante ayudas estatales

Otro de los fenómenos que puede distorsionar la competencia entre empresas públicas y privadas es el de las ayudas públicas, las cuales se definen como cualquier ventaja concedida por el Estado a una empresa, sin remuneración o con una remuneración que solo refleje de manera mínima en el precio en el que puede evaluarse la ventaja dada. Este concepto contempla tanto las aportaciones de recursos a una empresa como cualquier reducción de las cargas a las que debería hacer frente en condiciones normales, lo que le permite ahorrar recursos que sus competidores, quienes no reciben dicha ayuda, no pueden ahorrar<sup>39</sup>. Debe aclararse que para que se pueda hablar de ayuda estatal en el ámbito europeo no es menester que la empresa que reciba la ayuda sea pública, aunque en muchos casos son las empresas públicas las principales beneficiarias.

En la doctrina, se han identificado cuatro elementos que de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria deben estar presentes para que podamos hablar de ayudas estatales ilegales:

a. **El origen estatal de los fondos que recibe la empresa asistida o una ventaja concedida por medio de los recursos del Estado:** según lo ha dicho desde hace casi veinte años la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, "las ayudas del Estado engloban el conjunto de medios pecuniarios que el sector público puede efectivamente utilizar para sostener a las empresas, sin importar que esos medios pertenezcan o no de manera permanente al patrimonio de dicho sector"<sup>40</sup>. A su vez, estas ayudas estatales pueden ser de carácter

38 De acuerdo con el artículo 45 numeral 5 del Decreto 2153 de 1992, la posición de dominio es la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.

39 En este sentido puede verse Sentencias del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas de 23 de febrero de 1961 en el asunto 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta autoridad, Rec. pág. 5, último apartado y pág. 39, último apartado, y 27 de marzo de 1980 en el asunto 61/79, Denkvit italiana, Rec. pág. 1218, último apartado. Citado por MEROLA MASSIMO (1997).

40 Sentencia C-42492 de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. 3 de mayo de 1993. Caso "Ladbroke Racing". Citado por FLÓREZ LINERO (2011).

activo como cuando el Estado le inyecta capital a una compañía, sin que ésta tenga la obligación de devolverlo, o de carácter pasivo, por ejemplo cuando el Estado omite desarrollar funciones que le corresponde frente a algunas empresas, lo que redundaría en privilegios para ellas, por ejemplo, cuando omite cobrar tasas que deben pagar las empresas por el uso de ciertas infraestructuras.

Debe aclararse que los recursos que comprende la ayuda no solo son aquellos que implican entrega de dinero: puede, igualmente, tratarse de regulaciones que privilegien a las empresas frente a otros competidores, exenciones de impuestos no justificadas o acceso a otras prebendas no disponibles para otros competidores.

b. **El carácter selectivo de la ayuda:** otro de los presupuestos básicos de las ayudas estatales es el carácter discriminatorio que deben tener las mismas. En este sentido, es evidente que estas ayudas al ser destinadas solo a uno o varios competidores, en detrimento de otros introduce una distorsión en el mercado que tiene la capacidad de disminuir la eficiencia que logran los mercados competitivos.

c. **La gratuidad de la ayuda:** en cuanto a este elemento, no debe perderse de vista que al no tener que devolver los recursos entregados por el Estado a título de ayuda, las empresas terminan enriqueciéndose sin justa causa, ya que no tienen que incurrir en los costos normales de las otras compañías para obtener dichos recursos.

d. **Debe falsear o amenazar la competencia, afectando real o potencialmente el intercambio entre los Estados miembros:** según lo expresa FLÓREZ LINERO (2011): "este criterio es simple, significa que la posición de una empresa se refuerza con relación a la de sus competidoras dentro de un mismo mercado. Debe existir un nexo de causalidad entre la ayuda entregada y la posición reforzada de la empresa, la cual representa una ventaja frente a sus competidores".

En algunos casos, las ayudas estatales pueden ser de tal importancia que pueden llevar a que las empresas estatales ganen cuotas de mercado tan significativas que tienen la posibilidad en poco tiempo de convertirse en el agente con posición de dominio en un mercado relevante, lo cual puede considerarse restrictivo, no por el hecho de adquirir dicha posición de dominio sino por el medio a través del cual la misma ha sido adquirida, es decir, estimamos que lo restrictivo es el haber ganado la participación que le otorga el carácter de empresa dominante por medios distintos a su eficiencia en el mercado, lo que bien puede vulnerar tanto el libre acceso de las empresas como la libre escogencia de los consumidores.

Al margen de lo anterior, debemos destacar que en Colombia no existe una regulación sobre ayudas estatales, así que partiendo de la idea de que la regulación tiene presunción de legalidad es menester demandar la misma, a fin de que el poder judicial decrete su inconstitucionalidad y/o ilegalidad, excluyendo la misma del ordenamiento jurídico, y se condene al Estado por la falla de su servicio regulatorio a indemnizar los perjuicios que les haya causado a los competidores al momento cuando se produjeron los daños al entorno competitivo<sup>41</sup>.

