

**EL ABUSO DESDE EL ENFOQUE DE LAS PRÁCTICAS
CONTRARIAS A LA COMPETENCIA EN EL SISTEMA GENERAL
DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL MARCO DE LA LEY
100 DE 1993**

YOLANDA GUZMÁN CASTRO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
INSTITUTO DE BIOÉTICA
MAESTRÍA EN BIOÉTICA
BOGOTÁ D.C.
2015**

**EL ABUSO DESDE EL ENFOQUE DE LAS PRÁCTICAS
CONTRARIAS A LA COMPETENCIA EN EL SISTEMA GENERAL
DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL MARCO DE LA LEY
100 DE 1993**

YOLANDA GUZMÁN CASTRO

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR EL TÍTULO DE MAGISTER
EN BIOÉTICA**

**EDUARDO RUEDA BARRERA
DIRECTOR**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
INSTITUTO DE BIOÉTICA
MAESTRÍA EN BIOÉTICA
BOGOTÁ D.C.
2015**

Dedicatoria

A Dios

A Eusebio, Paulina, Julio Alberto y Raúl

Agradecimientos

A Dios por su presencia y sustento, porque sin su ayuda no hubiera culminado esta tarea.

Al director del trabajo de grado, Dr. Eduardo Rueda, por su dirección, orientaciones y valiosos aportes.

A los profesores de la maestría en Bioética, quienes compartieron generosamente su saber y experiencia.

Al profesor Nelson Castañeda, por sus sugerencias y significativo apoyo desde lo técnico y lo humano.

Al Dr. Hernán Restrepo por sus comentarios que permitieron el enriquecimiento conceptual del texto, en el campo jurídico.

A la valiosa contribución de los líderes del Sector Salud, quienes participaron en las entrevistas y brindaron sus inapreciables opiniones y conocimientos, con generosidad.

A María Inés Jara, por la dedicación profesional a la corrección de estilo del documento final.

Al personal administrativo del Instituto de Bioética en particular al coordinador de la biblioteca Rubén Darío Gómez, por toda su ayuda y amable colaboración.

A Julio Alberto Sáenz, mi esposo, infinitas gracias por su guía y soporte, por su permanente motivación y respaldo incondicional.

Resumen

No se encontraron estudios desde la Bioética, sobre la noción de abuso. El término se relaciona generalmente con patrones de fuerza, poder o control y es visto desde el Abuso de Posición Dominante (APD) en el mercado, como una práctica anticompetitiva, que permite a quienes ostentan poder de mercado, imponer condiciones, incumplir acuerdos; restringir la competencia y la libre elección.

El APD en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es una conducta que no ha sido investigada ni sancionada por los organismos competentes, pero se presume que algunas empresas farmacéuticas, prestadoras y promotoras de salud (EPS), entre otras, abusaron de su posición de dominio. Es por esto que las EPS, por vacíos de la ley 100 de 1993 y ausencia de vigilancia y control del Estado, negaron en múltiples ocasiones: tanto el acceso a los servicios de salud a los usuarios, obligándolos a interponer tutelas, como el pago a sus proveedores externos de salud.

De acuerdo con criterios expuestos por expertos juristas, se discutió desde el Derecho, si estos eventos se constituyen en abuso del derecho. Con apoyo en entrevistas a líderes del sector salud y en la teoría de la regulación de servicios públicos, se analizó si representan fallas del Estado en su papel de garante del funcionamiento del mercado, afectando el derecho de las personas a los servicios de salud. Desde la Bioética, se reflexionó a partir de autores como Habermas y Rawls, si el APD vulnera principios fundamentales como la dignidad humana y la justicia.

Abstract

No studies since Bioethics, on the notion of abuse were found. This term is usually associated with patterns of strength, power or control and is seen from the Abuse of the Dominant Position (ADP) in the market, as an anticompetitive practice allowing those who hold market power, impose conditions, breaching agreements and restrict competition and the free choice.

The ADP in the General System of Social Security in Health is conduct that has not been investigated or punished by the competent entities, but presumably some pharmaceutical companies, providers and promoters of Health (EPS), among others, abused their dominant position. That is why the EPS, by gaps in the law 100 of 1993 and the absence of monitoring and control of the state, denied access to health services users, forcing them to interpose guardianships and they denied payment to external providers.

According approaches to legal experts, discussed from the law, if these events provided a form of abuse of law. With support in interviews with health leaders and the theory of regulation of public services, we looked at whether failures represent the State in its role as guarantor of market conditions affecting the right of people to health services. Since Bioethics, it reflects from authors like Habermas and Rawls, if the ADP violates fundamental principles of human dignity and justice.

Tabla de Contenido

Introducción	18
Capítulo I.....	26
ANTECEDENTES, ASPECTOS CONCEPTUALES Y LEGISLATIVOS DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA	26
1. Antecedentes	26
1.1 Mercado y Economía Social de Mercado.....	27
1.2 Neoliberalismo y competencia.....	30
1.3 Estado Social de Derecho y competencia en Colombia	31
1.4 El origen del aseguramiento	33
1.5 La reforma al sistema de salud en Colombia.	34
1.6 El servicio público de la salud.....	38
1.7 Reflexión sobre la situación del SGSSS.....	40
2 Aspectos conceptuales y legislativos del APD.....	41
2.1 Abuso del Derecho y APD	41
2.2 Competencia, prácticas contrarias.....	46
2.3 La competencia en el SGSSS: la libre elección	48
2.4 Fallas de mercado.....	51
2.5 Regulación del mercado	53
2.6 La legislación frente al abuso de posición dominante en Colombia	56
2.7 La legislación sobre el Abuso de Posición Dominante en el SGSSS.....	58
2.8 La Bioética y el método	60
2.9 Estudios relacionados con la Ética en el SGSSS.....	65
Capitulo II	68
METODOLOGÍA Y OBJETIVOS	68
1 Planteamiento del problema	68
2 Justificación.....	71
3 Objetivo General	72
Capitulo III.....	75

EVENTOS QUE CONFIGURARON ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.....	75
1. Hechos que favorecieron el APD en el SGSSS.....	75
1.1 El poder de mercado de las EPS.....	78
1.2 La cartera de las IPS.....	79
2. Una mirada de la Superintendencia de Industria SIC y Comercio frente al APD en el sector salud.....	81
3. Posición Dominante en otros sectores.....	84
4. Encuesta a líderes del sector salud.....	85
4.1 Resultados.....	87
Capítulo IV.....	90
UNA PERSPECTIVA ÉTICO-POLÍTICA DEL ABUSO DE POSICION DOMINANTE.....	90
1 El derecho a la salud.....	90
2 El APD desde la justicia.....	95
Capítulo V.....	99
CONCLUSIONES.....	99
Bibliografía.....	106
Anexos.....	112
Anexo 1.....	112
DIFERENTES FORMAS DE ABUSO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.....	112
Anexo 2.....	113
LEGISLACIÓN SOBRE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	113

Introducción

La Bioética es un campo de conocimiento en construcción¹, considerada también una disciplina, cuyo centro de análisis es la investigación y reflexión sobre los problemas éticos y morales² relacionados con el comportamiento de los individuos, la sociedad o las instituciones que los representan.

Las formas y estrategias de argumentación en la bioética, no sólo se fundamentan en la ciencia, la técnica y las disciplinas sino que además y de manera importante, se sustentan en la normatividad, estos es en los códigos, las leyes y en general en las disposiciones jurídicas.

Desde esta perspectiva, algunos de los lineamientos incorporados en la normatividad, como es el caso del *abuso*, –que a pesar de formar parte de las expresiones de muchas disciplinas y del *corpus* legislativo– hoy por hoy, no cuentan con análisis sistemáticos que permitan comprender y profundizar sobre los alcances del concepto. También se desconocen las implicaciones que puede tener el abuso en algunos campos,–como por ejemplo en el intercambio de bienes y servicios–; de igual manera, sobre los valores que orientan a diferentes grupos sociales, a las instituciones o los individuos sobre los cuales se ejerce³.

Debido a estas inquietudes planteadas, la investigación se orientó a indagar desde la economía y la salud acerca de la capacidad que tienen las instituciones, para controlar los efectos del abuso sobre sus estructuras y desde la Bioética para analizar y orientar las reflexiones que permitan generar respuestas a esta problemática.

¹ Esta construcción se realiza de forma interdisciplinaria. Cuando se habla de bioética, para algunos autores, son claros dos aspectos: que es una disciplina en construcción y que la bioética se construye interdisciplinariamente (Garzón, 2010).

² Desde Potter, la biología y las ciencias humanas, le realizaron importantes contribuciones conceptuales a través del análisis de valores y principios que rigen la conducta de las personas hacia ellas mismas, otros seres vivos, así como hacia los diferentes grupos que constituyen la sociedad. La Economía y el derecho la fortalecieron con alternativas de medir, evaluar y legislar sobre aspectos fundamentales en la vida de los seres humanos, como la felicidad, la equidad y los derechos humanos, fundamentalmente a partir de Bethan y Mill.

³ Esta afirmación proviene de la investigadora como producto de los resultados de este estudio

Se planteó concretamente el análisis del abuso visto desde la posición dominante, por ser una conducta asumida por algunos actores en el mercado de bienes y servicios y en particular en el SGSSS y que lesiona los intereses de los participantes en situación de desventaja.

Para clarificarlo, se indagó sobre el significado e interpretación del abuso en la normatividad colombiana, en cuya exploración se encontró, que el término es utilizado cuando se trata de actos contrarios a la ley o a la moral y se relaciona generalmente con patrones de fuerza o con el poder o control sobre individuos, instituciones o colectividades. La ley en Colombia sanciona diferentes actos considerados abusivos, sin embargo, no está establecida en la legislación una forma de interpretar el abuso, dado que puede referirse bien a la responsabilidad extracontractual, la moral y las buenas costumbres que orientan una actividad, así como se manifiesta de manera subjetiva cuando se agravia el interés ajeno, no se tiene un fin serio o legítimo, cuando se presenta un exceso en el ejercicio de una facultad (Expediente No. 3972, Jaramillo C., 1994) o en una delegación de funciones por particulares o por el Estado.

El Modelo de Estado Social de Derecho reflejado en la constitución de 1991 en Colombia, estableció que el sistema económico para el país, debería ser un esquema económico-político- organizativo, basado en los principios de la economía de mercado y dispuso que deberían sancionarse o restringirse las diferentes formas de abuso⁴ que atentaran contra la estabilidad del sistema, dentro de las cuales se encuentra el abuso de posición dominante (APD), considerado un acto contrario a la libertad económica, que afecta valores que rigen a los participantes en el mercado.

Los mercados se han considerado mecanismos que permiten la asignación de recursos a través de los precios, lo que facilita el intercambio, de lo contrario sería necesaria abundante información que muchas veces no está disponible, para tomar decisiones sobre los bienes y servicios que precisa la sociedad, es por esto que se convierten en el soporte de la libertad de elección, tanto para el individuo como para los diferentes grupos sociales. Es

⁴ En la Constitución Nacional se establece como formas de abuso inicialmente en varios artículos: en el 13° se establece la protección a personas débiles del abuso o maltrato, en el artículo 44° se establece la protección de los niños del abuso sexual, en el 214,° se sancionara el abuso de los funcionarios de las facultades dadas por el Estado de excepción y en el 330°, el APD.

por esto que en una economía de mercado, el Estado se convierte en garante del funcionamiento de los mercados, amparando las condiciones que rigen su operación como son: la competencia, la iniciativa privada y la propiedad privada.

La competencia es considerada fundamental para lograr que la asignación de bienes y servicios se realice de manera que beneficie a los concurrentes, brindándoles la posibilidad a los diferentes oferentes de participar y obtener las mejores condiciones posibles, a cambio de entregar la mayor calidad en los bienes y servicios que ofrecen; es por esto que se considera, que la competencia optimiza las relaciones de intercambio, evitando la centralización del poder por los participantes.

Bajo estas circunstancias, el APD es considerado un acto que lesiona el derecho a participar y a competir en el mercado bajo unas normas o reglas justas y equilibradas y no solamente es aplicable a eventos relacionados con el mercado, sino según Rengifo (2004), se expresa a través del abuso del poder de negociación. Para el autor el APD, es una aplicación del abuso del derecho más amplio, en la medida que involucra a todos los actores que participan en el proceso de intercambio; considera el APD, como el poder que tiene una persona, empresa o un grupo de empresas para intervenir en un mercado, estableciendo sus condiciones, por fuera de las fijadas en las relaciones y acuerdos generados al interior de los propios mercados. Esta conducta, según Rengifo (2004), impide que se dé una competencia efectiva entre los participantes, dando origen a que se impongan precios excesivos, cargas desproporcionadas o condiciones que se convierten en barreras de acceso a los mercados, tanto para los usuarios como proveedores. También se favorece con esta conducta, la formación de monopolios, se distorsiona la relación contractual y principalmente es fuente de injusticia e inequidad, al actuar en contra de los intereses de quienes requieren utilizar bienes y servicios considerados vitales.

En este sentido, los Servicios Públicos (SP), por estar ligados al bien común, como bienes de beneficio social, son reconocidos como imprescindibles, por lo que sus prestadores, pueden adquirir una posición de preeminencia que les permite desconocer derechos fundamentales y actuar únicamente en beneficio propio, en contra de los intereses de los usuarios (individuales o institucionales), es decir, que pueden abusar en “el ejercicio contradictorio del derecho”, lo que “se traduce en una extralimitación del propio derecho”

(Rengifo, 2004, p.401). Por lo anterior, se hace necesaria la mediación del Estado para equilibrar las cargas económico-sociales, tanto para los oferentes como para los demandantes.

El Estado tiene diversas líneas de actuación para la regulación de los mercados: i) la regulación en función del interés público o beneficio social para corregir inequidades, sin considerar las desviaciones o ineficiencias que el proceso genere; ii) La regulación en función del interés privado o la captura del regulador, la cual tiene como propósito diseñar sistemas y generar incentivos que eviten la apropiación de las acciones del regulador o del Estado, por grupos con intereses específicos (Páez, Silva, 2010).

Desde este punto de vista, el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) es un servicio público (SP) considerado esencial, que surgió de la ola reformista de finales de los años ochenta y comienzos de los noventa a partir de la Ley 100 de 1993 de Colombia, por lo que sus actores pueden ejercer prácticas contrarias que afecten a los demás participantes, haciéndose necesaria la regulación, vigilancia y control por el Estado.

El SGSSS fue diseñado, con separación de regímenes entre trabajadores y personas sin capacidad de pago o subsidiadas y se crearon entre otros representantes, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), intermediadoras de los recursos del régimen contributivo –con los que se alimenta el sistema– y las Instituciones Prestadoras de Servicios de salud (IPS).

Desde que se perfiló la ley 100 de 1993⁵, algunos protagonistas asumieron una posición de dominio, dentro de ellos las EPS, a las cuales se les encargó no solamente del recaudo de las cotizaciones y la transferencia de los excedentes al FOSYGA, sino también de los cobros por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS). Todos los recursos del SGSSS se movilizaron a través de las EPS, incluyendo los destinados a la atención primaria en salud, que tradicionalmente fue desplegada por el sector público de la salud (Robledo, p. 2012).

⁵ En el artículo 156 de la ley, se estableció que el recaudo de las cotizaciones del régimen contributivo era función del Fondo de Solidaridad y Garantía, y este delegaría la función en las EPS quienes tendrían a su cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras.

Visto de esta manera, la reforma del sistema de salud, permitió la configuración de una posición de preeminencia de algunos de los miembros del SGSSS y de mercados interconectados (Ruiz, 2013) o dependientes, sujetos al manejo de los recursos administrados por los actores en posición dominante como las EPS. Estos mercados alcanzaron una dinámica propia, fue así como los oferentes de medicamentos, Talento Humano especializado entre otros, fueron adquiriendo *poder de mercado*, y por lo tanto una posición de dominio a partir de la cual, con el tiempo, muchos de ellos abusaron.

En este contexto, para el desarrollo de la investigación, se tomaron como referencia del APD, de forma general la dinámica de las tutelas interpuestas por los usuarios de los servicios de salud, pero no fue desarrollado profundamente en esta investigación debido a que este es un tema sobre el cual se han realizado suficientes análisis. De igual forma, la situación de la cartera de las EPS con las instituciones que prestan servicios de salud (IPS), no solamente por el monto de la deuda, cuyo valor es cercano al de los recursos totales del régimen contributivo en un año, sino por los efectos negativos que tiene esta práctica, en las relaciones de intercambio. El no pago de la cartera vencida ha tenido implicaciones regresivas en la calidad de los servicios prestados por las IPS— lo que aún no ha sido estudiado de forma suficiente— porque estas entidades buscaron protegerse de todas las formas posibles para mantenerse en el mercado, trasladando los efectos regresivos del APD a los usuarios.

La facultad normativa para regular el APD en el sector Salud en Colombia, ha estado en manos del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) y de la Superintendencia Nacional de Salud (SNS). A esta última, se le ordenó evitar el APD no solamente en la competencia sino en las tarifas y en la contratación. Sin embargo es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) la encargada de vigilar y sancionar las conductas abusivas, en todas las esferas económico- sociales incluyendo el sector salud. Esta entidad, aplica en el estudio y la investigación para Salud, los mismos parámetros y lineamientos que para todos los demás sectores.

Adicionalmente, el concepto de APD en el SGSSS, se convirtió en un tema en el que se incurre en un desconocimiento casi “deliberado”, que ha impedido averiguar sobre su verdadera influencia en las dificultades mostradas por el SGSSS durante la vigencia de la

ley 100 de 1993. Existen varias razones para ello, entre otras están, la falta de concreción en los estudios del mercado del sector salud y el desconocimiento general sobre los aspectos técnicos de la metodología para su estimación, así como la escasa legislación específica para ejercer la vigilancia y control de las conductas abusivas.

Es por ello, que algunos de los interrogantes planteados en el desarrollo de esta investigación, se centraron en i) las causas por las cuales se generaron muchas de las conductas abusivas en el SGSSS; ii) la capacidad e interés del Estado para el ejercicio de acciones de vigilancia y control sobre las conductas de los actores del SGSSS, que pudieron convertirse en APD y iii) los razonamientos sobre si estos factores contribuyeron a generar crisis en el modelo de salud del SGSSS y afectaron también valores sociales.

Para responder a algunas de estas inquietudes, la investigación se apoyó en las opiniones dadas por líderes del SGSSS, quienes fueron entrevistados con el fin de conocer desde su experiencia, la interpretación sobre el concepto de APD en el SGSSS y los eventos que pudieran configurarse como tal. Las respuestas mostraron: i) la carencia de estudios sobre los efectos del APD en la distribución y la asignación de los recursos en salud y sobre sus repercusiones en la estructura de principios y valores de la sociedad⁶, ii) las dudas existentes sobre si el abogar por el derecho a la salud puede representar un camino para la solución de la problemática del APD en el SGSSS, y iii) la insuficiencia de las herramientas actuales del Estado para restringir o evitar el APD en el SGSSS.

Para el análisis desde la Bioética del APD, se realizó una valoración en la óptica ético-política del problema, y de algunos de sus soportes fundamentales como es la competencia dentro del SGSSS— la cual se estableció pensando que podía incrementar la calidad de los servicios de salud. Este hecho planteó conflictos alrededor del papel de las instituciones en la regulación de los mercados de la salud en el país, así como en la gestión de sus fallas. Se dirigió la mirada, hacia los principios defendidos por la Bioética, como la dignidad humana expresada por Habermas para comprender la dimensión del abuso en los valores de la sociedad y el de la justicia de Rawls en el cumplimiento de las condiciones dispuestas en el contrato social establecido con los ciudadanos.

⁶ Porque desde las instituciones se permitieron no solamente algunas de las conductas abusivas, sino que varias de ellas se extendieron como practicas normales en el proceso de atención del SGSSS.

Finalmente, los estudios y los resultados de esta investigación, se organizaron en la presentación del documento de la siguiente manera: en el primer capítulo, se presenta el contexto en el que se desenvuelve el concepto de posición dominante, a partir de la noción de mercado y de competencia, junto con la consolidación de la intervención del estado en las actividades económicas con base en eventos económico-sociales-históricos, que reforzaron la importancia de su regulación. En este marco, surgen las leyes antimonopolio que se extienden a la mayoría de países para garantizar las transacciones comerciales, la libertad de empresa y el control de las conductas abusivas que atentan contra la competencia y el funcionamiento del mercado.

En éste capítulo se exponen los fundamentos conceptuales sobre los cuales se sustentó la investigación y que fueron parte de los objetivos prioritarios de la misma, como es el análisis de la noción de abuso desde el punto de vista general y normativo, las disposiciones en la Constitución Política Nacional, y el enfoque del APD a partir del concepto de abuso del derecho propuesto por Rengifo (2004). También se presentan los contenidos tanto de la legislación relacionada con el APD en general, y específica en el SGSSS, así como las funciones y obligaciones de las entidades encargadas de su reglamentación, vigilancia y control; igualmente, las diferentes teorías relacionadas con las fallas del mercado, la competencia y la regulación en los servicios públicos con el fin de dar claridad conceptual y teórica a la investigación.

En el segundo capítulo se expone el marco metodológico que sustenta la investigación, los motivos que la orientaron, a partir de la formulación del problema y la justificación, así como los objetivos, propósitos y resultados esperados.

En el tercer capítulo, se presentan las reflexiones sobre los eventos que se configuraron como APD en el SGSSS a partir de la ley 100 de 1993, dentro de estos, el manejo de la cartera de las EPS con las IPS. Se consideró un evento ilustrativo, dado que las primeras de estas entidades han tenido desde los inicios una posición dominante dentro del SGSSS, aunque este hecho en sí no se constituye una práctica a ser sancionada, si lo es cuando el actor en posición de dominio abusa de su estado, imponiendo condiciones y lesionando intereses legítimos de quienes participan en el mercado.

En la segunda parte se exhibe el resumen de los resultados de las entrevistas realizadas a un grupo de líderes del sector salud, quienes expresaron a través de su experiencia, la existencia de algunos eventos que se consideraron APD en el SGSSS. Adicionalmente se obtuvieron de sus aportes, planteamientos específicos acerca del significado del concepto, que facilitaron el avance hacia el próximo capítulo.

En el capítulo cuarto se expresan algunas posiciones ético-políticas sobre el APD en el SGSSS, tomando como soporte los planteamientos hechos por autores que han reflexionado sobre aspectos relacionados, con el derecho a la salud y la dignidad humana, la importancia de la competencia en la libre elección y el APD frente a la justicia.

Capítulo I.

ANTECEDENTES, ASPECTOS CONCEPTUALES Y LEGISLATIVOS DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA

1. Antecedentes

En este primer capítulo se exponen i) algunos de los eventos que antecedieron a la conformación del concepto de APD; ii) la normatividad general mediante la cual se reglamentaron las conductas que se constituyeron como APD para Colombia y de forma y específica en el Sistema de Salud en Colombia en 1993 y en la segunda parte se exponen los fundamentos conceptuales y la normatividad relacionada con el APD desde diferentes enfoques, con el fin de clarificar los orígenes y el alcance del concepto y su interpretación. Se referencian las nociones sobre las que se soporta la posición dominante como fueron la competencia como elemento clave en el funcionamiento de los mercados y la consolidación de la economía social de mercado, entre otros.

En relación con los eventos que antecedieron a la conformación del concepto de APD, estos sucesos están ligados en primer lugar a la competencia en una economía de mercado como tema central y en segundo lugar, a la aceptación de la necesidad de la intervención del Estado en la economía a través de la regulación, la cual se considera fundamental para explicar la legislación sobre la competencia.

El derecho de mercado como se le conoce al derecho de la competencia, es una transformación del derecho económico que manifiesta no solamente la normatividad sobre la competencia sino una actividad social esencial que integra a oferentes proveedores y consumidores.

El derecho de mercado no trata de las relaciones individuales en las que se debe dar igualdad en la negociación y autodeterminación en la transacción sino de la responsabilidad de las instituciones, dentro de las cuales se incluyen las empresas, proveedores consumidores y el Estado en su actividad reguladora, para evitar que los intereses particulares generen desequilibrios en detrimento de la sociedad y de la dignidad de las personas como seres humanos (Vallenas, 1999).

El derecho de mercado representa las reglas de juego que permiten evitar las distorsiones y abusos de los participantes en el mercado, dentro de los cuales también se encuentra el Estado quien controla los resultados, a través de sus acciones u omisiones en la reglamentación (Vallenas, 1999).

1.1 Mercado y Economía Social de Mercado

En sus inicios el mercado⁷ fue considerado un medio de comercialización, para el intercambio de bienes. Lozano (2003), citando a Bejarano encuentra muy pocas menciones sobre los orígenes y el funcionamiento de los mercados en la historia del pensamiento económico (Lozano, 2003). A pesar de que la entidad del mercado comprendida como la articulación oferta-demanda-precio se cree apareció con los fisiócratas franceses⁸ (Polanyi, 1977) los precios eran todavía una forma de medir las transacciones originadas en la expansión del comercio – herencia de los mercantilistas dos siglos atrás– y no tenían como fin el equilibrio del mercado⁹.

⁷ Con el tiempo según Polanyi, el mercado logro un poder tal que se transformó en un proceso que permeo todas las actividades sociales, porque requirió de una organización de la sociedad -en una estructura económico- social y una política - que la convirtió en un complemento del mercado. Fue así como una economía de mercado solamente pudo funcionar en una sociedad de mercado. (Polanyi, 1977)

⁸ Aristóteles había vislumbrado el sentido del mercado alrededor del comercio que producía dinero y que era el fin y objetivo del intercambio afirmando: “*la fortuna que nace de esta nueva rama de adquisición parece no tener realmente ningún límite*” (Aristóteles, 2007 cap. III. Libro I). El agenciar dinero no es el objeto del valor, diferente al sentido de la economía doméstica y frente inclusive al comercio de la medicina que debe dar la salud, (...) sin embargo, “*todas estas profesiones se ven convertidas en un negocio de dinero, como si fuera éste su fin propio, y como si todo debiese tender a él*”, (Aristóteles, 2007 cap. II. Libro II), siendo su mayor interés la riqueza basada en el conocimiento y en la producción de los bienes, más que en el comercio como tal.

⁹ Hasta finalizar la edad media los mercados no fueron significativos porque el comercio se daba entre comunidades, más que entre personas o individuos. Al no estar generalizados, no se podía hablar de mercado autoregulado (Fotopoulos, 2002). En la alta edad media, los mercados tampoco fueron significativos en la vida económica de las personas. Al igual que en Grecia, su accionar se limitaba al intercambio de bienes,

Se considera que las tesis de Adam Smith sobre la existencia de un mercado natural que a través del interés particular organizaba la economía fueron importantes para la sistematización del concepto de mercado, la libre competencia se convirtió en una condición esencial para su equilibrio¹⁰. Para Smith¹¹ la economía tenía dos fines: uno organizativo- técnico y uno moral: el ser humano, a través de la búsqueda de la mayor ganancia, podría lograr el mayor beneficio para la sociedad (Paradinas, 2004).

Con base en estas ideas, el mercado se concibió como un sujeto autónomo, con capacidad para sustentarse por sí mismo un estado natural por fuera de la influencia protectora del Estado y alejado de un “marco institucional-jurídico-ético” idóneo (Resico, 2007, p. 53). Se dio origen a las teorías económico- políticas sobre las elecciones individuales y el equilibrio del mercado¹², provenientes de diferentes escuelas del pensamiento económico y que desde la ética tuvieron su expresión en reflexiones sobre la utilidad, el consecuencialismo y la felicidad las que formaron parte de la tesis del utilitarismo y el denominado “teorema fundamental de la economía del bienestar”¹³, los que se convirtieron posteriormente en teorías fundamentales en los análisis ético-políticos y generaron aportes importantes a la metodología de investigación en la bioética.

debido a que el trabajo, la tierra y el dinero estaban determinados por factores culturales y políticos (Paradinas, 2004).

¹⁰ El liberalismo económico defensor de la libertad de mercado, supuso que desde la satisfacción de los intereses de las personas se daría el equilibrio de los mercados al generar los bienes que requería la economía, lo que incrementaría el bienestar general de la sociedad y la riqueza.

¹¹ Para Sen, ha habido una mala interpretación de A. Smith respecto a la motivación de las personas y los mercados, lo que significó una de las deficiencias de la teoría económica y el distanciamiento de la economía y la ética en el desarrollo de la economía moderna (Sen, 2008) porque para Smith la simpatía y el espectador informal fueron la base de la organización social, lo que muestra a la moral como un sistema de coordinación anterior a la originada en las interacciones del mercado.

¹² Con Bentham y Mill se desarrolla el utilitarismo dando origen, en lo económico, al concepto de la “utilidad marginal”, y restringiendo la participación del Estado a la de contribuir a la mayor felicidad para el mayor número. Del análisis de la utilidad o satisfacción, que le reportaba un bien a un individuo, se derivó el concepto de bienestar social (que sentó las bases de la teoría del bienestar), haciendo énfasis en la regulación del Estado de la oferta monetaria, con el fin de respaldar a las empresas en tiempos de crisis y la teoría del equilibrio competitivo de Pareto, entre otras (Pugliese, 2010).

¹³ El aumento del bienestar de los individuos y de la sociedad ha sido un objetivo económico, que condujo al problema de cómo medir el bienestar y la utilidad, y como establecer la mejora o pérdida en la sociedad. No hay una posición única sobre el equilibrio en relación al bienestar y al intercambio, una de las más aceptadas es la de Wilfrido Pareto quien expuso una definición de lo que consideraba un óptimo de bienestar: *“aquella situación en que, con variaciones pequeñísimas, nadie puede aumentar su bienestar sin que alguien disminuya el suyo”* (Escartín,sf).

La Depresión de los años 30 en Estados Unidos, cambió la idea del equilibrio automático de los mercados haciendo legítima la intervención del Estado¹⁴ en la economía. Se fortaleció el concepto del Estado de Bienestar en Europa¹⁵, con una política basada en el pleno empleo y el bienestar social, el crecimiento de la economía de mercado y el acceso a la seguridad social, educación, salud, pensiones, entre otros, dirigidos especialmente a disminuir las diferencias sociales y a estimular la demanda de trabajo.

Con los aportes de la experiencia alemana después de la segunda guerra mundial, se configuró el concepto del Estado Social de Derecho, una garantía para el funcionamiento del mercado desde lo normativo, sobre la base de un estado intervencionista en lo económico y social que procuraba a los ciudadanos niveles de bienestar general e igualdad de oportunidades con respecto al acceso a los bienes básicos, en razón de su dignidad como persona (Cortes, 2009).

La crisis económica de los años setenta generó cambios en las políticas económicas de la mayoría de países de Occidente y Norte. El freno en el crecimiento económico hizo pensar que las distorsiones del mercado se debían a la excesiva injerencia del Estado en la economía, a través del gasto público y a la falta de incentivos de los agentes individuales fundamentales para la operación y sostenimiento del sistema. Estos hechos, junto con las políticas de la banca multilateral tendientes a influir en los mercados internos, abrieron camino al neoliberalismo¹⁶, que se irguió de una parte en contra de la planificación centralizada y de otra a favor de la libertad de elección de los agentes en el mercado (Dávalos, 2008).

¹⁴ Con apoyo en los principios de la teoría keynesiana del equilibrio general, se valoró el consumo, como fuente de dinamismo del sistema (Di Filippo, 2012) y de la actuación de un Estado benefactor, que podía estimular la demanda de bienes y el crecimiento de los salarios, -para reactivar la producción -a través del incremento en el gasto social (Bastidas & Cancino. 2006).

¹⁵ Después de la segunda guerra mundial como parte de su proceso de reconstrucción.

¹⁶ Los inicios del neoliberalismo se plantearon en el “ordoliberalismo”, nombre que proviene de la revista *ORDO* “creada en 1936 por Eucken, y en la cual participaron teóricos neoliberales como Hayek y Milton Friedman, además de otros premios Nobel de economía de los últimos años” (Dávalos, 2008).

1.2 Neoliberalismo y competencia

El Neoliberalismo “fue el nuevo contrato social desde donde se reguló a la sociedad” (Dávalos, 2008, p.5) con la imposición de unos principios basados en la flexibilidad del mercado¹⁷, el mercado globalizado en el que la oferta y demanda de bienes traspasarían las fronteras, la liberalización de la economía para facilitar la derogación de las protecciones a la importación de bienes y servicios principalmente y el achicamiento del Estado abriendo paso a la intervención privada en la oferta de bienes y servicios sociales.

Al Estado le fue asignada la función de formulación de la política social y a diferencia del liberalismo, el neoliberalismo consideró la intervención del Estado benéfica en la regulación de los mercados. No representó una alternativa entre mercado o Estado como había propuesto el liberalismo, sino una articulación entre mercado regulado y un principio ético basado en la libertad de elección (Dávalos, 2008).

Estos elementos, produjeron cambios en la concepción de la economía porque reedificaron las bases sobre el modo de entender el acuerdo social y la función del Estado así como del contrato social, fortaleciendo el concepto de Estado Social de Derecho. Según la nueva concepción, correspondía al Estado garantizar el desarrollo y funcionamiento de los mercados y su protección a través de una nueva forma de actuación denominada economía social de mercado (Dávalos, 2008) que daba respaldo a los agentes privados a través de la provisión de servicios y bienes sociales no rentables.

Para la consolidación del neoliberalismo¹⁸ fue fundamental la incorporación de otros factores cuyo sustento fueron las instituciones, consideradas una estructura fundamental de la sociedad mucho más eficiente en la organización social-política de la economía que los

¹⁷ Buscando despejar el camino para eliminar las barreras hacia la libre competencia, -específicamente a nivel internacional o global-, desmontar las protecciones e incentivos a la producción interna, se dio participación a agentes privados de gran parte de las actividades a cargo del Estado, especialmente la provisión de bienes y servicios públicos.

¹⁸ El neoliberalismo encontró respaldo de autores que se alinearon con sus planteamientos dando nuevas perspectivas al contrato social y a la justicia distributiva. Con el fortalecimiento del neoinstitucionalismo, conformado por diferentes disciplinas –en particular la sociología y el derecho–, se reafirmaron los conceptos sobre el bienestar social, las influencias sociales, jurídicas y psicológicas en el funcionamiento de los mercados y los fenómenos económicos.

mercados. El Estado se constituyó en parte de las instituciones y en su garante a través del estado de derecho. Se le asignó al derecho no solamente la función normativa del mercado, sino la expresión de las reglas del juego del sistema transformadas en el marco general de la sociedad (Dávalos, 2008, p. 13) y cuyo sustento fueron los derechos de propiedad y los contratos. De las instituciones también formaron parte los costos de transacción y los incentivos, considerados necesarios para el funcionamiento de los procesos económicos (North, 2012), relevantes en el análisis de la teoría de regulación del mercado de los servicios públicos y en particular de los servicios de salud, porque fueron los supuestos que se formularon sobre la motivación de los agentes para actuar o dejar de hacerlo, como parte de las acciones regulatorias del Estado.

Se incorporaron conceptos como el de la acción colectiva que se consideró “la más amplia definición de una institución, que controla, libera y amplía la acción individual” (Commons, 2003, p.191) cuyos actos establecen relaciones entre los derechos y los deberes.

1.3 Estado Social de Derecho y competencia en Colombia

El derecho de la competencia, como se conoce hoy, surgió en Estados Unidos desde donde se perfilaron las leyes antimonopolio¹⁹ denominadas *antitrust*, para controlar principalmente la conformación de monopolios en la actividad económica. En Europa, el derecho a la competencia es regulado por el tratado de funcionamiento de la competencia, que prohíbe los acuerdos o prácticas anticompetitivas y las conductas de APD. Esta formulación es la que prevalece en muchos de los países de América Latina, con normatividad que trasciende las naciones para favorecer las transacciones comerciales y garantizar el funcionamiento de los mercados así como el derecho a participar en ellos (Miranda, 2011).

¹⁹ La ley Sherman de 1890, prohíbe acuerdos tendientes a restringir la comercialización y a monopolizar el mercado.

En las disposiciones de la constitución de 1886 en Colombia no se estableció la libre competencia como un principio, solamente se garantizó la libertad de empresa²⁰ y de actividad o de profesión²¹ entre otras, además de la injerencia del Estado en la economía²². La intervención del Estado se instituyó en 1936 con la reforma a la constitución, dándole facultades al gobierno para establecer un marco jurídico para la actividad económica²³ considerada fundamental para entender la normatividad sobre la competencia y las prácticas anticompetitivas (Miranda, 2010).

Con la ley 155 de 1959 se dictaron disposiciones sobre la prohibición de prácticas tendientes a limitar la libre competencia y a determinar precios inequitativos. Fue un instrumento para garantizar la competencia, proteger consumidores y evitar abusos de poder provenientes de las grandes empresas consideradas concentraciones monopolísticas (Miranda, 2010).

El modelo de Estado Social de Derecho le imprimió a la constitución de 1991 unos valores y principios basados en la igualdad, los derechos del ciudadano y unas obligaciones sociales y económicas del Estado (Cortes, 2009). La constitución declaró como modelo económico un esquema económico-político-organizativo basado en los principios de la economía de mercado e introdujo una política de liberalización económica de acuerdo con la corriente imperante basada en los principios del neoliberalismo.

En medio de esa ola de transformaciones de la década de los noventa que abrieron paso al nuevo liberalismo económico y social, se dictaron normas sobre protección a la competencia, a través del decreto 2153 de 1992 que reformó la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) con el fin de crear una estructura institucional encargada de la

²⁰ El artículo 47 de la Constitución de 1886 expresaba: *“Es permitido formar compañías o asociaciones públicas o privadas que no sean contrarias a la moralidad ni al orden legal”*

²¹ En el Artículo 44 la constitución en mención expuso: *“Toda persona podrá abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremio de maestros o doctores”*

²² Artículo 76 sobre las funciones del congreso numerales 8 y 18 la constitución de 1886 proponía: *“Regular el servicio público, determinando los puntos de que trata el Artículo 62”* y *“Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulos y apoyo”*, entre otras

²³ Se aprobó la intervención del Estado a través de la legislación en la explotación de industrias o empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, y otorgar protección a los trabajadores como un derecho.

vigilancia de la libre competencia y de sancionar las conductas restrictivas, dentro de las cuales se incluye el abuso de posición dominante en el mercado.

En sentencia C074 de 1993 la corte constitucional consagró el principio de eficacia dentro del Estado Social de Derecho, ratificando la intervención del Estado en el campo social y económico. Se definieron instrumentos para controlar la gestión pública²⁴, se reafirmaron las actividades económicas a través del mercado y las garantías del Estado de las condiciones necesarias para su operación.

Fue perfeccionada la legislación con la reformas en los servicios públicos a través de la creación de organismos reguladores sectoriales, sentando las bases para la reforma del sistema de salud en Colombia,– a partir de un modelo descentralizado de gobierno, con énfasis en la competencia y la restricción de prácticas orientadas al abuso de posición dominante en el mercado²⁵.

1.4 El origen del aseguramiento

Como antecedente del SGSSS es importante destacar, que el aseguramiento como concepto, fue impulsado según Lolas (2000), por el costo de la asistencia sanitaria durante la depresión²⁶ de los años treinta²⁷ (Lolas, 2000). En efecto, los aseguradores establecieron los servicios a ser cubiertos, las tarifas, las reglas de elegibilidad, los análisis de riesgos por discapacidad o muerte para determinar las primas y las condiciones para su aceptación (Arboleda, 2000). La rentabilidad de los seguros depende de la cobertura y de la dilución del riesgo lo que estimula o desestimula su crecimiento, la concentración de servicios y los desembolsos.

²⁴ En particular el control y la regulación de la oferta monetaria.

²⁵ Se encargó de este proceso a la Superintendencia de Industria y Comercio para todos los sectores incluido Salud; se renueva también el sistema de protección de la competencia para mejorar la inversión y desarrollar la iniciativa empresarial del país.

²⁶ Antes del surgimiento del mercado de salud, los servicios de salud, no constituían un derecho, pero casi todas las personas tenían acceso debido a que la atención médica -por connotaciones religiosas- se prestaba de caridad, en gran parte por comunidades religiosas, ante la incapacidad de pago de las personas. (Lolas, 2000)

²⁷ Iniciada por los médicos para el pago de sus servicios, se convirtió en una oportunidad de negocio para las compañías de seguros, que ingresaron en la intermediación de la relación médico- paciente.

La baja cobertura de la atención en salud, por problemas de financiamiento de grupos importantes de la población, indujo a la intervención de los Estados para garantizar condiciones favorables a las empresas y a la población. El Estado de bienestar convirtió la salud en una prioridad, por lo que fue incluida en la declaración sobre derechos humanos²⁸ (Arboleda, 2000), haciéndose necesaria la ampliación de la cobertura de los servicios para la población y la transformación de la prestación de los servicios de salud a través de reformas.

1.5 La reforma al sistema de salud en Colombia.

La reforma del sistema de salud en Colombia, que dio lugar a la ley 100 de 1993, tuvo origen primero, en los avances internacionales del aseguramiento y la participación del sector privado en la oferta de servicios de salud y en segundo término, según Yepes y Sánchez (2000), en los estudios sectoriales adelantados entre el Ministerio de Salud y Planeación Nacional.