41 Sobre el particular nos referiremos en el numeral 6 de este artículo.

### 3.3. Establecimiento de monopolios por parte del Estado colombiano

El fenómeno que sin lugar a dudas puede distorsionar en mayor medida la competencia en cualquier mercado es el establecimiento de monopolios. El establecimiento de monopolios en Colombia es una facultad reglada que tiene el Estado, en donde potencialmente pueden participar todas las ramas del poder público. Así, de acuerdo con el artículo 336 de la Constitución, ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, es decir, aquel que se crea con la intención de generar rentas para una entidad del Estado, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

Igualmente expresa la disposición en comento que la ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

En cuanto a las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios, la Constitución crea dos situaciones, a saber: 1. Cuando se trata monopolios de suerte y azar, dichas rentas estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud y 2. Si las rentas obtenidas provienen del ejercicio del monopolio de licores<sup>42</sup>, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

De la norma en comento, vale la pena destacar tres aspectos: el que los monopolios solo pueden ser establecidos cuando tengan el carácter de rentísticos, y tengan una finalidad pública o social; que para el establecimiento de los monopolios el competente es el Congreso, pues deben establecerse por ley, aunque ésta bien podría delegar dicha función en las asambleas o concejos municipales, y que la ley que establezca el monopolio solo puede aplicarse cuando los individuos que sean excluidos de la actividad económica sean plenamente indemnizados.

Por lo tanto, si se llegare a establecer un monopolio por parte del Estado, sin que el mismo sea un arbitrio rentístico, sea establecido en virtud de la ley, y se indemnice a los par-

42 Según lo señala el Consejo de Estado: "el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores fue creado mediante la Ley 14 de 1983 'por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones', cuyo artículo 61 dispone lo siguiente: (...). La jurisprudencia de esta Corporación, desde la vigencia de la Constitución de 1886 hasta hoy, ha mantenido el criterio invariable según el cual la mencionada Ley 14 de 1983 estableció el monopolio mencionado, para que los departamentos puedan optar por él si lo estiman conveniente. Así lo indicó esta Sala en auto del 22 de noviembre de 1988, en los siguientes términos: 'El monopolio ha sido de antemano establecido en la ley, y los departamentos pueden optar por él, cuando lo estimen conveniente, ciñéndose a la preceptiva del artículo 31 de la Constitución Nacional. Los vinos quedan por fuera del monopolio departamental por no estar entre los licores destilados y por ser objeto específico del impuesto de consumo'. En el mismo sentido, lo advirtió la Sección Cuarta de esta Corporación que en reciente fallo del 18 de octubre de 2007 señaló que 'Según el artículo 61 de la Ley 14 de 1983, la producción, introducción y venta de licores destilados, constituyen monopolio de los departamentos como arbitrio rentístico'. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P.: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN. Sentencia diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 52001-23-31-000-2002-00685-01.

ticulares que son despojados de dicho mercado, dicho monopolio será ilegal y, por lo tanto, constituirá un daño a la competencia no tolerado por nuestro orden constitucional y legal.

#### 4. EL DECRETO 1717 DE 2007 Y SUS CONSIDERACIONES

Visto todo lo anterior, es menester estudiar el caso concreto para efectos de determinar si el Decreto Nacional 1717 de 2007 constituye una restricción indebida de la libre competencia en el mercado de las afiliaciones al régimen subsidiado de salud del Departamento del Chocó.

Dicho decreto se expidió como consecuencia de que la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia Nacional de Salud manifestaron su preocupación por el uso indebido y la desviación de recursos públicos del régimen subsidiado en dicho departamento, lo cual había llevado a una parálisis del flujo de fondos del sistema y como consecuencia se ponían en peligro el cumplimiento de la garantía de afiliación universal de la población más pobre de dicho departamento al sistema de salud.

Por tal razón, era menester, según tales autoridades que el gobierno nacional adoptara una medida para proteger los derechos de tal población; por lo que el 16 de mayo de 2007, el gobierno nacional – Ministerio de la Protección Social, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y por el artículo 154, literales a), b), c) y g) de la Ley 100 de 1993, expidió el Decreto 1717 de 2007 "Por el cual se adopta una medida para asegurar la afiliación universal al Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el departamento del Chocó". Decreto en el cual se dispuso que la afiliación al régimen subsidiado de la población pobre y vulnerable no afiliada perteneciente a los niveles I, II y III del SISBÉN en el Departamento del Chocó ordenada por el CNSSS deberá realizarse a partir del 1° de julio de 2007, a través de la EPS-S de naturaleza pública del orden nacional, dejándose claro que los afiliados ejercerían su derecho de libre elección de EPS-S en el siguiente período de traslados que defina el CNSSS.

La EPS-S de naturaleza pública del orden nacional encargada del proceso de afiliaciones ordenado por la norma referida fue la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (CAPRECOM), la cual, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 1 y 2 de la Ley 314 de 1996, es una EICE del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, y cuyo objeto es operar en el campo de la salud como Entidad Promotora de Salud (EPS) y como Institución Prestadora de Salud (IPS), es decir, esta empresa pública está verticalmente integrada, acorde con lo establecido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, pudiendo ofrecer a sus afiliados el plan obligatorio de salud (POS) en los regímenes contributivo y subsidiado y planes complementarios de salud (PCS) en el régimen contributivo. Empresa que de acuerdo con el inciso tercero del artículo 4 del Decreto 205 de 2003 está vinculada al hoy MINSALUD.

Hasta lo visto, podría pensarse que la medida era justificable. Sin embargo, debe ponerse de presente que en el Departamento del Chocó, CAPRECOM compite directamente en el mercado del aseguramiento de usuarios del régimen subsidiado con cuatro EPS-S de



naturaleza privada: Barrios Unidos, ECOOPSOS, COMPARTA y COMFACHOCÓ, empresas que vía decreto quedaron excluidas del mercado relevante en comento, y dejando en últimas a los usuarios sin la posibilidad efectiva de elegir entre prestadores desde su ingreso al sistema, pues solo se les permitiría ejercer dicho derecho cuando el CNSSS definiera el siguiente período de traslados.