A través de un trabajo realizado por un grupo de expertos, se buscó ampliar la cobertura, eliminar las barreras de acceso, garantizar el derecho a la salud y fortalecer la participación comunitaria, entre otros objetivos. Estos conceptos surgieron de los avances logrados en la constitución de 1991, en la que fue consagrado el derecho a la salud y la seguridad Social como un derecho fundamental (Yepes, Sánchez, 2000).

En Colombia, antes de la formulación de la Ley 100, la afiliación a un seguro de salud fue monopolio del Estado, quien estuvo a cargo de la salud de los asalariados²⁹, a través del Instituto Colombiano de Seguro Social ISS. La cobertura del seguro para trabajadores era del 18%. (Castañeda.; Fonseca; Núñez; Ramírez, & Zapata, 2012) e integraba las funciones de financiamiento-intermediación-provisión de servicios, a cargo del Estado central y única elección para proveedores y trabajadores (Londoño, 2001).

²⁸ El Artículo 25 de la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos enmarca el debate sobre las materias del derecho a la salud: “Toda persona tiene el derecho a un estándar de vida adecuado para la salud y el bienestar de sí mismo y de su familia, incluyendo alimentación, vestuario, vivienda, atención sanitaria, servicios sociales necesarios y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otras causas de carencia de medios de sustento por circunstancias más allá de su control “Declaración Universal de los DDHH

²⁹ Iniciada, apenas a partir de 1946, con el fin de cubrir enfermedad general y maternidad. En 1965 asume el cubrimiento de la enfermedad profesional y accidentes de trabajo.

Los empleados a cargo del Estado los atendían las cajas de previsión estatales cobijando el 12% de la población, junto con las de Compensación Familiar (CCF) las cuales prestaban algunos servicios de salud. La medicina pre-pagada protegía cerca del 7% de las personas con mayores ingresos, lo que significaba que una población de aproximadamente el 63%, fuera atendida en la red de hospitales públicos (Castañeda et al., 2012).

Para Castañeda et al. (2012), citando al exministro Londoño, el sistema de salud centralizado se consideró regresivo por la ineffectividad de los subsidios públicos, la concentración del gasto en zonas urbanas, el bajo nivel de ocupación de la infraestructura hospitalaria, cerca del 50%, y una alta desprotección, alrededor del 25% de la población.

Con la elección popular de directores territoriales en la década de los ochenta, se dio paso a la transferencia de la responsabilidad a los departamentos y municipios en la prestación de los servicios de salud. Las leyes 10 y 60 de 1990 dieron pautas para el financiamiento de las nuevas obligaciones y la constitución política de 1991 con base en los principios propagados por el Estado Social de Derecho (ESD), le asignó a la salud³⁰ el carácter de servicio público obligatorio, controlado por el Estado.

La reforma del sistema de salud en Colombia de 1993 creó el SGSSS, teniendo como su objetivo principal: “*regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio de todos los niveles de atención*”³¹.

Siguiendo lineamientos del Banco Mundial³² y del ESD consignados en la Constitución, se estableció que el aseguramiento para la población más pobre sería gradual, se modificaba el financiamiento de la salud y se reduciría la intervención directa del Estado en la prestación

³⁰ El artículo 49 de la Constitución incluyó dentro de la seguridad social a la salud y las pensiones. Fue modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009.

³¹ Establecido en el artículo 152 de la ley 100. Capítulo I. Objeto, fundamentos y características del sistema.

³² Para 1993 el Banco Mundial recomendó a los países de América Latina la reforma de los sistemas de salud, con base en la intervención del sector privado como soporte de políticas Estatales y la subvención de los programas y servicios esenciales de salud para los indigentes, dentro de un marco de reducción de gastos sociales en el nivel central del Estado, lo cual ya había avanzado con la descentralización.

de los servicios de salud, bajo el esquema de cambio de subsidios a la oferta, por subsidio a la demanda.

La estructura del nuevo sistema, se concibió como un modelo horizontal³³ en el que participaron actores con tres roles específicos:

- La rectoría
- El financiamiento
- La compra –intermediación - prestación de los servicios

Para equilibrar así, la relación entre proveedores y consumidores de manera que se otorgara poder y capacidad de decisión a la demanda.

Se crearon instituciones reguladoras, las cuales mediante el uso de incentivos microeconómicos, propendieron por la pluralidad de la competencia y la coordinación en la provisión y la compra, para así impactar más en la libre elección que en el financiamiento (Londoño, 2001).

El sistema estableció la separación de los regímenes: de una parte, el de los trabajadores quienes junto con los patronos aportaban una cotización, y de otra, el de las personas sin capacidad de pago, subsidiadas por el Estado, con una categoría transitoria de pago parcial. Se crearon las Empresas Promotoras de Salud o EPS contributiva y subsidiada, intermediadoras y administradoras de los recursos³⁴, aportados tanto por los empresarios como por los trabajadores. El Estado, garantizó el acceso de la población a un paquete de servicios de salud denominado Plan Obligatorio de Servicios de Salud POS y POSs, financiado con el pago de una Unidad de valor diferenciada y estimada para cada afiliado UPC. Este mecanismo de oferta-demanda-precio regulado, se constituyó por lo menos

³³ Configurado como un sistema con “un financiamiento más equitativo, una organización pluralista y responsable, unos incentivos que induzcan eficiencia y calidad, una provisión de servicios más competitiva y unos usuarios con mayor poder decisorio sobre la base de mejor información y representación”. (Londoño, 2001)

³⁴ La sentencia C-655/03 considera “que los recursos que manejan esas entidades (las EPS), son recursos parafiscales, que pertenecen al Sistema de Seguridad Social y que por expreso mandato del artículo 48 de la Constitución Política no pueden ser utilizados ni destinados a fines diferentes al previsto para el servicio por la ley”.

nominalmente en el mercado del aseguramiento³⁵ que manejó prácticamente la totalidad de los recursos del sistema³⁶.

Se organizó en cabeza de las EPS, la red prestadora de servicios conformadas por las Clínicas, hospitales públicos, privados y mixtos, junto con prestadores o profesionales independientes, denominadas Instituciones prestadoras de servicios de Salud (IPS)³⁷ quienes debían proporcionar todos los niveles de atención en salud, bajo diferentes modalidades de contratación. Los servicios prestados por las IPS, debían ser facturados a las EPS para recibir el pago, y quedaron facultadas también estas Empresas, para auditar, aprobar o glosar las facturas³⁸.

Fue creado un sistema de financiamiento a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA a través del cual se recibieron los excedentes que tuvieran las EPS y los recursos provenientes de otras fuentes-, con el objetivo de compensar el déficit potencial de estas mismas empresas y de cubrir la prestación de servicios no contenidos en el POS a través de s recobros que estas entidades podrían realizar al Fondo.

La regulación fue responsabilidad inicialmente del Consejo de Seguridad Social en Salud CNSSS, después de la Comisión de Regulación en Salud CRES y actualmente del Ministerio de Salud, para la formulación de políticas, normas y acuerdos dirigidos a equilibrar el sistema bajo unos principios establecidos en la Ley³⁹.

³⁵ En la ley 100 las EPS fueron tratadas como Aseguradoras.

³⁶ Desde sus comienzos, cuando se diseñó la ley 100 de 1993, se le asignó una posición de dominio a algunos actores en el SGSSS, particularmente a las EPS. En el artículo 156 de la ley³⁶, se estableció por ejemplo que el recaudo de las cotizaciones del régimen contributivo, sería responsabilidad del SGSS -Fondo de Solidaridad y Garantía, sin embargo delegaría la función en las EPS y adicionalmente, éstas tendrían a su cargo la afiliación de los usuarios y la “*administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras (...)*”, con lo cual se estableció un dominio casi total, sobre los recursos y procesos del sistema de salud, especialmente del régimen contributivo.

³⁷ Dentro de este grupo se le permitió también participar a las EPS, a través de sus propios proveedores

³⁸ Una pequeña parte de los ingresos directos lo conformaron las cuotas moderadoras y los copagos: no más del 10%

³⁹ Los principios consignados en el artículo 153 de la ley 100 son: Equidad, Obligatoriedad, Protección integral, libre escogencia, autonomía de instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación, y calidad. Los estudios fueron preparados por los técnicos que representaron en algunos casos intereses políticos y económicos de terceros.

También se creó un sistema de información para el control de la afiliación, los costos, la movilidad entre los niveles y la facturación de los servicios, lo cual permitió a las EPS y también a las Direcciones Territoriales de salud (DTS) glosar las cuentas, implementar auditorias, y controlar los pagos⁴⁰.

Con la reforma se dieron las condiciones para la reorganización de los demás segmentos de mercado relacionados con la prestación de servicios de salud:

- Recurso humano, especialmente el de los profesionales de la salud
- Medicamentos
- Equipos biomédicos; suministros y servicios de hotelería –alimentos, vigilancia, atención al usuario entre otros.

Todos estos sub-mercados han dependido de la demanda y oferta de servicios pero para el flujo financiero obedecen a la dinámica de desembolsos de las EPS debido a que más del 90% de los recursos ingresan directamente a las EPS a través de los aportes de afiliados, la compensación del FOSYGA, o las transferencias directas del Estado.

Igualmente, las EPS fueron habilitadas para prestar servicios de salud, estructurando la integración vertical que se extendió en algunos casos no solamente a la prestación de servicios de salud, sino a toda la cadena de producción que incluyó a los insumos y suministros⁴¹.

1.6 El servicio público de la salud

El bienestar público es el fundamento de la Administración Pública por lo cual según la Jurisprudencia Francesa, es el soporte del Derecho Administrativo. El servicio público,⁴² es la razón de ser del Estado Social de Derecho. Los Servicios Públicos (SP) se convierten en

⁴⁰ Establecida en el artículo 225 de la ley 100

⁴¹ Algunas EPS crearon toda una red propia integrada tanto horizontal y verticalmente, que incluía una diversificación en servicios administrativos, de apoyo y de medicamentos entre otros, como fue el caso de SaludCoop.

⁴² Los servicios públicos (SP) son:

“toda actividad organizada, que tienda a satisfacer necesidades de interés general, en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas” (Artículo 430 del código sustantivo del trabajo)

deber del Estado, como parte del contrato social con los ciudadanos⁴³, además de constituirse en un instrumento para la realización de valores y principios constitucionales, siendo obligación del Estado asegurar su prestación a todos los habitantes del territorio de forma eficiente y continua. Puede entregarlos directamente o a través de entidades privadas, mixtas o comunitarias pero su regulación, control y la vigilancia debe estar a cargo del Estado.

La principal característica de los SP⁴⁴ es la satisfacción del interés general⁴⁵ por lo que el APD se restringe y sanciona de forma especial, teniendo en cuenta el efecto amplio que tiene sobre la población afectada.

La Constitución Política de Colombia, estableció la atención en salud como un servicio público a cargo del Estado, y la condición más importante que asumió con la ley 100 de 1993 fue la de un sistema estructurado bajo el esquema de subsidios cruzados.

En el artículo 49⁴⁶ de la Constitución, se estableció que:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control[...]”.

Este precepto constitucional fue el fundamento para la formulación del SGSSS. En el artículo 152 de la Ley 100 de 1993 se estableció como su objetivo, “*regular el servicio público esencial de salud* y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio, en todos los niveles de atención”.

⁴³ La Corte Constitucional en Colombia considera que los servicios públicos son un instrumento necesario para la realización de los valores y principios constitucionales fundamentales.

⁴⁴ En Colombia según la sentencia C- 450 de 1995, los servicios públicos esenciales, restringen el derecho a la huelga por los trabajadores, y a la discontinuidad del servicio.

⁴⁵ Son también considerados un derecho colectivo, susceptible de acción popular, de acuerdo con lo establecido en la Sentencia T-507 de 1993.

⁴⁶ Modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009.

1.7 Reflexión sobre la situación del SGSSS

El sistema inicialmente fue estructurado con la idea de que el 70% de las personas aportarían las cotizaciones bajo el esquema de aseguramiento con subsidios cruzados, sin embargo, debido al incremento de los aportes del Estado, se puede vislumbrar una migración hacia un sistema de salud básicamente presupuestal. En particular a partir de la sentencia T760 mediante la cual se amplió la cobertura de servicios, para algunos analistas, este hecho va a generar el incremento de la participación de la salud en el PIB del 8 al 11%, lo cual significará mayor tributación⁴⁷, porque haría subir el IVA por lo menos 2 puntos (Clavijo, 2013).

A pesar de que en sus inicios el SGSSS se convirtió en un modelo para América Latina, muy rápidamente empezó a mostrar deficiencias en el funcionamiento tanto financiero como en la provisión de servicios, debido a problemas de diseño e incumplimiento en las responsabilidades de las administradoras del sistema y por lo tanto de las prestadoras de servicios. Igualmente, fallaron las acciones regulatorias del Estado y el control de los entes encargados de la vigilancia y control, lo que se intentó subsanar con reformas parciales, abundante normatividad y la revisión y formulación de una nueva legislación⁴⁸.

El congreso de Colombia aprobó en el transcurso de esta investigación una Ley Estatutaria que despliega los lineamientos generales del sistema de salud para la población en Colombia, y que está a la espera de la presentación de un proyecto de ley ordinaria, que establecerá los parámetros operativos del sistema.

⁴⁷ Clavijo considera que los derechos de salud, educación y vivienda no pueden ser ilimitados sino que deberán ser parte de un acuerdo entre la sociedad, porque finalmente será la que deba financiar los servicios con impuestos. (Clavijo, 2013).

⁴⁸ A través de la ley 715 de 2001; La Ley 1122 de 2007, inicialmente; en el 2009 se declaró la emergencia social para hacer ajustes en los costos y en los medicamentos, la cual fue declarada inexecutable por la corte constitucional. En el 2011 de reforma parcialmente, con la ley 1438, para establecer cambios ordenados por la corte Constitucional con respecto a la ampliación de la cobertura del Régimen Subsidiado. La sentencia T 760 de 2008 representó cambios importantes en el acceso y concepción del sistema de salud.

2 Aspectos conceptuales y legislativos del APD

2.1 Abuso del Derecho y APD

El abuso es un concepto censurado y penalizado en la legislación de todos los países, principalmente porque se considera vulnera valores y principios de la sociedad. A lo largo de la investigación no se encontró una explicación de la noción de abuso en la normatividad colombiana, ni sobre los alcances de la expresión. Sin embargo, es común la utilización del término para señalar eventos contrarios a la ley o a la moral, relacionados generalmente con patrones de fuerza económica, psicológica, emocional o con el poder o control sobre individuos, instituciones o colectividades.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de Lengua Española DRAE, abusar significa “*usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien*” (DRAE, 2001). También se emplea en relación con el trato o actuación cuando se refiere a una persona de menor experiencia, fuerza o poder.

Se indagó sobre el abuso en la normatividad, para establecer el sustento jurídico e interpretativo del concepto y las interrelaciones entre la ética y las normas positivas. Sin embargo, el sistema jurídico colombiano no cuenta con una definición legal del concepto, siendo interpretado de acuerdo con el campo del derecho al que se refiere el acto, incluyendo las buenas costumbres reinantes en la práctica propia del derecho. De acuerdo con la ponencia presentada por el magistrado Jaramillo Schloss:

“su existencia debe ser apreciada por los jueces en cada caso, en función de los objetivos de la regla de derecho, frente a la cual esa figura adquiere relevancia (...) tomando en consideración que esa ilicitud originada por el “abuso” puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva, cuando la lesión proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo⁴⁹ .

⁴⁹ Se extrajo el concepto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de octubre 19 de 1994, con ponencia del Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Caso Arinco vs. Corpavi.

En la Constitución política de Colombia se hallaron algunas referencias en torno al concepto ⁵⁰ entre otras, la referida a la prohibición de restringir la libertad económica y cualquier abuso (de personas o empresas) que hagan de su posición dominante en el mercado nacional⁵¹ (véase anexo 1).

El abuso del derecho se constituye en una figura tanto moral como jurídica, porque alrededor de la teoría del abuso del derecho⁵² los derechos individuales toman trascendencia social, permitiendo que en los criterios para caracterizar un acto de abusivo, estén representados tanto los valores como los principios⁵³ constitucionales.

La moral se instaura como fundamento del abuso del derecho para distinguir el uso del abuso en el ejercicio de un derecho y analizar la importancia del otro y de las relaciones con la sociedad, frente a unos derechos de los que se es titular. El abuso del derecho, según (Hess, Emiliozzi, Zárate, 2010) citando a Sessarego, es “un instituto indispensable para la convivencia humana, de suma importancia para edificar una sociedad más justa, solidaria y segura” (Hess, et al.2010, p. 3).

Es importante el enfoque del abuso del derecho como un reconocimiento a la importancia del otro, lo que para Lévinas significa mirarlo no como a un sujeto aislado y único, sino en la perspectiva de la relación social: “*el hombre moderno persiste en su ser soberano preocupado únicamente de asegurar los poderes de su soberanía*” (Lévinas, 1998, p. 11). Significa aceptar que “a mi lado se encuentra el otro gracias al cual soy yo quien soy” (Lévinas 1998, p. 18) y que por ello, la responsabilidad es anterior a la libertad, responsabilidad para con el prójimo que es otro hombre, a ser considerado en todas sus dimensiones dentro de las cuales están sus derechos.

⁵⁰ El artículo 95, numeral 1, establece, por ejemplo, como deberes de la persona y el ciudadano: “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” Constitución Política de Colombia.

⁵¹ Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia

⁵² La figura de abuso del derecho en la jurisprudencia, según Rengifo (2004), se originó en la legislación francesa, respecto de las relaciones de vecindad y actos de emulación para limitar los derechos de propiedad, principalmente contenidos en el código napoleónico⁵², y se hizo extensible, a todos los demás derechos subjetivos.

⁵³ Los principios han sido partes integrantes y esenciales (*potissima pars principim est*) de los ordenamientos jurídicos. Entendidos como elementos fundamentales que contribuyen a la creación y adecuación del ordenamiento y a su interpretación (Rengifo, 2004).

Abusar del derecho significa darle apariencia legal a un acto que no debería poderse realizar porque trasciende los límites de la legalidad y compromete también otros de carácter moral y social que deberían tomarse en consideración (Palombella, 2006).

El ejercicio abusivo de un derecho, para Rengifo, está relacionado con las fronteras internas de los derechos subjetivos, un acto abusivo comienza siendo lícito pero deviene en ilícito porque afecta un deber jurídico de respeto al interés de los demás (Rengifo, 2004).

No se apela al concepto de abuso cuando se defienden derechos individuales, porque el concepto de abuso lo que busca es establecer límites al ejercicio de esos mismos derechos o prerrogativas, que han sido considerados en un principio como lícitos por la legislación. Hess E., Emiliozzi E., Zárata J. (2010) citando a Rivera, sostiene que será abusivo el derecho cuando se “trascienden límites impuestos por la moral, las buenas costumbres y la buena fe”. (Hess et al. 2010, p.5). Lo que caracteriza al abuso y lo diferencia de otras trasgresiones es la “apariencia de legitimidad-legalidad” de un comportamiento. (Palombella, 2006). Es responsable el que en aparente legalidad, traspasa los límites impuestos por el derecho y la buena fe ocasionando daños a la sociedad (Hess et al. 2010).

Para el derecho, es abusivo cualquier acto que va contra la finalidad del derecho que se ejerce, “se puede decir que existe abuso del derecho cuando se presenta un ejercicio efectivo anormal o disfuncional de un derecho subjetivo” (Rengifo, 2004, p. 22).

En la actualidad se le ha conferido al abuso del derecho⁵⁴ autonomía conceptual frente a la responsabilidad de quien abusa y “la figura se puede presentar en todos aquellos casos en que el ordenamiento otorga poder, prerrogativas o facultades a los particulares” (Rengifo 2004, p. 73).

⁵⁴ En Europa el “abuso” es considerado un derecho subjetivo, en países como Portugal, España y Francia, se sanciona el abuso del derecho o su ejercicio antisocial, mientras que en la legislación anglosajona, no es tenido en cuenta el abuso del derecho, como una figura dentro de la legislación. (Palombella, 2006).

De forma reciente se consideran como criterios para caracterizar un acto de abusivo, los valores y principios constitucionales, los que amplían las expresiones del abuso del derecho. Es el caso por ejemplo, del sector financiero con respecto al uso del crédito; del derecho administrativo en cuanto al desvío de poder, en aquellos eventos en los cuales, el poder público es utilizado para algún objetivo diferente al cual fue instituido; en el ejercicio de los derechos fundamentales⁵⁵, cuando se limita el acceso a los servicios públicos; y en el derecho de la competencia frente al APD (Rengifo, 2004, p. 32) y adicionalmente, dentro del marco contractual, en situaciones como: “las cláusulas abusivas en los denominados contratos de adhesión, la finalización anticipada, la no renovación sin causa, la abstención en la contratación y el abuso en su ejecución” (Rengifo, 2004, p.32).

El contrato expresa un precepto ético sustentado en un derecho: el de la autonomía que, en este marco, es la facultad que tiene el individuo para actuar o dejar de hacerlo, elegir y estipular las cláusulas para regularlo, previendo que dentro de este vínculo, se puedan presentar conductas abusivas que lesionen “intereses legítimos” (Rengifo, 2004, p.66).

Para Habermas (1998) la representación del derecho privado es el contrato⁵⁶, el que genera autonomía y habilita a las instituciones jurídicas privadas para originar derechos subjetivos, por su connotación social, y es suscrito entre seres autónomos, respaldados en el poder ejercitado a través del derecho positivo (Habermas, 1998)⁵⁷.

⁵⁵ Se han resuelto favorablemente tutelas relacionadas con el uso del agua y otros servicios que, en consideración de la autoridad jurídica, lesionan un derecho fundamental (Rengifo, 2004,168).

⁵⁶ Considerado como unidad básica del derecho privado.

⁵⁷ Habermas considera al contrato como una facultad además de un acto normativo en el ejercicio del derecho. Siendo el Derecho fundamental para proporcionar un orden político- moral que permite, de una parte, que el poder del Estado y el derecho público se integren a través del sistema político y de otra, que la conciencia moral, transformada desde el derecho tradicional en derecho positivo, posibilite la transformación del poder de hecho en autoridad normativa legítima. Para Habermas la fuerza del derecho está en la capacidad política, ligada a la moral, y en la legitimidad del poder que le soporta porque, según lo expone, “solamente cuando se dispone de poder legítimo, es posible proceder a implantar políticamente normas jurídicas” (Habermas, 1998, p. 142). La moralidad del derecho se encuentra en la limitación de la voluntad individual sobre la voluntad de terceros --aspecto específicamente considerado en el análisis del abuso en la legislación. La moralidad integrada en el derecho positivo se constituye en el aliento trascendente del procedimiento que “se regula el mismo y controla su propia racionalidad” (Habermas, 1998, p. 154).

La existencia de una relación entre derecho y moral –más allá de la decisión del legislador– se da en torno a los aspectos ontológicos de la justicia. La moralidad de la justicia para Habermas es el factor integrador y autorregulador del derecho positivo, y de identidad caracterizada por el derecho mismo. (Habermas, 1998).

Para Rengifo APD se constituye en “una moderna vestidura lingüística, una adaptación del abuso del derecho a los últimos años del siglo XX y específicamente al área del derecho de la competencia” (Rengifo, 2004, p. 33).

No solamente es aplicable a eventos relacionados con el mercado, sino también a relaciones jurídicas contractuales; esto significa que se expresa a través del abuso del poder de negociación. Es un acto que lesiona el derecho a participar y a competir en el mercado bajo unas normas o reglas justas y equilibradas. Para Rengifo el APD es una aplicación del abuso del derecho más amplio, en la medida que involucra a competidores, proveedores y a consumidores (Rengifo, 2004, p.32).

El APD expresa el poder que tiene una empresa, o un grupo de empresas, de intervenir en un mercado imponiendo sus condiciones. Rengifo (2004) citando el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, expone que el APD es “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado” y cita lo expuesto por el tribunal de justicia de la comunidad europea que lo considera

“una posición de fortaleza económica asumida por una empresa grupo de empresas, que les permite impedir que se haga competencia efectiva dentro del mercado relevante, dándoles el poder para conducirse en gran medida con independencia de sus competidores, clientes y en últimas de sus consumidores” (Rengifo, 2004, p. 384).

Para ilustrarlo, Rengifo(2004) expone el caso de las entidades financieras que, para la corte constitucional, es claro tienen una posición dominante en relación con los usuarios porque ellas imponen los requisitos y condiciones para acceder a los servicios financieros, los contratos, plazos para los desembolsos y las formas de amortización de créditos, entre otros. Son como los sostiene el autor “... *depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan y sus actos gozan de la presunción de verdad por los clientes*” (Rengifo, 2004 p. 400).

El análisis realizado por éste autor, da fuerza al hecho de que los servicios públicos, están ligados al bien común, y su relación puede ser asimétrica, de ahí que se hace procedente la acción de tutela para reclamar su cumplimiento. Es claro que los proveedores de un servicio

tienen una posición de preeminencia frente a sus usuarios, pudiendo desconocer derechos fundamentales⁵⁸, en cuyo caso existe abuso, cuando actúan en contra de los intereses de los usuarios (individuales o institucionales) en función de su posición de dominio, cuando “*el ejercicio contradictorio del derecho, se traduce en una extralimitación del propio derecho*” (Rengifo, 2004, p.401).

Para el mismo autor, el APD tiene una doble naturaleza bien sea si este se presenta en una actividad económica y jurídica de carácter contractual, o si es una actuación frente al mercado. Lo que significa que el APD, no necesariamente se presenta como actuación entre competidores, sino que puede ser aplicable a la relación contractual⁵⁹.

2.2 Competencia, prácticas contrarias

En una economía de mercado, el Estado se convierte en garante de su funcionamiento amparando las condiciones que requiere para su operación como son: la competencia, la iniciativa privada y la propiedad privada. Los mercados son considerados mecanismos eficientes de asignación de recursos a través de los precios, para facilitar el intercambio.

La competencia en símil con las contiendas, se ve como una rivalidad o disputa de los participantes que intervienen en igualdad de condiciones para obtener un bien o un objetivo y que requieren por lo tanto, respetar unas reglas mínimas de intervención, para garantizar la transparencia en los resultados.

La competencia además de ser considerada fundamental para lograr eficiencia económica⁶⁰ en la asignación de bienes y servicios; busca evitar la centralización del poder de los

⁵⁸ Las entidades del sistema financiero son autorizadas por el Estado a prestar un servicio público. En el marco de la ordenación jurídico-político del Estado Social de derecho, la actividad bancaria se considera un servicio público por la actividad que realizan y porque su accionar está unido de forma directa al interés de la comunidad por lo cual se ha hecho procedente la Tutela, jurisprudencia (Concepto 2008049990-001 del 29 de julio de 2008).

⁵⁹ El hecho de que algunas conductas de APD no figuren de forma taxativa, no significa que el legislador las deja por fuera o no sean consideradas conductas abusivas, pudiendo ser consideradas como actuaciones de abuso del derecho de quienes ostentan una posición de dominio. (Rengifo, 2004).

⁶⁰ La eficiencia económica desde W. Pareto se considera como la relación entre los equilibrios competitivos y las asignaciones óptimas a partir de estas. Desde la economía del bienestar, una condición para la distribución óptima es que la tasa de sustitución entre dos bienes sea la misma para todos los individuos. Se

participantes (Solanes, 1999) actuando como mecanismo que proporciona opciones y alternativas en beneficio de los grupos con potenciales desventajas, contribuyendo a elevar la calidad de los bienes o servicios y a la optimización de las relaciones de intercambio.

La competencia perfecta es un referente teórico utilizado en el análisis económico, para representar algunas características ideales como: los participantes en el mercado tienen acceso a toda la información sobre los bienes y las transacciones –simetría– y los productores pueden entrar y salir del mercado sin que se generen costos de transacción o existan barreras de acceso. Igualmente existe concurrencia de compradores y vendedores e individualmente, no es posible influenciar las decisiones del mercado ni fijar autónomamente los precios, entre otras.

A partir de este modelo, se dan diferentes tipos de competencia con particularidades que difieren en la forma y en los medios utilizados para afectar el funcionamiento del mercado. El oligopolio es una forma de participación en el mercado, de manera que la competencia es restringida entre otras, por diferenciación de los bienes o servicios, lo que permite favorecer el poder de un grupo pequeño de oferentes. El monopolio natural le facilita al proveedor monopolista obtener ventajas de su posición al ajustar el precio por encima del coste marginal o coste de producir una unidad adicional. Igualmente, el poder de mercado del monopolio está relacionado, con las barreras de ingreso –jurídicas o económicas– existentes, la elasticidad precio de la demanda y la disposición de las empresas a competir o coludir⁶¹ (Piedrahita, 2012) así como, con la estructuración misma del sistema.

La competencia⁶² desde el punto de vista jurídico, es un derecho subjetivo y un derecho social que afecta intereses legítimos de terceros, y aunque no es considerada en sí mismo

pueden establecer diferentes tipos de conceptos de eficiencia, pero la gran mayoría están relacionados con los costos, los beneficios y la relación entre ellos.

⁶¹ La colusión se asemeja al cartel porque se origina a partir de acuerdos entre empresas para establecer condiciones tales como precios y /o cantidades y puede generar comportamientos similares a los del monopolio.

⁶² La competencia tiene como fin la mayor intervención posible de oferentes o demandantes en un mercado, para obtener participación en el mismo, bajo unas condiciones, obligándoles a ofrecer las mejores posibilidades de calidad y/o precio a los compradores o usuarios.

un derecho fundamental en Colombia⁶³, el Estado interviene para garantizar su ejercicio, eliminar barreras de acceso a los mercados y censurar las prácticas restrictivas, como los monopolios o el abuso de posición dominante⁶⁴.

La legislación sobre la competencia tiene como fin facilitar el intercambio y forma parte de acuerdos internos e internacionales para la eliminación de obstáculos que limiten el libre acceso de participantes en los mercados⁶⁵.

De otra parte, los Acuerdos anticompetitivos, son las prácticas, contratos, los convenios, o concertaciones, entre dos o más empresas para restringir la competencia o para generar condiciones que favorezcan una posición de dominio, como pactar precios, cuotas o repartirse mercados, limitar la entrada al mercado o actuar independientemente de los consumidores lesionando sus intereses. Una posición de dominio de una empresa o de varias empresas⁶⁶ en un mercado relevante, le permite imponer unas condiciones por fuera de las establecidas para ese mercado, por lo que el APD es una práctica especialmente lesiva, en el mercado de servicios públicos⁶⁷.

2.3 La competencia en el SGSSS: la libre elección

La libre elección⁶⁸ una de las reglas de rectoría sobre los cuales se estructuró el SGSSS con el fin de impulsar la calidad en la prestación de los servicios de salud, tenía como propósito

⁶³ El derecho a la competencia desde el punto de vista económico es reconocido como un derecho individual, no obligante o prioritario, como otros derechos considerados derechos fundamentales

⁶⁴ Sentencia C-197/12 sobre la limitación de la modalidad de contratación de pago por capitación para los servicios médicos de baja complejidad. Corte constitucional de Colombia

⁶⁵ Se refiere a un derecho o potencialidad que tiene las empresas o los individuos, de comprar y vender, o participar en el mercado de bienes y servicios sin restricciones de ingreso.

⁶⁶ La decisión 285 del acuerdo de Cartagena en el Artículo 3, define las prácticas restrictivas de la libre competencia como “los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia”. Los acuerdos pueden ser de “tipo horizontal o vertical” También es considerada como práctica restrictiva de la libre competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado por tener una participación amplia, por las características de la oferta y la demanda de los productos, entre otras.

⁶⁷ En las bases fundamentales del Derecho Administrativo, y de acuerdo a la Jurisprudencia Francesa, el servicio público es un elemento fundamental, porque busca la satisfacción del interés general. Según el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del Territorio Nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control, y la vigilancia de dichos servicios ”

⁶⁸ El principio de libre escogencia en la ley 100 de 1993 se consignó en el artículo 153, numeral 4 así:

facilitar al usuario la posibilidad de escoger o trasladarse de prestador o administrador. Igualmente se esperaba que a través de la competencia estimulada por la libre elección, se generara la concurrencia de instituciones en la administración así como en la prestación, la cual en la legislación se condicionó a que existiera pluralidad en la oferta de servicios.

A la libre elección se le dio como soporte la autonomía, que desde la bioética es vista como la facultad del individuo para regularse a sí mismo de forma libre frente a una elección, sin embargo en el SGSSS lo que pretendió fue que las IPS desarrollaran su capacidad administrativa y financiera y crearan una organización estructural que se estimaba suficiente para enfrentar a la competencia, de manera que pudieran garantizar su permanencia en el mercado de servicios de salud.⁶⁹

Con la ley 100 se pensó que los intereses individuales de las personas a través de la elección, motivarían la elevación de la calidad de los servicios de salud por la presión de las acciones colectivas sobre las instituciones (EPS, IPS), con el apoyo de las organizaciones de usuarios. Sin embargo, este efecto no se presentó lo que es explicable desde el punto de vista de Olson (1985) en relación a las elecciones racionales, quien considera que salvo circunstancias especiales, los grupos compuestos por individuos racionales no actuarán en función de sus intereses de grupo. Para los individuos o empresas que se benefician por una acción no tiene sentido colaborar en esa acción. Las organizaciones que logran una respuesta de los individuos lo hacen porque han logrado incentivos selectivos proporcionales a la contribución hecha por los individuos. (Olson, 1985).

La información requerida para tomar una elección apropiada resulta muy costosa para el usuario lo que hace que el comportamiento de ésta sea similar a la de un bien colectivo, por lo que los individuos no tienen el estímulo de invertir tiempo en averiguar los indicadores de calidad necesarios, que les permita calificar la red prestadora de servicios a la que

“El sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley” (Ley 100 de 1993).

⁶⁹ El principio de autonomía de instituciones establecido en el artículo 153 de la ley 100 numeral 5 expone: “Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el Gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente Ley”.

accede a través de la administradora a la que está afiliado y a no ser que sucedan eventos trascendentes no se movilizarán de la empresa administradora o prestadora asignada. Por esta razón, la libre elección no fue un mecanismo de presión para aumentar la calidad de los servicios y de otra parte las organizaciones de usuarios no fueron la estructura a través de las cuales se pudiera implementar, porque no generaron la fuerza suficiente para movilizar el ejercicio de la autonomía de los usuarios.

De otra parte, el sustento de la libre elección en la ley 100 de 1993, fue la competencia a partir de unos factores que la motivarían como son los precios y los ingresos, los cuales en el SGSSS no funcionaron porque las EPS al recibir un valor fijo por afiliado bien o mal atendido no tuvieron el estímulo para competir.

En el intercambio se forman los precios los cuales no están conectados directamente con los valores éticos de la sociedad, pero desde otro punto de vista, la demanda refleja las necesidades y gustos de la colectividad respaldados por el flujo monetario (Kniht, 2002). El sustento ético está inmerso en las preferencias de los individuos que en el sistema de salud condujo a tipificar el riesgo moral, siendo uno de los aspectos a investigar hacia el futuro, para determinar si efectivamente se presentaron abusos de otros actores y la magnitud y el impacto sobre los recursos del sistema de salud y en la competencia como soportes de la libre elección. De igual forma, del lado de la oferta en la calidad y condiciones de los bienes y servicios proporcionados. (Kniht, 2002).

La garantía a la competencia en el marco de un contrato social y dadas unas dotaciones similares, permite: i) a los agentes económicos hacer uso de los derechos, o tener iguales oportunidades de participación en la oferta de bienes y servicios demandados en un mercado y a no ser discriminados; ii) a los compradores, a obtener un precio justo y recibir el mejor valor reflejado en la calidad del producto o servicio y iii) a los proveedores a que no les sean impuestas unas condiciones que lesionen sus intereses económicos o sociales a causa del ejercicio abusivo del poder de quien contrata.

Para Marshall (1931) la competencia puede ser constructiva o destructiva y aun en el mejor de los casos, la consideró siempre inferior a la cooperación. La asoció a la deliberación, unida a la toma de decisiones, no propiamente relacionadas con la buena vecindad, sino a

la libre elección con fines particulares. Siendo así, fue vista como una contienda relacionada con prácticas fuera de esquemas morales, y a la oportunidad de desplegar prácticas anticompetitivas.

Marshall contrapone la competencia a la cooperación, la cual ve como una forma desinteresada cuyo fin es el beneficio público (Marshall, 1931, p. 28) y acepta que en el desarrollo económico moderno, la cooperación tiende a desvirtuarse en el tiempo, porque la naturaleza humana busca permanentemente ventajas en las transacciones sociales. Concluye que la restricción de la competencia sería más “antisocial en sus efectos que la misma competencia” (Marshall, 1931, p. 29). Aunque asocia la libre competencia con la libertad de empresa y la libertad económica, la considera fundamental para el aumento de la confianza en la naturaleza humana, la previsión y en la libertad de elección. Sobre estas bases, las prácticas anticompetitivas han sido censuradas por la mayoría de países.

El juego de la competencia conduce progresivamente al monopolio, cuando se encara como una organización individualista dirigida a satisfacer necesidades particulares que afectan a otras personas, no representadas en la negociación. La acción social según Kniht, (2002) es necesaria para velar por los intercambios en la que participan beneficiarios que no han pagado por los bienes o servicios que reciben o proveedores de efectos negativos para quienes no han participado en el intercambio (Kniht, 2002).

2.4 Fallas de mercado

El mercado es un mecanismo de coordinación del intercambio de bienes y servicios que en un principio se creyó, que podía resolver por sí solo el problema de asignación de recursos y satisfacer todas las necesidades de la población, sin embargo, al estar guiado por la búsqueda de la mayor rentabilidad de los participantes, resulta insuficiente para alcanzar los objetivos sociales.

Los mercados, tienen una lógica de maximización de beneficios que funciona a través del sistema de precios e información sobre bienes y servicios, que de forma individual o centralizada, a los participantes les es posible o imposible obtener (González, 2007).

La información que transmiten los precios, no opera completamente para algunos bienes o servicios⁷⁰, en especial para los servicios públicos, por lo que se hace necesario a través de acciones concretas del Estado, i) restringir las conductas perjudiciales, que afectan el libre acceso de las empresas y de las personas; ii) evitar la conformación de monopolios y los abusos originados en la concentración excesiva de poder del mercado; iii) orientar las acciones que afectan el desempeño económico y lograr los objetivos económico-sociales, a través de la política pública.

Los resultados no deseables o la inoperancia de los mecanismos de mercado se denominan fallas del mercado entre las más conocidas se encuentran:

- **Los bienes públicos** son aquellos cuyo consumo no excluye a otros de su posibilidad de uso, así como la utilización del bien por una persona, no excluye del disfrute a otra. Desde el punto de vista del costo, es casi imposible que el mercado permita su recuperación, siendo proporcionados por el Estado mediante la asignación de gasto. Un ejemplo de este tipo de bienes que se consideran fallas de mercado son los parques y también se han considerado las atenciones colectivas en salud.
- **La Asimetría en la información**⁷¹ se da bajo el supuesto de que la información debería encontrarse disponible para todos los participantes a coste cero, sin embargo, en la realidad adquirir la información no solamente es costoso sino a veces imposible de obtener, como es el caso de la calidad de los servicios de salud. Quienes poseen la información pueden actuar de forma independiente imponiendo sus condiciones al mercado.

⁷⁰. En salud las acciones del Estado se ha orientado más a establecer los límites del gasto en salud, que al cumplimiento de responsabilidades de supervisión, vigilancia y control de las acciones de los actores del sistema y es conocido el hecho de que ni el mercado ni el Estado pueden resolver de forma independiente los problemas de salud.

⁷¹ La selección adversa es uno de los resultantes de la asimetría de la información, consistente en que las instituciones aseguradoras pueden discriminar a los afiliados o usuarios por el tipo de patología y/o el usuario que tenga mayor riesgo es el que más se asegura generando altos costos para la entidad aseguradora. El riesgo moral se considera también una forma de asimetría de información, está presente cuando las personas utilizan intensivamente un seguro o tienden a consumir más de lo necesario o a cuidarse menos al saber que cuentan con aseguramiento.

Dado que la información se fracciona entre los diferentes actores, esto hace que el costo de adquirirla dependa de muchos factores, entre otros: la variabilidad o fraccionamiento del mercado, las condiciones de los derechos de propiedad sobre los bienes o servicios que se transan, la dispersión de las fuentes de información, la cultura que interviene en la formalización de los procesos del intercambio (González, 2007). Según González, para Hayek la clave de la organización activa del intercambio, está en los esfuerzos individuales para conseguir la información, guiados por la competencia efectiva. (González, 2007).

- Otra tipo de falla establecida son las **externalidades**, consideradas negativas cuando los derechos de propiedad de un agente tiene efectos indeseables en otro agente que no es compensado por el deterioro ocasionado, es el caso, del menoscabo del medio ambiente y la salud de las personas por el uso de algunos compuestos químicos. Las externalidades positivas se presentan cuando las acciones desarrolladas por un agente benefician a otras personas quienes no pagan ningún costo por las ventajas recibidas, como los programas de vacunación en el que las personas esperan sacar provecho de la vacunación voluntaria de otras personas y no enfermarse.