Además de lo anterior, y pese a que el mercado de la salud en ambos regímenes, contributivo y subsidiado, se encuentra abierto a la competencia, el decreto referido omitió establecer la forma como se garantizaría a los afiliados –que por virtud del mismo decreto tuviesen como única opción ser vinculados al sistema a través de CAPRECOM– el derecho a la libre escogencia, puesto que la norma no estableció ninguna obligación para dicha entidad pública de informar a sus usuarios sobre la posibilidad de trasladarse a otra EPS-S, por lo cual la entidad encargada de dichos afiliados no tendría ningún incentivo para informar a sus usuarios sobre la posibilidad de trasladarse a otras empresas del mercado. Situación que resulta mucho más grave si se tiene en cuenta que buena parte de los afiliados al régimen subsidiado de dicho departamento son personas de muy bajo nivel escolar y que por virtud de la norma en comento pudieran no tener acceso real a la información relacionada con su derecho elegir libremente la EPS-S que les podría prestar sus servicios de salud.

#### 5. EL DECRETO 1717 DE 2007 COMO NORMA RESTRICTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Consideramos que de acuerdo con lo visto a lo largo de este artículo, la norma en cita es restrictiva de la libre de la libre competencia, pues además de que como es obvio, la medida adoptada, castiga a los privados por la corrupción que de conformidad con el acto administrativo en cuestión se venía presentando en el manejo de los recursos del Estado, se crean barreras regulatorias para que dichas empresas puedan competir con una empresa pública en igualdad de condiciones; lo cual, a nuestro modo de ver, constituye una ayuda estatal, pues se asignan recursos a la empresa estatal referida por medio del poderoso recurso de la regulación; medida que a su vez es selectiva, pues solo beneficia a CAPRECOM, discriminando injustificadamente a otros competidores de participar en el mercado; la ayuda resulta claramente gratuita, generando un enriquecimiento sin causa, pues la empresa estatal no adquiere el monopolio del mercado relevante como consecuencia de su actuar eficiente, debido a la asunción de los costos que otras empresas deberían asumir para alcanzar dicho lugar de privilegio, sino como resultado de la instauración de una barrera regulatoria, y, como se verá adelante, dicha medida falsea la libre competencia vulnerando los bienes jurídicos tutelados por ella.

Desde el punto de vista jurídico, estimamos en primer lugar que la norma en cita infringe los preceptos constitucionales consagrados en los artículos 13, 333, 334 y 336 superiores, en virtud de que el texto de la misma desconoce el derecho que tienen todas las empresas que se dedican al aseguramiento de las personas pertenecientes al régimen subsidiado en salud (EPS-S) del Departamento del Chocó a ingresar a dicho mercado en condiciones de igualdad y libre competencia, con el respeto del principio de distribución equitativa de las



oportunidades, uno de los elementos rectores de la intervención del Estado en la economía, y el respeto por el procedimiento establecido por nuestra Carta Magna para la instauración de monopolios rentísticos. Lo anterior, en virtud de que el decreto en mención establece una ventaja competitiva que favorece a CAPRECOM sin que exista justificación razonable ni proporcional para excluir a los demás competidores de la posibilidad de afiliarse a los usuarios pertenecientes a dicho régimen en el Departamento del Chocó, creándose así una barrera de entrada de carácter regulatorio que distorsiona significativamente el mercado, y que por ende afecta a los usuarios al no permitirles escoger desde el ingreso al sistema de salud la EPS-S a la cual desean afiliarse debido a la obligación de hacer parte, inicialmente, de la empresa estatal en cita.

De lo anterior, es claro que uno de los efectos no deseados que tiene la norma es el de convertir a esta empresa en el agente con posición de dominio en dicho mercado relevante. Al respecto, es importante colegir que de conformidad con el modelo de economía social de mercado adoptado por nuestra Constitución política de 1991, el derecho a la libre competencia se erige como un derecho de todos, cuya función principal es la de permitir el ingreso de las empresas al mercado para que de esta forma los consumidores y usuarios puedan ejercer efectivamente su libertad de escoger entre las distintas alternativas que en términos de cantidades, calidades, precios, etc., ponen a su disposición los oferentes, a fin de que con ello se logre una verdadera eficiencia del aparato productivo.

En este sentido, el derecho a la libre competencia tiene una importancia fundamental en nuestro sistema económico, pues es a través de él que se puede tener un verdadero mercado libre, en donde los agentes más eficientes en el juego competitivo sean los que desplacen a los menos eficientes, debido a su capacidad de satisfacer las preferencias de los consumidores y usuarios mediante el juego de la competencia, lo cual excluye, por supuesto, cualquier tipo de acto o práctica que trate de lograr que una empresa adquiera una mayor participación en el mercado por medios diferentes a los esfuerzos legítimos que el derecho permite a los competidores.

Pese a lo anterior, nuestra propia Constitución, en su artículo 333, reconoce que las condiciones del mercado nacional no corresponden a la teórica competencia perfecta, que supone la existencia de un entorno en donde los competidores cuentan con iguales condiciones de mercado para competir por la mayor cuota que del mismo puedan obtener; por el contrario, reconoce la existencia de una competencia imperfecta, en donde abundan las asimetrías, externalidades y bienes públicos<sup>43</sup>. De allí que la *Norma Normarum* encargue al Estado por mandato de la ley la función de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad

43 En economía, la noción de bien público difiere de la noción jurídica de "bien de uso público", según ALBERTO BENEGAS-LYNCH (1998): "Se dice que un bien público es aquel que produce efectos sobre quienes no han participado en la transacción. Es decir, aquellos que producen efectos para terceros o externalidades que no son susceptibles de internalizarse.. Estos bienes, como lo señala ALBERT ESPLUGAS BOTER (s.f.), "reúnen dos características: son de naturaleza no-excluyente y de consumo no-rival. Esto significa, de un lado, que no puede impedirse que los que no pagan hagan uso del producto/servicio (no se les puede excluir), y de otro, que el hecho de que alguien lo consuma no disminuye la cantidad disponible para los demás".

económica, lo que impone que todos los actos desarrollados en contravención de dicho precepto deben ser considerados como contrarios a Derecho.