El APD es considerado una falla del mercado y uno de los grandes problemas que debe afrontar el Estado a través de organismos moderadores en el ejercicio de su papel regulatorio.

2.5 Regulación del mercado

Existen varios enfoques de los procesos de regulación⁷² estatal, dentro de los cuales se describen en este trabajo tres líneas de actuación:

72 De acuerdo con lo establecido por la corte Constitucional:

“La regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades” Sentencia C-150/03 de la corte constitucional.

- **La regulación en función del interés público**, o enfoque normativo, – que consiste en regular en función del beneficio social, sin considerar las desviaciones o ineficiencias que el proceso genere. Se busca corregir prácticas inequitativas, relacionadas generalmente con el acceso a los bienes y servicios y atender problemas que afectan la competencia efectiva como la formación de monopolios, la concentración de información o asimetrías y las externalidades (Páez, Silva, 2010). Ha sido este el enfoque dominante para afrontar muchos de los procesos de regulación de los servicios y bienes⁷³ públicos en el pasado, atendiendo al papel del Estado en un Estado Social de Derecho, de intervenir en la regulación y producción de bienes y servicios, en función de unos objetivos sociales⁷⁴.
- Un segundo enfoque, es **la regulación en función del interés privado** o la captura del regulador. Su foco es diseñar sistemas que eviten la apropiación de las acciones del regulador o Estado por grupos de interés específico. El proceso de compensación, entre los actores de la actividad regulada, permite el favorecimiento de intereses individuales, los cuales no siempre coinciden con la maximización del bienestar social (Páez, Silva 2010).

La regulación económica bajo esta perspectiva, tiene como fin detectar la captura del Estado por las empresas y la imposición de medidas de política pública directa para que de una parte le permita facilitar o limitar beneficios, a través de mecanismos de subsidios - precios- y de otra, impedir la conformación de grupos de poder, que restrinjan la competencia.

⁷³ El principio de los bienes económicos se basa en el hecho de que quien los adquiere automáticamente excluyen a otras personas de su disfrute, porque tienen sobre ellos derechos de propiedad que impiden a terceros el libre acceso a sus beneficios. Los bienes públicos, en cambio, tienen dos características particulares: la no rivalidad en su consumo lo que permite a diferentes individuos su aprovechamiento, sin que se afecten las cualidades del bien, y la no exclusión, o la imposibilidad de limitar el consumo a quien no pague completamente su valor.

⁷⁴En el artículo primero el acto legislativo 3 de 2011 en Colombia, se le asignaron otras funciones al estado dentro de las cuales está la intervención “en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho”.

La regulación generada en las elecciones estatales tiene dos orientaciones: i) la que operando primacía a las decisiones del regulador, actuando sobre los mecanismos de acumulación de poder de los actores y las decisiones de los actores privados en función del interés político y ii) la que interviene, a través de incentivos, en las conductas de las empresas que afectan el interés público y cuyo fin es dirigir sus acciones utilizando mecanismos para motivar el interés privado hacia la maximización del beneficio social (Páez, Silva, 2010).

- Un nuevo punto de vista de la regulación está basado en la teoría de la nueva economía institucional, la cual postula el análisis de la relación contractual **principal-agente** como fundamento de la regulación. El regulador estatal o principal posee los derechos de propiedad sobre el servicio regulado, mientras el agente⁷⁵ desempeña la función administrativa fundamental porque es quien conoce el trasfondo de los procesos y por lo tanto quien posee dominio sobre la información relevante (Páez, Silva, 2010).

Mediante este sistema de análisis, el acceso del principal a la información, los mecanismos de concertación-negociación, el conocimiento de la estructura de relaciones y la formalización de los procesos transaccionales, representan un costo.

Para el **institucionalismo** la información tiene un costo, proveniente de los trámites realizados por las empresas y las personas para el control y cumplimiento de los contratos, de manera que puedan lograr eficiencia en el uso de los recursos. Estos costos denominados costos de transacción, son los recursos físicos y legales necesarios en la negociación, vigilancia en el cumplimiento de los acuerdos y la obligatoria observancia de los términos del intercambio, sobre la base de unos derechos de propiedad (North, 2012)

Estos derechos de propiedad aparecen cuando los individuos se apropian de su trabajo y de los bienes y servicios que poseen siendo respaldados por normas legales, organizacionales

⁷⁵ La teoría de la agencia no fue planteada abiertamente en la Ley 100 de 1993 para el SGSSS, sin embargo se ha impuesto como una forma de análisis del sistema. Las reformas han continuado con el mecanismo de administración/aseguramiento, utilizando tesis propias de la teoría principal –agente. Las EPS al cumplir la función de agencia, se creía equilibrarían la asimetría en la información usuario-proveedor y el riesgo Moral (Universidad Nacional, MSPS, 2005) lo cual se encuentra hoy en discusión, especialmente frente a las propuestas de reforma del sistema.

de obligatorio cumplimiento y de normas conductuales o hábitos. Estos elementos conforman el marco institucional, el cual puede adicionar incertidumbre a los contratos⁷⁶ sobre su realización. (North, 2012). Se requiere por lo tanto, de un marco legal para puntualizar los derechos de propiedad, a pesar de que la definición de un marco legal no es suficiente para que haya eficiencia en la asignación de recursos económicos, porque su aplicación también genera unos costos.

Cualquier distorsión de la información, e incertidumbre, por aspectos como la asimetría en la información, seguridad del intercambio, aspectos formales e informales, entre otros, establecidos en el marco institucional, dificulta la regulación del sistema y el Estado como principal tiene que asumir una parte importante de los costos de transacción, que corresponden a los agentes, en su papel regulatorio de bienes y servicios sociales, especialmente en Salud.

2.6 La legislación frente al abuso de posición dominante en Colombia

En la actualidad se utiliza el término “*competition on the merits*” para denominar la competencia basada en valores o principios, o reglas de juego equitativas (OCDE, 2005). Distintos estudios, han mostrado el abuso, como un ejercicio lesivo desde el punto de vista económico y violatorio del derecho social. Es una práctica que limita la participación en el intercambio, a la vez que es un generador de exclusión económica, que afecta valores y principios necesarios para la configuración sana de la justicia en la sociedad, así como la confianza, la transparencia y la libertad.

En Colombia el régimen de competencia establece que,

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. (...). El Estado por mandato de la ley impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el

⁷⁶ Sobre la base de que en el sistema de mercado, el bienestar social se asimila a la suma de las utilidades privadas y la ley se orienta en función de los intereses privados a facilitar las transacciones, los agentes económicos cooperan entre sí solamente en función de la protección de unos derechos individuales instrumentados en contratos. Por lo cual se requiere de la implementación tanto de incentivos como de reglas sancionatorias y penales por violación de estos derechos (Solanes, 1999).

alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (Artículo 333 de la Constitución Nacional)

De conformidad con la Constitución, el Estado tiene la obligación de evitar y controlar el APD en el mercado nacional, sin embargo, no se prohíbe, la posición de dominio dentro del mercado, sino el abuso que se haga de dicha posición. (IDB&CODE, 2009).

Según, en el artículo 1° de la Ley 155/59 citado por OCDE & BID (2009), se establece como principio general la prohibición de:

“acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas con tendencia a limitar la libre competencia y a mantener o fijar precios no equitativos” (OCDE & BID, 2009, p. 12)

El Artículo 50 del Decreto 2153/92 establece como conductas abusivas:

- **Precios predatorios:** la reducción de precios por debajo de los costes con el objeto de eliminar a varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.
- La **aplicación de condiciones discriminatorias** para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación de desventaja frente a otro consumidor o proveedor en condiciones análogas.
- Depósitos que tengan por objeto o como efecto **subordinar el suministro de un producto** a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
- La venta a un comprador en **condiciones diferentes de las que se ofrecen** a otro comprador, cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia del mercado.
- Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a **un precio diferente de aquel que se ofrece en otra parte del país**, cuando la intención o el

efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costes de la transacción.

- **Obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados** o a los canales de comercialización, –apartado agregado por la ley 590/00 de promoción de PYME–.

La ley 142 de 1994 o ley de servicios públicos domiciliarios, define la posición dominante como “*la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios...*” (Ley 142 de 1994, art 14.13), esto significa que la empresa de servicios públicos tiene posición dominante respecto de sus usuarios en cualquier circunstancia, adicionalmente establece que también la tiene, cuando sirve al 25% o más de ellos.

El decreto 663 de 1993 o estatuto orgánico Financiero no define la posición dominante pero establece que el APD se da cuando se rompe el equilibrio contractual, al aplicarse cláusulas exorbitantes por lo que lo delimita al marco contractual. (Archila M., 2001)

2.7 La legislación sobre el Abuso de Posición Dominante en el SGSSS

La ley 100 de 1993 reconoció la existencia de un mercado de los servicios de salud⁷⁷, dentro del cual el Estado debía garantizar la libre y leal competencia⁷⁸. Este hecho marco la diferencia con el modelo de salud establecido previamente en el país, especialmente porque instauró la garantía de la competencia como uno de los aspectos importantes de la estructuración del sistema e hizo extensible la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia, dentro de ellas, **el abuso de posición de dominio⁷⁹ en el mercado**, a todos los participantes en el mercado de la salud:

“las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a todas las personas naturales o jurídicas que en él participen”. Artículo 3º decreto 1663 de 1994

⁷⁷ Se consideraron a los servicios de salud como: “*el conjunto de procedimientos e intervenciones, así como la aplicación de los insumos y equipos que se utilizan en la promoción y el fomento de la salud; y en la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad*”. Artículo 1º decreto 1663 de 1994

⁷⁸ En el decreto 1663 de 1994 se fijaron los parámetros y se definió el mercado de los servicios de salud de forma amplia, exponiendo en primer término que la ley garantizaría la libre competencia a todos los participantes en el mercado de servicios de salud.

⁷⁹ En el artículo 185º, estableció que las IPS debían evitar el abuso de posición dominante en el sistema, sin mencionar la prohibición de estas mismas prácticas a las EPS y otros actores del sistema.

Definió también la posición dominante en el mercado como:

“la posibilidad que tiene una empresa o persona de determinar, directa o indirectamente, las condiciones en su respectivo mercado” Artículo 8° decreto 1663 de 1994.

Estableciendo dentro de las conductas constitutivas de APD entre otras:

“la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un afiliado o *proveedor* en situación desventajosa frente a otro usuario o *proveedor* de condiciones análogas”⁸⁰.

La sentencia C1041 de 2007, que declaró exequibles los límites en la integración vertical, definió la posición dominante, como:

“una sustracción de la competencia efectiva, en una situación de fortaleza en la cual se encuentra una determinada empresa, la cual le permite evitar que en un mercado determinado se mantenga una competencia real por conferirle el poder de conducirse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en últimas, de los consumidores”⁸¹.

El decreto 1663 de 1994 en el artículo 9° estableció las conductas que constituyen APD⁸² para el SGSSS y asignó en el artículo 10° la aplicación de las normas sobre la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁸⁰ Artículo 8° decreto 1663 de 1994, numeral 2), lo cual genera la inquietud sobre la necesidad de estudiar e investigar las diferencias en el tratamiento de las EPS con las IPS externa y las de la propia red.

⁸¹ Resaltado por la investigadora. Sentencia C1041 de 2007 numeral 5.

⁸² Fueron establecidas como conductas abusivas :

1. La disminución de precios o tarifas por debajo de los costos, cuando tenga por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos en el mercado.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un afiliado o proveedor en situación desventajosa frente a otro usuario o proveedor de condiciones análogas.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar la prestación de un servicio de salud a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del mismo, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.
4. La distribución o venta de bienes o la prestación de servicios de salud a un afiliado en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro, cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
5. Distribuir o vender bienes o prestar servicios de salud en alguna parte del territorio colombiano a un precio o tarifa diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio o tarifa no corresponda a la estructura de costos de la transacción. Ley 1663 de 1994.

De otra parte, en el decreto número 1018 de 2007 artículo 3° numeral 8 se le asignó a la Superintendencia Nacional de Salud, la función de evitar que se produzca el APD⁸³, dentro de los actores del SGSSS.

Finalmente, en el artículo 14°, numeral 23 que trata de las funciones de la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para el Sector Salud, se estableció dentro de las funciones⁸⁴:

“Fallar en primera instancia los procesos en que se compruebe que se está coartando la libre competencia, se está presentando competencia desleal, violando las disposiciones legales vigentes de integración vertical o ante el abuso de la posición dominante en cualquiera de sus manifestaciones, incluidas **las tarifas v los mecanismos de contratación**⁸⁵⁸⁶, dentro de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud⁸⁷”.

Estas prácticas por consideradas lesivas especialmente en los servicios públicos, son mucho más dañinas en servicios públicos fundamentales, como son los servicios de salud, porque forman parte de las condiciones de vida de los seres humanos viéndose reflejadas en su calidad de vida.

2.8 La Bioética y el método

La definición de la bioética ha sufrido cambios en el tiempo, siendo una propuesta nueva con menos de 50 años de la cual todavía se debate en diferentes grupos de estudio si es una disciplina, una posición filosófica, una ética aplicada o una propuesta interdisciplinaria entre otras. Es vista como un nuevo campo de reflexión que no exige inventar una nueva metodología, sino recurrir a sistemas morales existentes para darle un marco conceptual.

La publicación en el Hastings Center Report, de 1973, en el que Callahan refiere a la Bioética como una disciplina, y una práctica e investigación en el área de la medicina

⁸³ Resaltado por la investigadora

⁸⁴ Decreto Número 1018 de 2007, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones

⁸⁵ Resaltado por la investigadora

⁸⁶ Negrita resaltada por la autora del documento

⁸⁷ La normatividad sobre el APD, fue muy específica en la asignación de funciones a los entes de vigilancia y control, pero no desarrollo instrumentos para su aplicación y operatización, dejando sin aplicación los componentes jurídicos y regulatorios sobre el APD

relacionada con la tecnología, le dio un giro diferente a la propuesta de Potter⁸⁸, la cual buscó básicamente dimensionar el conocimiento científico y tecnológico con orientación biológica a través de un filtro ético.

La Bioética se identificó más con los problemas médico- filosóficos, que la ubicaron en la ética médica o en las ciencias de la salud, sin embargo, sus aportes se extienden a numerosos campos disciplinarios y conceptuales, que sobrepasan al individuo como agente moral dándole una dimensión pública además de social. (Viesca, 2007).

Las reflexiones de la Bioética se extendieron posteriormente al campo de las políticas públicas y la distribución de las obligaciones, beneficios que dieron origen a la utilización del concepto de justicia en el campo de la salud y de la seguridad social, no incorporado plenamente en la discusión moral en sus comienzos. Estos análisis se orientaron a aspectos sociales, ambientales y globales de las ciencias biológicas y de la salud (Viesca, 2007).

Con el desarrollo del principalísimo⁸⁹ sobre la ética en la atención en salud, se da nuevamente un giro a la bioética hacia la ética médica, estableciendo unas categorías de análisis que distingue cuatro principios:

- **No maleficencia** que se refiere a la obligación de no infringir daño intencionalmente y puede considerarse como un valor que va más allá, y se aplica a las situaciones en las cuales se pueden lesionar los intereses del individuo como la propiedad o la privacidad.
- **Beneficencia** expresada a través de la intención de hacer el bien o prevenir el daño, de tener actos de buena voluntad, en función del bienestar de otros.

⁸⁸ El artículo denominado Bioethics, The science of survival, perspectives and Medicine, en 1970 tiene fundamento más en una responsabilidad de origen biológica y ecológica, siendo una extensión de la ética que toma una dimensión moral más amplia de obligación con los animales y plantas, un puente entre las ciencias puras y las humanas, en la que la ética de esta última no se puede separar de los eventos biológicos (Viesca, 2007).

⁸⁹ El Congreso de los Estados Unidos creó la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y del Comportamiento, con el fin de identificar los principios aplicables a la investigación con seres humanos y en 1978 se publica el Informe Belmont que contiene tres principios éticos: respeto por las personas, beneficencia y justicia. Tom L. Beauchamp, miembro de la Comisión Nacional, y James F. Childress, reformulan estos principios con el fin de ser considerados y aplicados a la ética asistencial. (Torralba, sf)

- **Autonomía** para señalar al individuo que actúa con libertad de acuerdo con un plan seleccionado, cumpliendo dos condiciones la libertad y la acción intencional.
- **Justicia** expresa un debate acerca de las desigualdades en el cuidado de la salud, refiriéndose a la equidad y la distribución apropiada en la sociedad, de las políticas, los beneficios y las oportunidades (Siurama, 2010).

Sin embargo, la Bioética ha estado orientada hacia la búsqueda de la integración de nuevos conceptos, dentro de los cuales está el de la ética económica en referencia a la producción, intercambio y distribución de bienes y servicios dentro de la sociedad. Dentro de esta línea de pensamiento fueron prestados desde el utilitarismo conceptos mediante los cuales se realizan hoy muchos de los análisis bioéticos en particular, el de la felicidad como principal objetivo de los individuos.

El diseño de muchas de las políticas se ha basado en la forma de lograr la mayor cantidad de felicidad (utilidad, satisfacción o bienestar) para el mayor número de personas, proporcionando metodologías y herramientas para su estimación.

De igual forma el libertarismo cuyo fin es la libertad, considero que el más importante de los derechos de la persona es el derecho de propiedad, en primer lugar sobre el individuo como tal, elementos que apporto a la ética, como filosofía.

La Declaración de Barcelona⁹⁰, describe así los principios básicos de la Bioética y el Bioderecho de una forma más amplia dentro de un marco de solidaridad y responsabilidad:

- La **vulnerabilidad** del ser humano en todas sus facetas y condiciones tanto moral como social y cultural que se manifiesta de forma en magnitud diferente, no solamente como individuo sino como grupo o colectividad. De igual forma, lo es también la naturaleza frente al accionar del hombre sobre ella.
- La **dignidad**, como atributo propio y manifestación de una condición, es considerada una cualidad intrínseca primero de los seres humanos, y posteriormente se hizo extensible, a los seres vivientes o sensibles. En la antigüedad fue

⁹⁰ Los Profesores Peter Kemp y Jacob Dahl Rendtorff en el marco de un centro de ética y derecho de Copenhagen análisis Los principios formulados en la declaración de Barcelona, o principios Europeos, incorporan otras dimensiones

considerada una capacidad relacionada con la actividad profesional realizada por el individuo y que le hacía merecedor de esta connotación; pero es con Kant, con quien adquiere un significado más alto en relación con la naturaleza del ser humano, como único e irrepetible y que se manifiesta por el hecho de existir. Es así como la dignidad mora en una dimensión ontológica, que empieza a materializarse con el obrar del individuo.

- La **autonomía** que tiene que ver con la capacidad de decidir y actuar, ligada al libre albedrío, expresa la libertad propia del ser, como individuo quien actúa con pleno conocimiento.
- La **integridad** es vista como como la correcta ordenación y el equilibrio entre las diferentes dimensiones del ser humano, y esta basada en el concepto de la existencia de la unidad personal

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y la Declaración Universal sobre Bioética, una categoría de análisis de la bioética han sido los derechos humanos, (UNESCO, 2005). En efecto, son estos los primeros documentos internacionales que muestran un vínculo entre Bioética y derechos humanos, y se relacionan con muchos de los principios constitucionales en América latina, representando normas que cobijan a los países en materia de políticas internacionales sobre bioética, y a las que se han adherido la gran mayoría de países:

“La Declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales”. (UNESCO, 2005)

Dentro de los objetivos de la declaración además de proporcionar un marco de principios guía para los Estados, está el orientar las acciones de los individuos y grupos además de:

“promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”

Así como:

“fomentar un diálogo multidisciplinario y pluralista sobre las cuestiones de bioética entre todas las partes interesadas y dentro de la sociedad en su conjunto”

La declaración estableció una serie de principios⁹¹ dentro de los cuales se resaltan:

- **La dignidad humana** y derechos humanos: relacionados con el respeto a las libertades fundamentales
- **La Autonomía y responsabilidad Individual** como facultad para tomar decisiones y responsabilizarse por ellas, respetando la autonomía de otras personas.
- **Igualdad, Justicia y Equidad** considerada como el respeto a la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos, lo que significa ser tratados con justicia y equidad.
- **La responsabilidad social y la salud** dentro de la que se incluye la promoción de la salud y el acceso a nutrición, mejores condiciones de vida, supresión de la marginalización y reducción de la pobreza y del analfabetismo

Todos estos enfoques se han desarrollado de cara a otras dimensiones o categorías de análisis, como el poder, la justicia, la violencia, entre otros, en la búsqueda de la comprensión, más amplia de la vida que no solo se centre en el ser humano, sino además en la vida no humana que también se encuentra en situación de riesgo (Viesca, 2007). Su aplicación busca analizar desde diferentes enfoques los aspectos relacionados con la vida alrededor de unos criterios morales comunes que se interponen, y no siempre se pueden jerarquizar.

El discurso bioético según Lolas (2000) aporta un diálogo multidimensional, lo que permite darle una nueva mirada a los problemas fundamentales, desde un enfoque más integral, facilitando el examen de los problemas más apremiantes de la bioética, para comprenderlos desde diferentes terrenos reflexivos. En efecto, “el discurso bioético se apoya en el diálogo como mecanismo y substancia de la vida social” (Lolas, 2000); un dialogo que aporta desde la bioética las preguntas y reflexiones para ser respondidas utilizando los conceptos y herramientas propios de cada disciplina, sobre los que construye

⁹¹ Los principios incorporados en la declaración están definidos como: Dignidad Humana y derechos humanos; Beneficios y efectos nocivos; autonomía y responsabilidad individual; Consentimiento; Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento, Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal; Privacidad y confidencialidad; Igualdad, justicia y equidad; No discriminación y no estigmatización; Respeto de la diversidad cultural y del pluralismo; Solidaridad y cooperación. Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, (UNESCO, 2005)

nuevas formas de abordarlos proporcionando a la bioética, herramientas y metodologías de análisis, para aproximarse a los desafíos que le representan otros problemas.

2.9 Estudios relacionados con la Ética en el SGSSS.

Se han realizado estudios sobre la justicia social, la ética y libertad en el contexto de la seguridad social en salud en Colombia y sobre las inequidades principalmente como afectan al paciente y su relación con el sistema de salud. (Vega, 2002)

Algunos estudios concernientes a la teoría de la justicia como equidad (Rawls J. 2002), han avanzado en proponer un sistema más equitativo de cooperación, una sociedad ordenada en sus instituciones que componen su estructura básica. No se ha analizado el concepto de abuso de poder, en especial en lo relacionado con los mercados, desde la perspectiva de la justicia.

No se han encontrado estudios específicos sobre el APD en el mercado, vistos desde la ética y la economía, sin embargo, Amartya Sen (Sen, 2008) consideró la ética y la economía, necesarias para el análisis de aspectos relacionados con los servicios fundamentales para el desarrollo humano. Para tal efecto, definió el indicador del desarrollo humano que proporciona diferentes criterios para el análisis de los servicios de salud. (Sen, 2008)

Se realizaron también diversos estudios sobre los problemas de la competencia en salud, la mayor parte orientada hacia el análisis del impacto de la integración vertical entre EPS e IPS, con diferentes posturas frente a este tipo de prácticas. Según (Merlano, 2011), algunos de estos estudios consideran que la integración vertical conduce a obtener posición dominante en el mercado y a la consolidación de monopolios de las aseguradoras, perdiéndose los beneficios de la competencia entre las EPS.

Se evidenciaron igualmente, publicaciones sobre los problemas de los análisis derivados del insuficiente control por parte de los entes estatales encargados de la regulación del mercado, lo que ha ocasionado el desequilibrio de poder entre actores, favoreciendo el

traslado del riesgo a las IPS (Molina, Vargas, Berrío, Muñoz , 2010). La forma como se realiza el proceso de contratación de servicios de salud entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficio EAPB, las EPS y los entes territoriales con las IPS públicas y privadas, dan cuenta de la selección adversa y los conflictos entre aseguradoras y prestadoras de servicios (Molina et. al., 2010).

De igual forma, sobre la imposición de las tarifas y formas de pago en condiciones de desventaja, debido principalmente a que éstas de acuerdo con las exigencias del mercado de salud establecido, no están siendo reguladas ni actualizadas, lo que va en detrimento de los prestadores de servicios con menor capacidad de negociación.

Finalmente, el exceso de acciones de tutela han ocupado los primeros lugares en los estudios, siendo considerada una distorsión del mercado de salud, que han impedido el goce efectivo del derecho a la salud (Jara, 2009).

Desde el 2004, la Defensoría del Pueblo realiza estudios cuyo propósito es establecer indicadores para evaluar la utilidad e importancia de la tutela, en los cuales se ha demostrado se vulneraba principalmente el derecho a la salud, con consecuencias sobre la vida y la integridad de los colombianos.

En los diferentes análisis realizados posteriormente por la Contraloría (Contreras, 2008), se encontró que la tutela no ha obrado de forma espontánea, sino inducida por actores económicos encargados de la responsabilidad en la afiliación y provisión del bien público de la salud, lo que puede considerarse un APD desplegado por los agentes del mercado de la salud con otros fines. En particular en el Informe de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral, Modalidad Especial de julio de 2007, realizado por la Contraloría General de la Nación, se expusieron los incrementos en los recobros que realizaban las EPS al FOSYGA y un aumento del rechazo en la prestación de los servicios contenidos en el POS.

En el nivel internacional, los análisis hechos sobre el sistema privado en Chile sugieren que las empresas del sector que han estado sometidas a los efectos disciplinarios de la competencia y del mercado, desarrollan mayor eficiencia administrativa, mejorando el servicio a sus clientes, en relación con las empresas del sector que no están sometidas a la competencia. La evidencia sugiere que las Instituciones de Salud Previsional ISAPRE⁹² integradas hacia la producción son más eficientes que las no integradas (Miranda, 2010). Particularmente, la integración hacia una infraestructura ambulatoria, parece ser una forma eficiente de contener los costos por sobre derivación y en particular por el uso excesivo de licencias médicas.

⁹² Las cuales prestan servicios de financiamiento de prestaciones de salud al 16% de la población

Capítulo II

METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

1 Planteamiento del problema

No existe claridad conceptual y normativa sobre el concepto de abuso ni en la legislación ni en los análisis hechos por algunas disciplinas sociales y en particular desde la Bioética. Es una noción muy utilizada en la valoración de determinados actos y que refleja excesos en el comportamiento humano frente a determinadas prácticas. Se relaciona generalmente con patrones de fuerza económica, psicológica, emocional o con el poder o control sobre individuos, instituciones o colectividades.

El abuso es un término utilizado en diferentes áreas del conocimiento, en el caso específico de esta investigación en el APD, el cual forma parte de las prácticas anticompetitivas en general y se relaciona con la restricción en las libertades económicas y sociales de elección y actuación de los actores sociales, la imposición de condiciones que benefician a quienes ejercen el poder de mercado, el incumplimiento de acuerdos y contratos, y las actuaciones que vulneran principios como el de la lealtad⁹³. Por esta razón la mayoría de las legislaciones de los países, obliga a los participantes en el mercado, a no desplegar prácticas o comportamientos desleales que lesionen derechos e intereses legítimos económicos y sociales.

Este tipo de prácticas condiciona a la competencia, necesaria para evitar la trasgresión de los límites en las relaciones de intercambio— por lo que el Estado debe entrar a intervenir para controlarlas. Es especialmente sensible a este tipo de prácticas, el área de los servicios públicos, los cuales son prioridad y razón de ser del Estado y servicios de interés general, por lo cual, las fallas presentadas en su prestación pueden afectar a una parte importante de la población.

⁹³ Artículo 10 de la convención de París para la protección de la propiedad industrial, establece los actos desleales o contrarios.

La competencia es sustento de la libre elección, por lo cual su restricción ha sido considerada una de las principales fuentes de APD. La libre elección desde la ética y la moral es interpretada y defendida, como una manifestación de autonomía, así como de acción individual o social, de elegir, participar o dejar de hacerlo en una actividad económica lícita.

El papel de la regulación del mercado y de la competencia frente a la libre elección, consiste en equilibrar los intereses individualistas y los colectivos, así como las necesidades presentes y los requerimientos futuros de la sociedad. Fijar los límites al ejercicio abusivo de la libertad individual, magnificada con la idea del libre mercado, evitando que se presente el APD.

La constitución de 1991, le otorgó a la competencia un nivel de derecho constitucional, al considerarlo un derecho de carácter económico o de interés colectivo⁹⁴ - no fundamental-, el cual solamente puede ser restringido por el Estado en casos de excepción.

La legislación sobre APD en el SGSSS no fue desarrollada durante más de 20 años de funcionamiento del sistema; ni al Consejo de Seguridad Social ni a la Comisión de regulación, se le asignaron funciones que permitieran la sanción de las conductas abusivas, así como tampoco fueron normatizadas ni reguladas. Contrario a lo sucedido con los servicios públicos domiciliarios regidos por la ley 142 de 1994⁹⁵ que, aunque pudiera ser más ambiciosa, estableció de forma explícita las conductas que se configuran APD⁹⁶, referentes a los contratos de servicios, protección contra la imposición de condiciones gravosas a los usuarios o a la limitación a la libertad de elección, para evitar que fueran superpuestos los intereses de las empresas a los de los consumidores (véase anexo 2).

Se han producido abundantes debates y escritos sobre la crisis de la salud a partir de la promulgación de la ley 100 de 1993 y sobre sus implicaciones en el orden social, político y

⁹⁴ Consignado en la Constitución Política Nacional de 1991. Capítulo 4. De la protección y aplicación de los derechos. Artículo 88º, al ser un derecho colectivo, no puede ser protegido por una tutela, sin embargo es susceptible de ser protegido a través de acciones populares y de grupo (Miranda, 2010).

⁹⁵ Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada, la telefonía local móvil en el sector rural, y otras

⁹⁶ Se han establecido 26 causales de abuso de posición dominante para los servicios domiciliarios.

económico, así como desde la ética, en particular acerca de la relación médico- usuario de los servicios de salud.

La revisión de algunas de estas investigaciones, motivaron una pregunta en símil al planteamiento hecho por Schramm, y Kottow (2001) sobre los aportes a la salud pública desde la bioética⁹⁷: ¿Ha desarrollado la Bioética, las herramientas suficientes para abordar los problemas morales que se enfrentan por deficiencias de los sistemas de salud y por políticas públicas regulatorias que afectan a la sociedad y, en especial herramientas para analizar los dilemas morales frente al abuso en el ejercicio de los derechos incorporados en estos sistemas?.

Para los autores el modelo principialista, se aplica básicamente a las relaciones médico-paciente, pero existen nuevos cuestionamientos éticos, en la Salud Pública específicamente en la formulación de políticas públicas, (Schramm, Kottow 2001) –y por extensión en el análisis de la capacidad del mercado para orientar los servicios de salud que necesita la población, así como en la regulación de las fallas intrínsecas de su funcionamiento, sobre los cuales reflexionar y que no pueden explicarse solamente con los principios establecidos en este esquema.

El principio de solidaridad expresado por Callahan frente a la salud pública, pudiera no tener cabida en la legitimación de políticas de asignación de los limitados recursos en salud, y de los subsidios cruzados. A los gestores de políticas públicas reguladoras así como para los encargados de ejecutarlas, le resulta difícil guiarse por el principio de responsabilidad de Jonas o la diacónica de Levinas, porque fueron concebidas para el individuo frente a sí mismo o al otro (Schramm, Kottow 2001), su aplicación en la responsabilidad que recae sobre las instituciones en concordancia con la sociedad que representan, pueden no ser suficientes.

Para los investigadores la adaptación de instrumentos conceptuales de la bioética clínica, así como del ambiente o de la filosofía, se ha convertido en un ejercicio obligatorio para el

⁹⁷ El artículo de Schramm, y Kottow (2001) plantea principalmente los cuestionamientos sobre la especificidad de los problemas morales de la salud pública, y lo apropiado de las herramientas para el análisis desde la bioética, en este campo. Planteamientos tomados como base para valorar otros enfoques como es el del mercado de los servicios de salud.

análisis de los eventos relacionados con las políticas de salud pública (Schramm, Kottow 2001) igualmente lo es para los problemas éticos generados en la gestión de la salud y su relación con la sociedad vista en su integralidad.

Por lo anterior, se hace necesario, buscar alternativas para el abordaje desde la bioética, de los problemas morales que plantea la formulación de políticas públicas, las acciones colectivas en salud y las actuaciones de los actores del SGSSS. Igualmente los dilema que se presentan en el papel regulatorio del Estado y en el ejercicio de prácticas abusivas de quienes ostentan poder de mercado y su efecto en los valores de la sociedad.

Las preguntas planteadas que guiaron el desarrollo de la presente investigación fueron:

¿Cuál abordaje bioético se requiere para analizar el abuso en el campo económico, más concretamente en la competencia y las prácticas contrarias del SGSSS, de manera tal que se pueda convocar a la reflexión y a la búsqueda de soluciones de parte de las instituciones responsables, para evitar que se afecten los intereses legítimos de los participantes en el intercambio y en especial los valores fundamentales de la sociedad? y, ¿desde cuáles enfoques pueden ser debatidos, para motivar investigaciones hacia el futuro en este campo?.

2 Justificación

No se han encontrado estudios bioéticos sobre el concepto de abuso, en particular sobre el APD en el mercado de los servicios de salud, ni desde las diferentes corrientes de pensamiento, que permitan comprender y explicar su significado y las implicaciones desde un enfoque interdisciplinario.

El concepto PD ha cambiado en el tiempo. En efecto, ha dejado de ser visto como una falla del mercado, a ser considerado como una conducta excluyente que lesiona principios que soportan una sana competencia y como una responsabilidad frente a la sociedad de quienes la ejercen. Siendo necesario analizar los efectos del ejercicio abusivo del poder, sobre las relaciones de intercambio en el SGSSS.

En el 2005 la Comisión Europea redactó un documento, que debate los abusos excluyentes de la PD y en sesión pública de información en el 2006, dio a conocer sus efectos de y las de los monopolios sobre las políticas públicas y las consecuentes inequidades e injusticias producidas⁹⁸. La literatura reprueba el uso de información privilegiada que permite la manipulación de precios a través de diferentes acciones y considera que se constituye en práctica abusiva de mercado, que afecta la eficiencia del mismo y socaban valores fundamentales de la sociedad⁹⁹.

Dada la complejidad que caracteriza APD, se hace necesario el análisis desde otros ámbitos como la bioética, la economía y las ciencias sociales a fin de integrar conceptos y metodologías que permitan investigar más y discutir sobre los efectos del APD en el mercado de los servicios de salud, para encontrar nuevos elementos de dialogo y revisión sobre la imposición de condiciones por fuera de las establecidas en los acuerdos, en el mercado o en la regulación por el Estado, la disminución de la calidad de los servicios a causa del APD y la ausencia de políticas claras sobre este tópico en los últimos tiempos.

3 Objetivo General

Analizar el concepto de abuso desde la perspectiva del APD, en el marco de la competencia y en particular en el SGSSS, e identificar desde la bioética, enfoques que permitan comprender sus implicaciones y alcances.

3.1. Objetivos Específicos

1. Realizar una revisión conceptual, bibliográfica y de antecedentes, sobre el origen y alcance del APD en el mercado.
2. Efectuar un análisis normativo del concepto del APD en el SGSSS.
3. Identificar eventos considerados APD en el SGSSS a partir de la ley 100 de 1993, tomando como base información disponible en las instituciones y en opiniones de expertos del sector salud obtenidas a través de entrevista.

⁹⁸ Se celebraron sesiones públicas de Información en 2006 y 2007, por la Red Internacional para la Competencia (RIC).

⁹⁹ Planteamientos desarrollados en el análisis sobre Ética y equidad en el mercado de valores en Colombia, 2005

4. Hacer un análisis ético- normativo de enfoques mediante las cuales pueda ser tratado el concepto investigado de abuso de posición dominante en el SGSSS.

4. Metodología

La metodología mediante la cual se abordó la investigación, tiene cuatro componentes fundamentales:

1. Revisión teórica, bibliográfica y de antecedentes de las diferentes formas de abuso contenidas en la ley en Colombia, en particular, del abuso del derecho, del APD, y del enfoque de Rengifo (2004), así como sus implicaciones desde el punto de vista económico y ético.
2. Análisis sobre la legislación y los aspectos normativos del concepto de APD en general y sobre el SGSSS.
3. Análisis de los eventos que han abierto la posibilidad de APD en el SGSSS, a través de análisis de datos disponibles y de entrevistas realizadas a líderes expertos del sistema general de salud y seguridad social en Colombia y tomando como ejemplo la cartera de las IPS con las EPS.
4. Análisis de las implicaciones desde la bioética del concepto de abuso de posición dominante en el mercado de los servicios de salud, teniendo en cuenta valores y principios como el de la dignidad humana y la justicia desde Habermas y Rawls.

5. Resultados esperados

Como resultado de la investigación se logró:

- ▶ La recopilación de antecedentes e interpretación de las diferentes acepciones del concepto de abuso en particular el APD desde el punto de vista histórico, normativo, económico y ético.
- ▶ El análisis de posibles eventos en el mercado en los servicios de salud en Colombia que se consideraron, APD en el mercado de los servicios de salud en Colombia en

particular la cartera de las IPS con las EPS, a partir de datos disponibles y de resultados de encuesta a líderes del sector salud.

- ▶ Enfoques desde la Bioética a partir de los eventos presentados en el SGSSS y de las respuestas de la encuesta a los líderes del sector salud, del concepto de APD en el mercado, que permitan reflexionar sobre las implicaciones de estos en los valores y principios de la sociedad, sobre el papel de las instituciones para intervenir y de las actuaciones de los actores que toman una posición que permite el APD desde la afectación de la dignidad humana y la justicia.

Capítulo III

EVENTOS QUE CONFIGURARON ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

En este capítulo se presenta la reflexión sobre los eventos que se interpretan como APD en el SGSSS, iniciando con una visión general sobre los aspectos que favorecieron el abuso por parte de los actores del sistema y algunas de las condiciones que se gestaron en el proceso de diseño y ejecución de la ley 100 de 1993, así como las carencias desde el punto de vista de la regulación y control por el Estado.

Se registra igualmente, el análisis de la respuesta entregada por la Superintendencia de Industria y Comercio como ente encargado de investigar y controlar el APD en el SGSSS, a un derecho de petición cursado por la investigadora, para aclarar los alcances de su función y los resultados de investigaciones adelantadas sobre el tema.

Al final del capítulo se presentan los resultados de la encuesta realizada a líderes del sector, donde se exhiben algunas de las experiencias de los participantes relacionadas con el APD y sus opiniones acerca de las implicaciones desde la ética de los eventos configurados como APD en el SGSSS.

1. Hechos que favorecieron el APD en el SGSSS

Cuando se diseñó el SGSSS a los actores del sistema les fueron asignadas funciones y el Estado les delegó unas competencias y responsabilidades. En el caso de las EPS del régimen contributivo, cuya función era administrar los servicios de salud a la población trabajadora afiliada cubierta por el SGSSS (equivalente al 44,4% del total), se les facultó para manejar los recursos de las cotizaciones, estimadas en un valor superior a los 16 billones de pesos. El hecho es que desde la normatividad, se les permitió manejar los aportes al sistema casi sin ninguna restricción y vigilancia y adicionalmente fue casi inexistente la competencia, lo cual les facilitó a las EPS intervenir en el mercado,

imponiendo sus condiciones y en muchos casos, en el límite de los términos establecidos en la regulación, haciendo caso omiso de ella. Se encargaron las EPS no solamente de recaudar las cotizaciones y después de descontar el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) de los afiliados, transferir los excedentes al FOSYGA; también de hacer los recobros por servicios no incluidos en el POS, sin control detallado de las operaciones por los organismos de vigilancia ni sobre los excedentes¹⁰⁰, y tampoco sobre las bases de datos o la depuración de los afiliados activos.

Se creó una figura en el régimen contributivo, con poder suficiente para orientar los recursos de la salud de forma casi omnímoda, a partir de la cual se conformaron no solamente mercados interconectados como lo expone Ruiz (2013), sino *mercados subordinados*, entre otros de prestación, insumos, medicamentos, talento humano, determinados por las acciones realizadas y los recursos administrados por las EPS.

A las EPS del régimen Subsidiado los recursos financieros para la atención, se les remiten directamente desde el Ministerio de Salud y la Protección Social (MSPS) a pesar de no ser recaudadoras directas, y su presupuesto está configurado por recursos de la nación que en la actualidad son cercanos a los nueve billones de pesos en el año.

A partir del poder logrado en el manejo de los recursos del sistema por las EPS, todos los demás sub mercados estuvieron supeditados a la forma como estas, actuaron o dejaron de hacerlo. A la vez estos los segmentos, fueron adquiriendo poder de mercado, especialmente el de medicamentos y talento humano, del cual con el tiempo muchos de ellos abusaron por ausencia de control por parte del Estado y de competencia real y efectiva en el sistema de salud.