En este sentido, es claro además que la Constitución vislumbra la libre competencia como un derecho cuyo fin último es la protección de los consumidores y usuarios, pues en la medida en que exista mayor número de oferentes se podrá ejercer en mayor medida el derecho a elegir entre las diversas ofertas, pues aquellos pueden analizar cuál es el proveedor de bienes o servicios que mejor se acomoda a sus necesidades en ámbitos tales como los precios, cantidades, calidades, coberturas y otros elementos de las prestaciones que pudieran resultar definitivos a la hora de decidirse por alguno de los productos disponibles dentro del marco de su restricción presupuestal.

Tratándose del sistema de salud, el asunto cobra una mayor relevancia por el bien jurídico cuya tutela está a cargo de este sistema. Bajo esta óptica, es claro que nuestra Constitución valora la eficiencia en la prestación del servicio como un asunto de alta estima, eficiencia que, al igual que en otros mercados abiertos a la competencia, solo se alcanza si los usuarios pueden elegir entre diversas alternativas tanto en el mercado del aseguramiento en salud, como en la prestación de dichos servicios. A lo antes dicho, debe sumarse que la experiencia ha demostrado que los agentes del mercado tienden a volverse más eficientes en la medida en que tengan una competencia efectiva, pues dicha competencia, por una parte, crea incentivos que les obligan a generar mayores satisfacciones a sus clientes para que ellos sean fieles a los productos ofrecidos; y por otra parte, da al consumidor mayores alternativas para que pueda escoger libremente entre los distintos proveedores.

Por otra parte, debemos tener presente el hecho de que nuestra Corte Constitucional en diversos pronunciamientos ha dicho que: "el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas"<sup>44</sup>. En dicha dirección, la Carta Política contempló como uno de los fines la intervención del Estado en la economía la distribución equitativa de oportunidades en el artículo 334, la que solo se presenta cuando el Estado no distorsiona las condiciones del mercado.

En el caso concreto, vemos como el decreto en cita crea un monopolio en las afiliaciones al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud del Departamento del Chocó, pues cercena la posibilidad de que otras EPS-S puedan competir por la preferencia de los usuarios que se van a afiliar a dicho régimen, lo que en últimas tiene influencia directa tanto en el mercado del aseguramiento, en donde CAPRECOM adquirió en poco tiempo —como se dijo— una posición de dominio, puesto que solo a ella se reservó la facultad legal de actuar en dicho mercado relevante como en el mercado de la prestación de servicios de salud, en donde por tener el poder dominante contractual sería quien definiría las condiciones de la prestación de los servicios de salud, lo cual limita las alternativas de elección de los usuarios, pudiendo generar la desaparición de los incentivos que tienen normalmente los demás competidores para atacar el mercado con una mayor oferta de servicios.

44 Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010, M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Por ello, estimamos que el Decreto 1717 de 2007 infringió claramente el artículo 334 superior, en virtud de que el citado acto administrativo, al ser una intervención del Estado en la economía, no respetó el criterio constitucional de no afectación del núcleo esencial de la libre competencia pues creó una barrera de acceso al mercado que a todas luces resulta injustificada.

Creemos también que el decreto en cita ha vulnerado el procedimiento establecido por nuestra Carta Magna para la instauración de monopolios rentísticos pues ni era el gobierno nacional el órgano competente para monopolizar dicho mercado relevante, ni se indemnizó plenamente a los individuos que en virtud de dicha medida quedaron privados del ejercicio de una actividad económica lícita, como es afiliar usuarios a sus empresas de salud.

En segundo lugar, estimamos que el decreto vulnera algunos preceptos legales contenidos en la Ley 100 de 1993, concretamente los referidos al derecho a la libre escogencia de los usuarios de la EPS-S a la cual se afiliarán. Este derecho reviste un importante carácter en la estructura del mercado de la seguridad social en salud, pues se constituye en un pilar básico para que se pueda alcanzar la eficiencia y la calidad de los actores del sistema, pues solo en la medida en que los usuarios tengan a mano la posibilidad de escoger tanto la EPS-S a la cual se van a afiliar como la institución que les prestará sus servicios se generarán incentivos para que los oferentes mejoren sus prestaciones a fin de ser preferidos por aquellos.

Tal es la importancia que tiene este derecho para el sistema de salud que nuestra jurisprudencia constitucional se ha referido al mismo expresando que:

*2.4. El derecho de toda persona a escoger libremente las entidades encargadas de garantizarle el servicio de salud, también es la forma en que el legislador cumple con el mandato constitucional de crear un sistema de salud eficiente y de calidad. En el contexto de un Sistema de Salud basado en la libre competencia regulada entre las entidades que lo integran y ofrecen sus servicios, tal como lo es el sistema consagrado en la Ley 100 de 1993, reconocer en cabeza de todas las personas la libertad de elegir a qué entidad afiliarse es una forma de garantizar su dignidad (en el sentido de autonomía) y de asegurar que los dineros y demás recursos con que cuente el sistema, se destinarán a las entidades que mejor garanticen la prestación de los servicios de salud (...).*