Según lo planteado por el Senador Robledo, en Colombia no ha sido posible movilizar ni un solo peso del sistema de salud, sin que se le “pague peaje al sector del aseguramiento”, (Robledo, 2012, p. 43), inclusive en los eventos en los que visiblemente fue innecesaria su intervención como es el caso de la atención primaria en salud. Las EPS han recibido no solamente el valor de la administración, sino el de las ganancias, como es el caso de SALUDCOOP, en donde al gerente se le pago un sueldo fijado libremente por las

¹⁰⁰ Resultado de las investigaciones realizadas por la defensoría del pueblo sobre la tutela.

empresa, y se le retribuyó además por las ganancias en los negocios realizados por la EPS con los recursos del Estado Colombiano (Robledo, 2012).

Existen eventos actuales del sector salud que demuestran la capacidad de intervenir y el poder de mercado de estas entidades. Según Robledo, los recobros hechos por las EPS al FOSYGA pasaron de 336.000 millones de pesos en el 2006 a 1.8 billones de pesos en el 2009.

Los recursos de la salud, son un recurso parafiscal de acuerdo al concepto de la Contraloría, sin embargo, les fue entregado a las EPS para ser manejado como su propio capital, similar a la figura que en el sector público se denomina de libre destinación. El Estado no fijo límites en el manejo de los recursos parafiscales ni estableció controles o supervisión efectiva, pero adicionalmente a la administración de la prestación de los servicios de las IPS, también fueron las EPS autorizadas para prestar directamente servicios de salud en su propia red, con lo cual se terminó reforzando, desde el propio Estado la posición dominante (Robledo, 2012).

Una de las variables que permiten detectar el abuso de poder del mercado por las empresas, es su capacidad para imponer condiciones a los consumidores y proveedores en su propio beneficio, obteniendo ventajas no establecidas en los acuerdos, lesionando derechos de terceros. Fue así, como por ejemplo según la Defensoría del Pueblo frente al 2010, los colombianos interpusieron un mayor número de tutelas en el año 2011, para reclamar servicios, procedimientos y medicamentos, de las cuales cerca del 70%, estaban incluidos en el POS, después de que la ley 1438 de 2011, tenía como fin entre otras reglamentar y supervisar las acciones no atendidas por las EPS. (Robledo, 2012).

Entre mayo y diciembre de 2012 según la Superintendencia Nacional de Salud, las EPS negaron la prestación de 185.477 servicios. El 50.7% de los servicios no autorizados pertenecían al régimen contributivo y 49.3% en el régimen subsidiado, de los cuales, el 52.4% de correspondieron a medicamentos. El caso más evidente, es el de los servicios requeridos por los pacientes con cáncer, los cuales fueron definidos y establecidos de forma integral en la ley 1384 de 2010; sin embargo han sido negados de forma sistemática por algunas EPS. Aún a pacientes en fase terminal, se les ha obstaculizado su asistencia, por lo

cual ha sido necesaria la interposición de tutelas, para poder tener acceso a servicios básicos, urgentes y desde el punto de vista Humano de mayor prioridad e impacto social, como son los cuidados paliativos. Estos servicios por ejemplo, los incluyó la ley 1384 de 2010, por considerarlos básicos para los pacientes con patologías como el Cáncer, y los cuales se requiere se garantice su prestación de forma oportuna y eficaz¹⁰¹, para no agravar en el paciente las circunstancias de vulnerabilidad. Pero inclusive en estos casos, ha sido necesario que los pacientes con enfermedades terminales, deban invocar la figura de medida provisional, para poder acceder de manera urgente a servicios elementales e indiscutibles, desde el punto de vista de salud, y fundamentales desde la justicia, porque que afectan la dignidad humana.

1.1 El poder de mercado de las EPS

El poder de mercado de las EPS ha sido de acuerdo con algunos autores, una de las causas de las deficiencias del modelo del SGSSS en Colombia. En los estudios realizados por Gorbanoff, Uribe, Torres & Contreras (2006), las cuatro IPS de mayor tamaño en Bogotá por número de camas, agrupaban el 13% de la capacidad instalada en la ciudad; sin embargo las cuatro EPS de mayor tamaño concentraban el 61,4% de la población afiliada en la capital.

Gorbanoff et al (2006), estimó el Índice de Herfindahl e Hirschman HHI de las IPS, en 152, mientras que el mismo indicador construido para las EPS fue superior a 1.454 lo que plantea la existencia de una concentración significativamente más alta en las EPS, que en las IPS y citando a Whynes y Thornton expone que en Estados Unidos, un indicador cercano a 1800 es una causal suficiente para iniciar una investigación antimonopólica.

El estudio asegura que las IPS buscaron defenderse, ubicándose en el segmento de servicios de punta como inmunología, trasplantes y patología entre otros, en los cuales lograron alguna concentración, sin embargo el indicador para estos servicios no superó a 400 lo que según (Gorbanoff et. al. 2006) se explica, por qué las IPS aceptaron condiciones desfavorables en las negociaciones de tarifas y en la prestación de servicios, permitiendo que las EPS impusieran sus condiciones como la disposición de un día

¹⁰¹ Ver respuesta tutela 034-2015-006, accionante Eusebio Guzmán Castro, Agt of Yolanda Guzmán Castro. Accionado: Sanitas EPS y Otro. Derechos Vida y Otros.

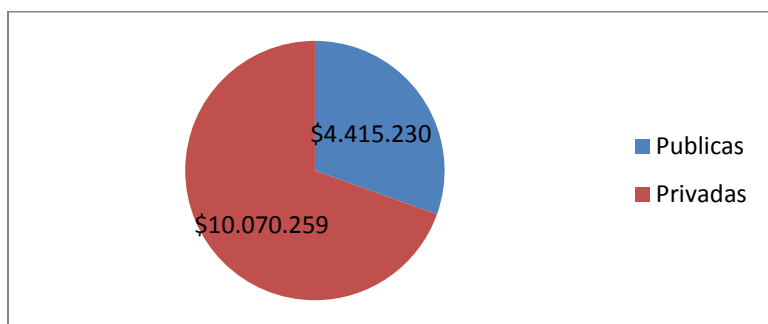
solamente al mes para la entrega de facturas, los criterios para las glosas y la devolución total de la factura por una glosa entre otras. (Gobanoff et al, 2006).Igualmente no fue posible implementar el Manual Único de Glosas, ni se reconocieron intereses de mora por las facturas no canceladas a tiempo.

Gobanoff et al (2006) citando a Giraldo 2003, muestra que el poder de las EPS, ha sido tal que las IPS consideran, que el 90% de las glosas reportadas, no son justificadas, pero este ha sido un instrumento utilizado por las EPS para evadir el pago de sus obligaciones, sin que ningún órgano regulador o de control hasta el momento pudiera intervenir a fondo, para solucionar la situación. Hasta la actualidad se han dejado pasar estos eventos sin ninguna sanción, más bien al contrario, el Ministerio de salud y de protección social, anunció en noviembre de 2013 la compra de la cartera -con un descuento casi del 50%- de las deudas que han debido pagar las EPS.

1.2 La cartera de las IPS

La Superintendencia Nacional de Salud, (SNS) presentó el consolidado de la cartera de las IPS tanto privadas como públicas, por obligaciones generadas en servicios de salud, por \$14.4 billones, de los cuales \$4.4 billones, equivalentes al 30% correspondieron a deudas con las IPS públicas mientras que cerca de \$10.0 billones y que representan el 70%, estuvieron conformados por las deudas de las IPS privadas. (Superintendencia Nacional de Salud, SPN, Junio2013).

Gráfica 1 Participación de la cartera por servicios de salud IPS Públicas y Privadas 2013. (Millones de pesos)



Tomado de Informe cartera SNS junio 2013, Fuente Ministerio de Salud y Protección Social

La cartera se consolidó principalmente en el régimen contributivo con el 35% del total y un valor cercano a \$5,5 billones; las deudas para con el régimen subsidiado, significaron el

34%, mientras que los pasivos de las entidades territoriales correspondieron al 6%¹⁰². Lo anterior significó que los prestadores de servicios, financiaron el sistema –teniendo que hacerlo inclusive a costa de su propia descapitalización o quiebra–, en especial a las entidades del Estado, porque estas son unas de las principales deudoras.

En el mismo informe de la SNS (Superintendencia de Salud, Junio 2013), el 57% de la cartera del régimen contributivo con las IPS está a cargo de 3 EPS:

- Nueva EPS con el 28%
- SaludCoop con el 16%
- Coomeva EPS con el 13%.

En el régimen subsidiado el 30% de las deudas, están a cargo de:

- Caprecom, con el 19%
- Coosalud 6%
- Solsalud 5%.

De acuerdo con el informe de la SNS, el 68% de las deudas con las IPS privadas esta vencida así como el 82% de la cartera por servicios de salud de entidades públicas, siendo uno de sus principales deudores las Direcciones Territoriales de Salud.

Fue por esto que muchas IPS, se vieron abocadas a cerrar servicios fundamentales o misionales como las urgencias, recortar las nóminas o dilatar por meses el pago de los salarios de los trabajadores, teniendo que negociar en condiciones límites la atención, asistencia y vinculación de algunas especialidades, y aceptar los términos impuestos por los proveedores (Esguerra, 2013).

Esta situación ha sido presentada a través de diferentes medios, sin embargo, no se ha presentado ninguna actuación sancionatoria conocida durante esta investigación por la SPN o la Industria y Comercio que son las Instituciones responsables de esta función

¹⁰² El 24%, según la SPN en su informe de junio de 2013, fueron deudas relacionadas con riesgos laborales, empresas de medicina prepagada, aseguradoras, entidades de régimen especial, FOSYGA, y otras especialmente personas naturales.

El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), está depurando las deudas reales del sistema desde hace más de un año porque según lo expone, las cifras reportadas por las entidades no coinciden, lo cual demuestra que no hay capacidad en el Estado, ni técnica ni política, para dar respuesta a la problemática, que lleva más de diez años sin solución.

Se considera que el efecto de la totalidad de las tutelas interpuestas por los usuarios, puede ser similar al impacto de la cartera que adeudan las EPS. Es el caso de las cinco instituciones a las cuales más recursos se les deben, y que suman un valor cercano a los \$460.000 millones, como son la Samaritana de Bogotá, el Hospital Universitario de Cali, el Hospital universitario de Santander, el Hospital universitario Erasmo Meoz de Cúcuta y la Clínica San Juan de dios de Cartagena, entidades que en total atienden más de 2.200 pacientes diarios y su planta de personal supera los 7.000 trabajadores¹⁰³.

Los efectos de la cartera de las EPS han sido:

- La disminución de posibilidades de reposición de su capacidad instalada
- Principalmente el retraso en el pago de los sueldos a los trabajadores y de los servicios prestados a los contratistas.

La situación de los pagos a los trabajadores dificulta la selección de personas con mayor capacidad técnico-científica y lesiona el patrimonio y la calidad de vida de las familias de las personas vinculadas a las entidades de salud. La situación se refleja principalmente en la calidad de los servicios prestados, dado que la gran mayoría de las Entidades a quienes se les adeudan recursos, deben atender entre un 60% y 80% de su capacidad instalada, afectándose áreas fundamentales para el cumplimiento de su misión como son las urgencias y los servicios especializados (Esguerra, 2013).

2. Una mirada de la Superintendencia de Industria SIC y Comercio frente al APD en el sector salud

Para entender el porqué de la carencia de actuaciones y de respuestas frente a los hechos evidentes de abuso de poder de mercado en el sector salud, se solicitó a la SIC información en el desarrollo de la presente investigación, a través de un derecho de

¹⁰³ Las deudas impagables de las EPS, se estima en 2 billones de pesos, como lo publicó el diario El tiempo el 26 de noviembre de 2013.

petición¹⁰⁴ a la SIC¹⁰⁵, acerca del alcance del APD en el mercado de los servicios de salud en Colombia y sobre el papel desempeñado por la entidad para investigar o sancionar este tipo de conductas e igualmente, sobre sus consideraciones sobre la competencia, en el SGSSS en Colombia.

La SIC, relaciono en la carta de respuesta en primer lugar las funciones que le competen de acuerdo con el decreto 4886 de 2011 y la ley 1340 de 2009, de las cuales se seleccionaron las siguientes: la vigilancia en el cumplimiento de disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, la imposición de multas de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, dentro de las cuales están la información sobre la operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones¹⁰⁶

“decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga” (Respuesta SIC, derecho de petición del 16-04-2013).

Sobre las metodologías implementadas, para la estimación o análisis de la configuración de APD, en los servicios de salud en Colombia, la SIC expone:

“A la fecha, ninguna de las investigaciones que la Superintendencia de Industria y Comercio ha llevado a cabo frente a prácticas comerciales restrictivas en el mercado de los servicios de salud¹⁰⁷, se han orientado a determinar APD” (Respuesta SIC, derecho de petición del 16-04-2013).

¹⁰⁴ Solicitud con No de radicación 13-041965-00001-0000 ante la SIC, del 16/04/2013

¹⁰⁵ La Superintendencia de Industria y Comercio tiene a su cargo en la actualidad en Colombia, la conceptualización, normatización, calificación y sanción de la conducta de APD

¹⁰⁶ También realizar solicitudes de consolidación, interacción, fusión y obtención de control de empresas, y solicitudes de explicaciones sobre el incumplimiento de las mismas, pronunciarse sobre ellas; además ordenar cuando sea procedente la reversión de una operación de integración empresarial, entre otros.

¹⁰⁷ (Expedientes 20793 41, 070 32448, 09021413, 09025 348,09074312, 09074322, 10067107,1101883 y 11137179)

La SIC, adicionalmente explica que no existe solamente un método para establecer que un agente del mercado incurre en prácticas abusivas, escogiendo la que mejor se ajuste a las prácticas que se están estudiando para estudiar las condiciones del mercado. Sin embargo, como lo expone la SIC “no ha habido un caso en el que se haya analizado el abuso de la posición de dominio en el mercado de los servicios de salud,¹⁰⁸ pero los criterios para determinarla, se fundamentan en la teoría microeconómica de la organización industrial y en los parámetros seguidos por las autoridades de competencia, a nivel internacional.

Para realizar estos estudios como lo presenta la SIC el primer paso, es definir los mercados relevantes¹⁰⁹ para establecer los productos o servicios, distribución o consumo que deben ser considerados a la luz del posible APD, dentro de las técnicas empleadas se encuentran: “Las cuotas de mercado, los diferentes indicadores de concentración como el índice IHH, LIDER, CR2 Y CR4 ¹¹⁰(.....)”, estos indicadores permiten establecer las concentraciones en el mercado para buscar las barreras de ingreso establecidas, con lo cual se establecen las conductas que son infringidas frente a la legislación.

A la pregunta sobre la forma en que determina la SIC, la capacidad de las EPS para contratar con la red propia en cada periodo,- y establecer si exceden o no el porcentaje establecido por la ley-, la SIC responde que: “no se ha realizado aun este análisis”(Respuesta SIC, derecho de petición del 16-04-2013).

Se evidenció en la respuesta de la SIC, desconocimiento técnico de las entidades de vigilancia y control para abordar la problemática de abuso de posición dominante en el sector salud, es posible que no exista experiencia sobre la aplicación de metodologías propias del sector salud, que permitan establecer la concentración de mercado tanto en la administración, como en la prestación de servicios de salud.

¹⁰⁸ Resaltado por la investigadora.

¹⁰⁹ Se considera que es la delimitación de la estructura del mercado o los límites del mercado que permite establecer claramente los productos o servicios, los competidores, usuarios y proveedores. Los indicadores expresan la concentración del mercado. Para los servicios de salud se ha considerado que es difícil estimar el mercado relevante, pero lo que se requiere es conocimiento del mercado y hacerle seguimiento a, adicionalmente no siempre ni en todos los países se requieren el estudio del mercado relevante para identificar el poder de mercado de los actores y valorar los actos que se constituyen en APD. Específicamente en otros sectores la normatividad limita previamente los eventos que se pueden constituir en APD.

¹¹⁰ El índice LIDER representa la cuota de participación en el mercado de la empresa líder o con mayor participación, y los indicadores CR2 y CR4 las cuotas de participación de las dos primeras y cuatro primeras empresas en el mercado.

A pesar de que la posición dominante no está prohibida en Colombia, según la Constitución, tampoco está protegida, no es un derecho absoluto, según lo establece la sentencia C-384 de 2003 por lo tanto puede ser restringida, a través de la intervención del Estado. De acuerdo con el artículo 333 y 334 de la constitución, para “garantizar la libertad de competencia en las empresas de servicios públicos y la calidad y eficiencia de los mismos” (Archila, 2006).

La libertad para ejercer una actividad económica no es absoluta, dado que la empresa tiene una función social que implica responsabilidades y sus derechos patrimoniales son inferiores a los derechos y libertades de las personas, por lo cual el Estado puede establecer límites para regular las actividades económicas (Archila, 2006).

3. Posición Dominante en otros sectores

Es evidente el contraste entre los sectores de salud y financiero. Este último, de acuerdo con el informe del primer semestre del 2013 presentado por la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC), el buen comportamiento de la cartera de créditos hizo posible que las entidades financieras, tuvieran utilidades por más de 3,9 billones de pesos¹¹¹ y según el informe de la SFC a marzo de 2013, el total de la cartera vencida fue para todo el sector de \$8,2 billones, mientras que el total de créditos ascendió a 279,4 billones de pesos en el periodo¹¹². De otra parte, la totalidad del gasto para salud fue cercano a los 42 billones de pesos¹¹³, de estos 26 billones aproximadamente son los recursos administrados por las EPS (Gaviria, 20013), la cartera acumulada por varios periodos asciende a 14 billones de pesos.

En el sector financiero, las entidades o personas que se han retrasado en el pago de las deudas son reportadas a las centrales de riesgo, lo que significa una sanción económica, social y contractual. Sin embargo, a las EPS, a las cuales también vigila la SFC, no se les realizan reportes ni se les aplican sanciones por incumplimiento, omisión o demora en los pagos.

¹¹¹ Cifra inferior a años anteriores cuando superaban las ganancias netas los \$5 billones

¹¹² Por ejemplo, las deudas de crédito de consumo fueron 3,83 billones de pesos y la totalidad de los créditos de consumo de 78,3 billones de pesos.

¹¹³ Este análisis hecho por el ministro Alejandro Gaviria, también expone que los gastos financiados con recursos públicos ascienden a 33 billones de pesos. (Gaviria, 2013)

En otros sectores, como el de comunicaciones y servicios públicos domiciliarios¹¹⁴, se han aplicado sanciones importantes por APD o incumplimiento de los compromisos con los usuarios o proveedores, muchas de ellas provenientes de sentencias de la corte constitucional¹¹⁵.

Para resolver los casos de APD la SIC tiene unas funciones, como lo expuso el representante a la Cámara David Baguil en entrevista para el diario el Espectador de septiembre de 2013. Debe actuar como autoridad frente a la competencia y al mismo tiempo aplicar sanciones y realizar investigaciones, lo que le resta autonomía y decisión y facilita que las industrias en Colombia actúen libremente sin ningún control, como es el caso de los medicamentos, y el sector agrícola, entre otros. Cuando se abren investigaciones la SC utiliza una figura nefasta respaldada por la ley llamada *los acuerdos de garantías*, que les permite a las empresas infractoras, firmar un compromiso de no seguir cometiendo las trasgresiones por las cuales se les investiga a cambio de la suspensión de las investigaciones por el Estado.

4. Encuesta a líderes del sector salud

Con el fin de conocer diferentes puntos de vista sobre el APD a partir de la reforma del sistema con la ley 100 de 1993, y poder determinar las razones por las cuales el Estado ~~no ha dado mayor trascendencia a~~ su papel como regulador del SGSSSS, no ha evitado las prácticas contrarias que lesionan la competencia y el mercado de servicios de salud y, así como su relación con asi como otros valores éticos ~~en el SGSSSS~~, se realizaron una entrevista a diez líderes del sector salud quienes manifestaron sus opiniones con base en su experiencia y al conocimiento desarrollado en el tiempo sobre el sistema.

Se eligió la entrevista como método cualitativo, descriptivo e interpretativo de recopilación y análisis de información porque se consideró que la opinión como fenómeno social,

¹¹⁴ La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) confirmó 102 sanciones por un valor de \$8.600 millones a empresas del sector de energía y gas, en el periodo junio de 2011 a junio 2012, dentro de los cuales casi el 50% se refirieron directa o indirectamente a APD, (SSPD, septiembre 2012)

En el mismo año 2012, la entidad, a través de la Superintendencia Delegada de Energía y Gas (DEG), impuso sanciones por cerca de \$3.500 millones a 75 empresas por incumplimiento al régimen de servicios públicos domiciliarios, de las cuales 48 correspondían al servicio de energía eléctrica, 25 al sector del Gas Licuado de Petróleo (GLP) y dos al servicio de gas natural.