*2.5. La importancia de esta libertad para el sistema de salud desarrollado por el Legislador, se evidencia en las disposiciones legales orientadas a asegurar la libertad de elección. En el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, por ejemplo, se establecen entre las garantías de los afiliados, (a) "la libre escogencia y traslado entre Entidades Promotoras de Salud, sea la modalidad de afiliación individual o colectiva, de conformidad con los procedimientos, tiempos, límites y efectos que determine el Gobierno Nacional dentro de las condiciones previstas en esta Ley" y (b) "la escogencia de las Instituciones Prestadoras de Servicios y de los profesionales entre las opciones que cada Entidad Promotora de Salud ofrezca dentro de su red de servicios". La propia norma en la que se consagra el principio de libre escogencia contempla las sanciones del artículo 230 de la Ley 100 de 1993 como consecuencia jurídica del incumplimiento (...).*

*2.6. Ahora bien, como cualquier otro derecho que se garantice en un estado social y democrático de derecho, no se trata de una garantía absoluta. La propia legislación establece que toda persona tiene la libertad de escogencia en el Sistema de Salud, siempre y cuando ello "sea posible según las condiciones de oferta de servicios"<sup>45</sup> (Negrita fuera de texto).*

45 Corte Constitucional. Sentencia T-010 de 2004, M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Además de lo anterior, debemos indicar que este derecho no solo es predicable de los usuarios del régimen contributivo, sino también de los que se encuentran afiliados o van a ser afiliados al régimen subsidiado, pues a pesar de las condiciones de no aportantes al sostenimiento del sistema, nuestro ordenamiento no discriminó a aquellas personas pertenecientes a este régimen en el ejercicio de tal derecho.

Por lo tanto, es evidente que la libre escogencia tiene importancia tanto para el usuario en la medida en que garantiza su autonomía, como para el sistema de salud en general, pues es un incentivo a la eficiencia de las empresas que integran dicho sector de la economía.

Con base en lo anterior, resulta evidente que el decreto bajo estudio vulneró la reglamentación del derecho a la libre escogencia prevista en nuestro ordenamiento legal, pues limita injustificadamente y sin límite temporal, la facultad de afiliación al régimen subsidiado de la población pobre y vulnerable no afiliada perteneciente a los niveles I, II y III del SISBÉN en el Departamento del Chocó ordenada por el CNSSS a partir del 1° de julio de 2007 a CAPRECOM, lo que en últimas perjudica tanto a los usuarios que no podrán ingresar al sistema a través de otras EPS-S, como a los competidores de CAPRECOM que quedan totalmente relegados en el segmento de las afiliaciones, lo que les impide seguir ganando cuotas de mercado en desarrollo del proceso competitivo. Además de lo antes dicho, en los términos de la regulación que se estudia, los afiliados al sistema solo pueden ejercer su derecho de libre elección de EPS-S en el período de traslados que defina el CNSSS, lo que se traduce en que dichos afiliados pueden ejercer dicho derecho una vez hayan sido usuarios de los servicios de CAPRECOM, cuestión que deja a las otras EPS-S en un escenario de total desventaja frente a la empresa estatal.

La última norma, que consideramos transgredida por el Decreto 1717 de 2007, es el inciso segundo del artículo 87 de la Ley 489 de 1998, el cual literalmente prevé que: "No obstante, las empresas industriales y comerciales del Estado, que por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas".

Como se puede ver, esta norma trata de poner en plano de igualdad de condiciones a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado con las empresas privadas con las que se encuentren compitiendo en un determinado mercado. En este sentido, la legislación, en desarrollo del artículo 333 superior, decidió limitar los privilegios y prerrogativas que por regla general tienen las EICE cuando quiera que se encuentren en un mercado no sustraído a la competencia, con lo cual trata el Estado de tutelar los derechos a la igualdad y la libre competencia, pues resulta evidente que de utilizarse estos privilegios y prerrogativas a favor de las EICE en el desarrollo del proceso competitivo, la posibilidad de que los derechos citados se materializaran sería nugatoria.

En este sentido, vale la pena señalar que una de las prerrogativas que no se pueden ejercer para favorecer a las EICE es la de limitar la participación de los agentes privados en las actividades abiertas a la competencia para favorecer a estas empresas estatales.

En el caso concreto, encontramos que se configuran todos los elementos previstos en la norma que regulan la prohibición del ejercicio de las prerrogativas de los establecimientos públicos a favor de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, ya que:

1. De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 314 de 1996: "NATURALEZA JURÍDICA. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, establecimiento público creado mediante la Ley 82 de 1912, se transforma en virtud de la presente Ley en **Empresa Industrial y Comercial del Estado** del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal, será el de las Entidades Públicas de esta clase. Estará vinculada al Ministerio de Comunicaciones y la composición de su Junta Directiva será la que señala la presente Ley" (Negrita fuera de texto).

Por lo cual queda claro que CAPRECOM al ser una EICE no puede ejercer las prerrogativas de que trata el artículo 87 cuando se encuentre en competencia con empresas privadas.

2. Dicha EICE compite en el mercado del aseguramiento del régimen subsidiado de salud del Departamento del Chocó con otras empresas de naturaleza privada, cuyo objeto es igualmente asegurar en salud a la población perteneciente a dicho régimen.

3. El Decreto 1717 de 2007 estableció una prerrogativa a favor de la EICE CAPRECOM EPS-S al consagrar en su artículo 1 que "La afiliación al régimen subsidiado de la población pobre y vulnerable no afiliada perteneciente a los niveles I, II y III del SISBÉN en el Departamento del Chocó ordenada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud **deberá realizarse a partir del 1° de julio de 2007, a través de la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de naturaleza pública del orden nacional.**

4. Con esta prerrogativa se menoscabaron los principios de igualdad y libre competencia, pues, como se dijo *ex ante*, se creó un monopolio artificial en el segmento de las afiliaciones al régimen subsidiado de salud en el Departamento del Chocó, que excluyó de la posibilidad de que otras EPSS privadas puedan afiliar personas a dicho sistema, con lo cual restringe colateralmente la posibilidad de que los usuarios del sistema voluntariamente puedan escoger a qué EPSS se afiliarían.

5. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la norma no establece en ningún modo si quiera el carácter temporal de la medida, por lo cual queda claro que de acuerdo con el texto de la norma, se ha generado una ventaja competitiva intemporal a CAPRECOM EPSS, frente a los demás competidores, lo que podría incentivar a las demás empresas competidoras, en el mediano o largo plazo, a desistir de ofrecer sus servicios en el Chocó debido a la barrera regulatoria creada a favor de la EICE citada, lo que en últimas tendría como consecuencia la desaparición de alternativas para los usuarios del sistema de seguridad social en salud vinculados al régimen subsidiado en el Departamento del Chocó.

Por las razones expuestas, consideramos que el decreto en cita es restrictivo de la libre competencia y por ende debería ser excluido de nuestro ordenamiento.

6. ¿TENDRÍAN DERECHO LOS AFECTADOS CON EL DECRETO 1717 DE 2007 A SER INDEMNIZADOS POR PARTE DEL ESTADO POR EL DAÑO ANTICOMPETITIVO SUFRIDO CON LA EXPEDICIÓN DE ÉSTE?

Uno de los temas más interesantes que podrían surgir a partir de una potencial declaratoria de ilegalidad del decreto en cita, es el de determinar si los afectados por dicha regulación podrían ser indemnizados por los daños anticompetitivos sufridos. Al respecto, debemos partir por manifestar que en virtud de ser la competencia un proceso en el cual los empresarios asumen distintas alternativas para ganar cuotas de mercado, es lógico que se cause daño a los competidores, los cuales se pueden ver afectados por bajas en las ventas, desviaciones de la clientela, siempre que esta no constituya competencia desleal, imposibilidad de acceder a recursos tecnológicos que las hagan más competitivas entre otras, o finalmente, la salida del mercado de competidores menos eficientes.

Todos estos daños conforman lo que en la doctrina se conoce como el **daño competitivo**, el cual no solo no es indemnizable, sino que es tolerado por parte del Estado, pues es consecuencia del proceso competitivo. Al respecto, señala ARAYA JASMA (2005): "Los daños derivados habitualmente del ejercicio de la libertad de competir no son indemnizables. Cuando una empresa pierde clientela (y consecuentemente, ingresos por ventas) a causa de otra, entrante en el mercado o ya existente en él, que ofrece un producto mejor, a un precio más bajo, o con una potente estrategia publicitaria, debe revertir tales pérdidas con las herramientas lícitas de la competencia: podrá bajar sus precios, mejorar la calidad del producto, desarrollar campañas publicitarias, etc. Pero una pretensión resarcitoria de tales pérdidas en contra de la empresa rival, no debiera prosperar".

Lo contrario ocurre con el daño que se produce como consecuencia de una conducta restrictiva de la competencia, la cual, por ser antijurídica, sí debe ser indemnizada por aquel que la cause.

Por otra parte, tratándose de responsabilidad estatal, nuestra Constitución en su artículo 90 señala que el Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. El concepto de autoridad pública contenido en la norma se extiende a todas las funciones de ésta, por lo cual consideramos que tratándose la regulación del sector salud de un servicio público, cuando quiera que con dicha regulación se causen daños antijurídicos, el Estado estará obligado a indemnizar a las víctimas del mismo.

La responsabilidad estatal en Colombia se ha erigido primordialmente sobre la teoría de la falla del servicio, según la cual el Estado debe responder patrimonialmente cuando en la prestación de los servicios públicos causa daño a los administrados. Bajo esta óptica, la responsabilidad por hechos de las normas, ha sido uno de los temas más controvertidos en el Derecho administrativo patrio, pues por la tradición que ha existido en Colombia en esa área del Derecho se consideraba hasta hace algún tiempo que dicha responsabilidad era procedente solo frente a actos administrativos particulares, no así frente a normas generales como las leyes. Sin embargo, la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado ha revaluado dicha tesis, admitiendo que las normas de carácter general pueden causar perjuicios a sus

destinatarios, los cuales son indemnizables. Un caso de estos, es el que falló el Consejo de Estado en una sentencia de acción de grupo, donde un conjunto de ciudadanos reclamaban la devolución de un impuesto creado mediante una norma de carácter no nacional y que posteriormente fue declarada nula; en dicha ocasión la corporación ordenó la devolución de dichos dineros, con el capital debidamente actualizado más los rendimientos correspondientes<sup>46</sup>.

En virtud de lo anterior, consideramos que en el caso concreto se presentó una falla del servicio de regulación del mercado de la salud, debido a que se excluyó antijurídicamente, por una parte, a un grupo de competidores reales o potenciales del mercado relevante citado, y por otro lado, a los usuarios se les restringió irrazonable y desproporcionadamente su derecho a la libre escogencia de su asegurador en salud.

Por ello, consideramos que las personas afectadas por este decreto han sufrido perjuicios que deben ser reparados por el Estado.

## 7. MECANISMOS DE CONTROL DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO COLOMBIANO EN LA ECONOMÍA

Como lo dijimos atrás, el Estado colombiano tiene facultades constitucionales y legales para intervenir en la economía, al ser el director general de la misma. Sin embargo, ello no implica que dicha intervención no tenga controles; de hecho, nuestro ordenamiento en materia de control de dichos mecanismos cuenta con importantes acciones judiciales que son útiles para tal fin, entre las cuales tenemos:

**Acción de pública inconstitucionalidad:** es una acción cuyo juez natural es la Corte Constitucional en virtud de lo establecido en el artículo 241 de la Carta Magna. Su objetivo es verificar si normas como las leyes, actos legislativos que reforman la Constitución, decretos-leyes, decretos legislativos, entre otras, están acorde con las disposiciones constitucionales. En caso de que no sea así, la norma será declarada inexecutable y se excluirá del ordenamiento jurídico. Esta acción resulta muy útil cuando se profieren leyes que pudieren afectar la libre competencia, con lo cual la Corte pasa a estudiar la disposición y determinar si excluye o no en el ordenamiento dicha norma. Un ejemplo de estas son las sentencias que ha proferido la Corte en relación con la integración vertical en salud.

**Medio de control de nulidad:** conforme al artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es una acción judicial de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que puede ser interpuesta por toda persona directamente o por medio de representante, a fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Esta acción procede cuando los actos administrativos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con

46 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia dieciséis (16) de agosto de dos mil siete (2007). Citada por RUIZ OREJUELA (2011).



desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro; de forma excepcional contra actos administrativos de contenido particular cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero; si se trata de recuperar bienes de uso público; si los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico, o cuando la ley lo consagre expresamente.

Esta acción es particularmente útil cuando la administración expide actos administrativos como el decreto estudiado en estas páginas; así, por ejemplo, si en el caso concreto, el Consejo de Estado determinara que el mencionado decreto es ilegal, el mismo se declararía nulo y perdería su vigencia.

**Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho:** consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es una acción judicial también de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que faculta a toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, para pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

Esta acción puede resultar de mucha importancia cuando se profieran normas de carácter particular que pudieren resultar restrictivas de la competencia, como cuando por cualquier razón la administración conceda privilegios a una empresa en detrimento de sus competidores.

**Acciones populares:** son acciones judiciales consagradas en el artículo 88 constitucional y en la Ley 472 de 1998, donde se definen como medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Estas acciones son importantes, en la medida en que la libre competencia es consagrada tanto en la Constitución como en la Ley 472 de 1998 como un derecho colectivo, siendo esta acción un mecanismo propicio para su protección.

## 8. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA ¿EL AUTOCONTROL DEL METETE?

Uno de los temas que mayores expectativas ha generado en el Derecho colombiano de la competencia a partir de la promulgación de la Ley 1340 de 2009, es el de la abogacía de la competencia, la cual, según el Superintendente de Industria y Comercio, JOSÉ MIGUEL DE



LA CALLE (s.f.), es "un instrumento de origen legal cuyo objeto principal es la introducción de competencia en mercados regulados, el fomento de la cultura de la libre competencia al interior del Estado y el control del ejercicio de la facultad de intervención del Gobierno en la economía, para evitar costos transaccionales y unificar el criterio de las instituciones que hacen parte de la rama administrativa del poder público en relación con asuntos relacionados con la competencia económica". Si bien la abogacía de la competencia había sido introducida en el sistema legal patrio desde el año 1992 con el artículo 2 del Decreto 2153, su desarrollo se ha dado a partir de su consagración en la Ley 1340 de 2009, la que en su artículo 7 dispuso que: "además de las disposiciones consagradas en el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretenda expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta".

Tal artículo fue reglamentado mediante el Decreto 2897 de 2010, en el cual se determinaron las autoridades que deben informar sobre proyectos de regulación, dentro de las cuales se encuentran los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias con o sin personería jurídica, unidades administrativas especiales con o sin personería jurídica y los establecimientos públicos del orden nacional. Se señala, igualmente, que las autoridades antes citadas deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo con fines de regulación que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, entendiéndose que tienen tal incidencia cuando independientemente del objetivo constitucional o legal que persiga, tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados; en general se regula el procedimiento administrativo a seguir por parte de la SIC y las autoridades obligadas a presentar sus proyectos de regulación para su respectivo estudio.

Según lo señala el profesor ALFONSO MIRANDA (2011), "El principio de abogacía de la competencia está íntimamente ligado a la colaboración armónica que debe existir entre autoridades estatales. Esto resulta particularmente importante con la designación de la SIC como autoridad nacional de la competencia con facultades exclusivas para decidir casos de competencia en todas las áreas de la economía, para lo cual debe contar con el apoyo de las autoridades sectoriales", es decir, la abogacía por la competencia juega un papel central

en la política de competencia del país, pues con ella se busca prevenir que la regulación distorsione los mercados en los cuales se piensa aplicar.

Así, si tenemos en cuenta que algunos de los objetivos de la abogacía de la competencia son: propender porque los mercados logren tener un mayor grado de contestabilidad; reducir los costos de transacción originados en la intervención del Estado en la economía, procurando con ello que ésta tenga un funcionamiento eficiente; introducir mecanismos que permitan la remoción de barreras de entrada y operación de los mercados y redefinir el papel del Estado convirtiéndolo en garante de las reglas de juego, y actuando como supervisor de conductas que real o potencialmente restringen la competencia<sup>47</sup>, consideramos que este es un instrumento valioso para que distorsiones ocasionadas por regulaciones como el Decreto 1717 de 2007 no se presenten, generando daño al proceso competitivo.

## CONCLUSIONES

Con lo expuesto a lo largo de este artículo podemos concluir que el Decreto 1717 de 2007 es una norma que restringe la libre competencia, pues generó a favor de una empresa pública un monopolio al cual no llegó como consecuencia de su eficiencia en el mercado, sino mediante la ayuda que le proporcionó el regulador a través del establecimiento de barreras regulatorias a sus competidores, haciendo de éste un mercado que carece de contestabilidad. Por lo tanto, es menester que dicha Regulación sea excluida del orden legal para que el mercado pueda nuevamente ceñirse a los postulados de la libre competencia, y se tutelen la libertad de entrada al mercado y la libertad de escogencia por parte de los consumidores.

Además, creemos que el Estado debe responder por los daños causados al proceso competitivo en el mercado relevante y a los agentes económicos que en él participan; finalmente, estimamos procedente que en el futuro regulaciones de este tipo sean sometidas a los procesos de abogacía de la competencia, a fin de que se puedan prevenir efectos nocivos de la regulación en los mercados.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA JASMA, FERNANDO (2005). "Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación", en *Revista Chilena de Derecho Privado*. Santiago: Fundación Fernando Fueyo Laneri. n°. 4. Disponible en [http://www.fundacionfueyo.udp.cl/revista/4\\_Revista\\_Fundacion\\_Fueyo.pdf](http://www.fundacionfueyo.udp.cl/revista/4_Revista_Fundacion_Fueyo.pdf).
- ARROYAVE ZULUAGA, IVÁN DARÍO (s.f.). *La organización de la Salud en Colombia*. Medellín: Hospital Universitario San Vicente de Paul.
- BULLARD GONZÁLEZ, ALFREDO (2011). "Controlando al Metete: La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad", en *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 149. Febrero 2011. Año 16 ([17/03/2011]). Lima – Perú.
- CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO (1993). "Derechos fundamentales e interpretación constitucional", en *Revista Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla* n°. 6. Bogotá.

47 En este sentido, DE LA CALLE (Ob.cit.).

- Corte Constitucional. Sentencia C- 228 de 2010. M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
- Corte Constitucional. Sentencia C -263 de 2011. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.
- Corte Constitucional. Sentencia T-010 de 2004, M.P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
- DE LA CALLE JOSÉ MIGUEL (s.f.). *La abogacía de la competencia: hacia la armonización del ordenamiento jurídico*. Disponible en [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110712-13\\_\(la\\_abogacia\\_de\\_la\\_competencia\\_hacia\\_la\\_armonizacion\\_del\\_ordenamiento\\_juridico\)/noti-110712-13\\_\(la\\_abogacia\\_de\\_la\\_competencia\\_hacia\\_la\\_armonizacion\\_del\\_ordenamiento\\_juridico\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110712-13_(la_abogacia_de_la_competencia_hacia_la_armonizacion_del_ordenamiento_juridico)/noti-110712-13_(la_abogacia_de_la_competencia_hacia_la_armonizacion_del_ordenamiento_juridico).asp)
- DE LEÓN IGNACIO (2004). *Manual para la Formulación y Aplicación de las Leyes de Competencia*. Nueva York y Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo UNCTAD.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (2011). *Principales indicadores del mercado laboral*. Diciembre de 2011. Bogotá.
- ESPARZA VALDIVIA, MARTÍN HUGO (s.f.). "El papel de la empresa pública". México. Disponible en [www.azc.uam.mx/publicaciones/gestion/num5/doc10.htm](http://www.azc.uam.mx/publicaciones/gestion/num5/doc10.htm).
- ESPLUGAS BOTER, ALBERT (s.f.). Bienes públicos: fallo del mercado o coartada del Estado. Disponible en <http://www.liberalismo.org/articulo/364/12/bienes/publicos/fallo/mercado/coartada/>.
- FLÓREZ LINERO, DANIEL BERNARDO (2011). "La empresa colombiana: ¿una víctima del Estado?", en *Revista de Derecho Privado* n.º 45. Universidad de los Andes. Bogotá.
- GÓMEZ-PUIG, MARTA (2006). *Introducción a la microeconomía*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO (2010). "Ganancias en eficiencia: el Zugzwang de la competencia económica", en *Revista del Centro de Estudios En Derecho de la Competencia, CEDEC X*. Vol. 6 nº 6 – enero-diciembre 2010. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO (2004). *Cátedra de Derecho bancario*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Legis.
- MEDINA, MASSIMO (1997). Comisión Europea. Derecho de la Competencia en la Comunidades Europeas. VIB. Bruselas, Luxemburgo.
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (2011). *Cobertura del régimen subsidiado a Diciembre de 2011*. Bogotá.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO (2011). *La indemnización de los perjuicios causados por las prácticas restrictivas de la competencia*. Bogotá. Disponible en [www.centrocedec.org](http://www.centrocedec.org).
- ORTIZ BAQUERO, INGRID (2008). "La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia", en *Revist@ e – Mercatoria* Volumen 7, Número 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PASQUEL, ENRIQUE (2006). "Tomando la propiedad en serio: Las expropiaciones regulatorias o indirectas", en *Ius et Veritas* 34. Disponible en [http://works.bepress.com/enrique\\_pasquel/12](http://works.bepress.com/enrique_pasquel/12).
- PINDYCK, ROBERT S. y DANIEL L. RUBINFELD (1995). *Microeconomía*. Tercera Edición. Madrid: Editorial Prentice Hall.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO (2002). *Derecho Administrativo, general y colombiano*. Decimotercera edición. Bogotá: Editorial Temis.
- RUIZ OREJUELA, WILSON (2011). *Responsabilidad del Estado legislador*. Primera edición. Bogotá: Universidad Libre.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 30835 de 2004.

Superintendencia Nacional de Salud. Resolución SIC 30835 de 2004.

Superintendencia Nacional de Salud. Afiliados al régimen contributivo a Diciembre de 2011.

Superintendencia Nacional de Salud. Afiliados al Régimen subsidiado a Diciembre de 2011.

VELANDIA, MAURICIO (2012). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.