¹¹⁵ La Sentencia T-223/07 referida a empresa de servicios domiciliarios, Sentencia T-959/03 referida al sector financiero, la multa de \$380 millones impuesta a la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá, en octubre de 2012; Sentencia de Tutela n° 768/12, referida al sector financiero, entre otras.

permite establecer una relación entre las percepciones de las personas que tienen liderazgo en el medio y los hechos de interés general.

Los objetivos que se plantearon con la entrevista fueron:

- Establecer un dialogo con los líderes, para conocer los diferentes opiniones sobre el papel de la competencia en el SGSSS y sobre diferentes formas o eventos que se configuraron como APD, a partir de la ley 100 de 1993.
- Determinar desde otras visiones, los principios éticos comprometidos en los casos en los cuales se consideró existió APD en el SGSSS.

Se seleccionaron diez líderes utilizando dos criterios:

- a. Amplio conocimiento del sector salud
- b. Contacto con el SGSSS, en las diferentes fases de la ley 100, preferencialmente haber participado desde niveles de decisión, en acciones que llevaron a la reforma del sistema.

La selección se efectuó por conocimiento personal de la investigadora con los participantes y a través de la referencia de algunos de ellos por otros integrantes del grupo¹¹⁶.

La entrevista se realizó mayoritariamente por medio virtual, y adicionalmente fueron recibidos también algunos aportes escritos de los participantes.

Las preguntas se formularon de forma abierta, mediante un diálogo informal pero dirigido, sobre tres temas:

1. La competencia en el SGSSS entre IPS, Empresas Sociales del Estado (ESE), EPS y otros.
2. El concepto de APD en el mercado de salud en Colombia
3. Los principios éticos implicados en el APD, en el SGSSS

¹¹⁶ Se mantuvieron anónimas sus respuestas por no contar con su autorización escrita para su divulgación

4.1 Resultados

El consolidado de las respuestas a las entrevistas realizadas a los líderes, se presenta a continuación:

- En respuesta a **la primera pregunta**, el 80% de los líderes entrevistados no consideran que se haya presentado competencia en el SGSSS como lo establecieron los principios del sistema para motivar la libre elección y la calidad de los servicios de salud (Cuadro 1, pregunta 1).

Este grupo opina que no se dieron los incentivos como estaban establecidos, para que tanto las mejores las EPS como las IPS se quedaran. A las EPS gracias a la integración vertical no les interesó comprarle servicios a otras IPS y por lo tanto bajaron las tarifas y estas instituciones de salud las aceptaron para poder seguir funcionando. Igualmente consideraron que existe más un sistema de reembolso que de competencia. Dentro de las principales razones para la falta de competencia se encuentran la ausencia de vigilancia sobre las tarifas mediante las cuales las EPS contratan con la red propia y con las IPS.

- El 20% de los líderes consideró que sí se presentó competencia tanto en el aseguramiento como en la prestación, especialmente en la alta complejidad existiendo una elevada concentración de IPS en los mercados locales en particular en los centros urbanos, existen asimetrías de información que generan selección adversa, lo que significa que los de mayores patologías se afilian a las EPS con mejor oferta de servicios, (Cuadro 1, líder 8,10). “

De otra parte, considero este grupo que la competencia se dio con un criterio comercial en los operadores privados, desvirtuando el sentido de la Ley y de los servicios de salud.

En relación con la **segunda pregunta**,

- El 90% de los líderes observaron que se dio APD en el mercado de los servicios de salud. Pero según el 70% piensa que el APD se pudo demostrar por falta de normatividad.

En los casos en los cuales se evidenciaron los excesos fue en la imposición de tarifas, de las EPS a las IPS externas para la contratación, y en la cartera por el no pago de las deudas mientras que instauró un sistema de pago que beneficiaba a las IPS propias

- El 10% restante consideró que el APD es un término que prácticamente no existe dentro de la normatividad.

Lo cual significa que no tiene ningún efecto real sancionarlo, para evitar las infracciones de los actores que participan en el mercado de los servicios de salud.

- En respuesta a **la tercera pregunta**, sobre los valores éticos que consideraron los líderes se violan con el APD en el SGSSS, en primer lugar se ubicó la justicia, con el 50% de las respuestas, lo cual según afirmaron, afectó fundamentalmente la calidad de la atención en salud. El 20% opinó que el respeto por la salud de las personas, así como el derecho a la salud fueron los valores más lesionados; el 20% consideró que se irrespetó a la libertad y el 10% la confianza (cuadro 1, pregunta 3).

Las razones más importantes sobre el APD en el SGSSS que expusieron los líderes, fueron: la incapacidad del Estado para normatizar y por lo tanto para darle legitimidad a su papel como regulador de políticas públicas y en segundo lugar, la negación de los servicios a que tienen derecho los afiliados y usuarios de los servicios de salud lo cual se configuró como ausencia de respeto y apreciación de la dignidad de los usuarios y finalmente de los proveedores de salud, por el no pago de las deudas por los servicios prestados.

Las principales conclusiones de la encuesta fueron:

- a. En el SGSSS no se dio la competencia en los términos establecidos en la ley 100 de 1993. Se esperaba que fuera un factor generador de calidad en los servicios de salud, a través de la libre elección
- b. No existe claridad sobre el alcance del APD en el SGSSS, debido a la falta de legislación, lo cual hace imposible determinar cuándo se presenta y las sanciones a que debe tener lugar.

- c. Uno de los principales valores que se consideró lesiona el APD en el SGSSS fue la justicia, tanto con los usuarios, como desde el proveedor hacia el prestador, así como de otros actores de mercados interdependientes, que asumieron una posición de dominio y abusaron de ella.
- d. En segundo lugar se considera que se afectó la dignidad de las personas.
- e. De otra parte se restó legitimidad a las instituciones que no han podido controlar las prácticas abusivas.

Preguntas	Cuadro No 1 Resumen de las respuestas a la entrevistas a líderes de sector salud									
	líder 1	líder 2	líder 3	líder 4	líder 5	líder 6	líder 7	líder 8	líder 9	líder 10
1. Existe en su concepto competencia en el SGSSS? (Entre IPS, ESE o EPS, otros)	No. La competencia regulada por calidad, se convirtió en competencia por precio.	No. La competencia basada en la libre elección no tuvo efecto	No hay porque existen muchos intereses político-económicos	No hay competencia de mercado privado sino un sistema de aseguramiento	No hay vigilancia sobre las tarifas con las cuales las EPS contratan son más contratos de adhesión.	No este es un mercado muy regulado, pero no se interviniere las tarifas.	En el Régimen Subsidiado la competencia es muy limitada. Existe alguna competencia es en los servicios de nivel 2 y 3 que se prestan por evento.	Si La competencia es comercial. La salud deberá haber sido prestado o controlado por el Estado.	No. No se previó en la ley el efecto de la competencia o de su ausencia: en la integración vertical, en la prestación de servicios, en el poder que lograrían las EPS frente a las IPS,	Si. En el sistema de salud sí hay competencia, tanto en el aseguramiento como en la prestación. En la alta complejidad hay concentración de la oferta en los mercados locales. En la baja complejidad hay dispersión de la oferta
2. Que sugiere la figura de abuso de posición dominante en el mercado de salud en Colombia	Se asumió posiciones dominantes gracias a que las disposiciones sobre la competencia que no se cumplieron	La posición dominante se presentó en los medicamentos de alto costo y en los servicios no POS.	Si existe posición dominante, pero no se ha investigado ni demostrado la existencia o el alcance del abuso.	La figura de APD dominante se favoreció porque la autoridad no tuvo el funcionamiento de los principios de la libre elección.	En la contratación con su propia red las EPS abusaron, y en las alianzas de los akadles para contratar	El APD se da cuando prestadores de alta complejidad imponen las tarifas y los hospitales públicos algunas regiones también	El abuso de poder por parte de las EPS se da en la oportunidad en el pago. Las EPS privadas primero pagan a su red y luego a la red pública o a otros operadores.	Hay APD de las universidades cuando limitan la formación de especialistas, de los usuarios con las tutelas y de las direcciones territoriales con los afiliados	Es un termino que no tiene ningún efecto real porque no fue reglamentado ni se han impuesto las sanciones para evitar los excesos de los participantes en el sistema de salud.	Existe APD de pagadores hacia prestadores, también en el sentido opuesto. Esta determinado por la estructura competitiva de cada mercado geográfico. Hay posición monopólica es en algunos medicamentos, dispositivos u otras tecnologías.
3. Qué principios éticos lesiona el APD, en el SGSSS?	La relación de confianza y la Justicia. Se cuenta con un marco legal, pero ingreso en la ilegalidad por la búsqueda de la renta.	Uno de los grandes problemas fue el deterioro de la calidad en el servicio afectando el derecho a la salud y la injusticia	Las deudas de las EPS son injustas para los prestadores y los usuarios lo que afecta la calidad de la atención .	Hasido injusto por la apropiación indebida de recursos y corrupción así como por la negación de servicios incluidos en el POS.	A la SIC le falta conocimiento sobre salud. Las condiciones que se pactan no se cumplen falta respeto por los acuerdos.	Falta control y vigilancia de entidades afectando el funcionamiento de todo el sistema. Falla la capcidad del Estado	El problema ético aparece cuando la vida de una persona depende de un proveedor monopólico que impone sus precios. Afecta la libertad y el derecho a la salud.	A la SIC le falta conocimiento un reglamentación similar para el sector salud y los demás mercados. No se respeto la salud como valor.	Fue injusto por que permitió el abuso de los especialistas y súper usuarios con la tecnología y atención súper especializada. Con los servicios no POS y los cobros por las EPS.	Existen dilemas éticos del mercado y también de la intervención estatal. Las asimetrías de información afectan al usuario, pero también pueden producir ofertas de alto valor .

Capítulo IV

UNA PERSPECTIVA ÉTICO-POLÍTICA DEL ABUSO DE POSICION DOMINANTE

En este capítulo se analizan diferentes posiciones ético-políticas relacionadas con el APD, cuyo soporte son los elementos teóricos de la bioética expuestos en el marco conceptual, así como en los planteamientos expuestos por los líderes entrevistados. Se realiza una evaluación de aspectos como el derecho a la salud visto como un derecho fundamental e irrenunciable acorde con la dignidad humana y responsabilidad del Estado en cumplimiento de su finalidad social¹¹⁷. De igual forma, desde la justicia uno de los principios normativos de la bioética.

1 El derecho a la salud

Abogar por el derecho a la salud como derecho fundamental, es considerado en algunos ámbitos, un principio ético capaz de enfrentar la injusticia y la inequidad en salud (Martínez, 2008), así como la ineficiencia en el mercado de la salud en el SGSSS. Este punto de vista conduce a indagar si el invocar el derecho a la salud en Colombia, permite afrontar el análisis de las prácticas abusivas del sistema y si este precepto es suficiente para combatirlas.

El derecho a la salud en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)¹¹⁸ se concibió como el derecho *a un nivel de vida adecuado* para asegurarle al individuo y a su familia, como miembro de una sociedad, la salud y el bienestar y en particular los medios

¹¹⁷El artículo 366 de la Constitución de Colombia dice: El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

¹¹⁸ El artículo 25 de la DUDH expresa: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*”.

para la subsistencia en términos de alimentación, vivienda, asistencia médica entre otros,¹¹⁹ en un marco de libertad e igualdad en dignidad y derechos¹²⁰.

De otra parte, el concepto de salud expuesto por la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹²¹, la define como “un estado de *completo bienestar físico, mental y social sin distinción de religiones, credos políticos o clases sociales.*” Desde esta perspectiva, la salud va más allá de la atención a la enfermedad, e incluye otros aspectos denominados determinantes de la salud, entendidos como los condicionantes sociales en que viven o laboran las personas y que influyen su salud.

El pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 12 expresa el derecho a la salud como el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental del individuo¹²² y en su desarrollo, lo considera un derecho fundamental e indispensable para que el ser humano pueda vivir dignamente, en función de sus condiciones personales¹²³ y socioeconómicas, así como de las oportunidades que garantiza el Estado para dar respuesta a las demandas de los individuos¹²⁴.

En Colombia, la sentencia T618 de 2000 establece que los *derechos fundamentales* están ligados a la *dignidad humana*, en consideración al individuo como ser humano con derechos, lo que se traduce en un derecho subjetivo, constitutivo del Estado Social de Derecho. La salud, para la Corte Constitucional es “*un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos*” (sentencia T618, 2000, 21) y en esa medida la obligación de protegerla se traduce en políticas públicas acordes con la disponibilidad de recursos.

¹¹⁹ El artículo 22 de la DUDH establece el derecho a la seguridad social y la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de acuerdo con los recursos de cada Estado

¹²⁰ De acuerdo con el artículo 1º de la DUDH

¹²¹ Según congreso del 7 de abril de 1948

¹²² Los Estados deberán tomar medidas dirigidas a la reducción de la morbilidad en niños, el mejoramiento de la salud en el trabajo y el medio ambiente, la prevención y tratamiento de enfermedades y la lucha contra ellas, las condiciones para la asistencia y los servicios médicos.

¹²³ Dentro de las cuales se encuentran los factores genéticos, las propensiones a riesgos, el estilos de vida

¹²⁴ Según lo plantea en el numeral 9 de las Observaciones al PIDESC No 14 del 2000, en la consideración del alcance del derecho a la salud se tiene en cuenta “tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano” (Observaciones al PIDESC No 14 del 2000)

La noción de dignidad frente al derecho a la salud se refiere no solamente a la preservación de la vida, sino a su sustento en un cierto nivel, de manera que facilite las condiciones necesarias para el goce efectivo de los demás derechos fundamentales.

Para Habermas (2010) el concepto de dignidad de la persona, como fundamento moral de los derechos, adquiere fuerza a partir de Kant al concederle al hombre un valor especial y único como ser racional con capacidad para crear y observar leyes morales, un ser autónomo, con un valor per se propio de su naturaleza. El respeto a la dignidad del individuo busca evitar que inclusive el Estado actúe frente a las personas como si fueran medios para alcanzar unos fines, así estos estuvieran dirigidos a salvar la vida de otras personas.

La dignidad humana como concepto normativo esencial e independiente, es el que define los derechos humanos frente a las condiciones de su vulneración y le crea diferentes significados, con la construcción de nuevas generaciones de derechos, que convierten al ser humano en el sustrato moral de todos los derechos fundamentales.

Los derechos civiles agrupados en torno a la seguridad y a la libertad solamente tienen validez para todos los ciudadanos exclusivamente, cuando tienen igualdad de oportunidades para uso de estos derechos, lo que significa, que se complementan con los derechos sociales y culturales (Habermans, 2010, p. 9):

“lo que es constitutivo de un orden democrático legal, a saber: precisamente aquellos derechos que los ciudadanos de una comunidad política deben concederse a sí mismos si son capaces de *respetarse entre sí*, como miembros de una asociación voluntaria entre personas libres e iguales” (Habermans, 2010, p. 10).

Invocar el derecho a la salud en Colombia, no es suficiente para su protección a través de la tutela, sino que debe fundamentarse en la violación a la dignidad humana como principio, además de exhortar el quebrantamiento de un derecho fundamental y el agravio a la dignidad humana¹²⁵.

¹²⁵ Las sentencias T401/92 y T-123/94 exponen frente a la dignidad humana: “*como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia, lo que a menudo sí acaece con los derechos que deben necesariamente coexistir con otros y admiten variadas restricciones*” (sentencia T401/92)

Según la sentencia T760 de 2008, la garantía del derecho a la salud como derecho fundamental, se expresa a través de la garantía al acceso a los servicios de salud, la cual de acuerdo con la Constitución es *“el acceso a los servicios de promoción protección y recuperación de la salud”* (CPC, art.49)

El Estado está obligado a:

“establecer las reglas necesarias para que las diversas instituciones del sector de la salud puedan prestar efectivamente los servicios de salud que las personas necesitan, sea cual sea el sistema establecido” (Sentencia T760, 2008).

En la misma sentencia la Corte Constitucional Colombiana establece que el derecho a la salud queda comprometido en *“aquellas situaciones en las cuales se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales”*.

La desprotección del derecho a la salud se da según la corte constitucional, cuando el Estado deja vacíos o lagunas en la regulación, que se convierten en barreras de acceso a los servicios de salud o cuando se desacata la regulación establecida. El irrespeto del derecho a la salud¹²⁶ se da, cuando existiendo la regulación, ésta se convierte en incentivo para crear obstáculos para el acceso a los servicios de salud.

Desde este enfoque, es claro que el APD se produce cuando el actor con poder de mercado, impone condiciones para la prestación de servicios establecidos por el Estado en el acuerdo social y que en salud esta descrito en el POS, las cuales se manifiestan como una barrera de acceso a los servicios de salud, haciendo necesario acceder a ellos a través de la tutela.

Este proceso ha sido documentado de forma suficiente tanto por la defensoría del pueblo como por la Contraloría General de la Nación y se ha transformado en un paso corriente para obtener la atención en salud, lo que se convierte no solamente en una restricción al derecho a la salud, sino en un agravio a la dignidad humana.

“La dignidad humana exige pues que al hombre, en el proceso vital, se le respeten también su salud y su integridad física y moral, como bienes necesarios para que el acto de vivir sea digno. De ahí que el derecho a la integridad física y moral consiste en el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana de su plenitud y totalidad corpórea y espiritual, con el fin de que su existencia sea conforme a la dignidad personal” (Sentencia T-123/94).

¹²⁶ De acuerdo con la Sentencia T 760 de 2008

En la práctica, el alcance del derecho a la salud para frenar las prácticas abusivas depende no solamente del soporte ético-jurídico existente¹²⁷, sino de los principios inmersos en las políticas regulatorias y en la capacidad del Estado para su implementación—lo que define si son o no reconocidas y respetadas por todos los participantes.

La imposición de condiciones abusivas por las EPS a las IPS —como es el caso de la cartera— para el pago de los servicios prestados, se constituye en un desacato de la legislación, por lo tanto en una omisión de obligaciones constitutivas de derechos y como tal, en el desconocimiento de las instituciones establecidas y del orden social existente. Igualmente estas prácticas repercuten finalmente en la calidad de los servicios de salud y por lo tanto afectan el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales de las personas, como lo estableció la Corte Constitucional.

De acuerdo con los indicadores y los registros de experiencias en Salud, las condiciones de la prestación de servicios de salud en el país han bajado en calidad,¹²⁸ afectando el derecho fundamental e indispensable para que el ser humano pueda vivir dignamente, sin embargo, no han sido suficiente ni los estudios elaborados, ni las manifestaciones de los grupos de presión, así como de las organizaciones ciudadanas para que se dé una intervención real del Estado en el control de las prácticas abusivas, que afectan la calidad en la atención en salud a las personas.

Dadas las características del modelo económico en el que está inscrita la ley 100 de 1993, aun en el caso de que fuera asumida la prestación de los servicios de salud por el Estado, existirán empresas o personas que ocupen una posición dominante en el mercado de los servicios dependientes o interconectados, lo cual no representa un problema como tal, mientras se hayan establecido unos límites a su actuación, a cargo del enfoque regulatorio establecido, para evitar el que se afecte la calidad de los servicios con el APD.

¹²⁷ Se entiende las declaraciones y pactos internacionales así como a la legislación interna

¹²⁸ El IPSS es un indicador diseñado por Beltrán, Garzón, Valbuena, 2013 con base en indicadores de la superintendencia de salud relacionados con la calidad en salud, clasificado en atención al usuario, servicio y prevención de servicios y mide la vulnerabilidad. La estimación de los indicadores arrojó valores entre 0,36 y 0,48 para las 4 ciudades de mayor población, lo que de acuerdo con las clasificaciones se considera bajo, esto significa que son vulnerables al deterioro de la calidad de vida. Concluyendo que la política pública no ha dado respuesta a la calidad de los servicios de salud en la prestación, por las características propias del sistema, centrada más en los actos vitales de las personas y menos en el bienestar general y que el mercado no ha logrado resolver las necesidades en salud. (Beltrán, Garzón, Valbuena, 2013)

2 El APD desde la justicia

De acuerdo con Rueda (2010) la justicia en salud puede considerarse, o bien desde la perspectiva de la justa distribución de los recursos escasos para la atención en salud o bien desde la justa disposición de arreglos sociales necesarios para impedir el deterioro de la salud de los grupos en desventaja. Adicionalmente podría mirarse desde las condiciones de esos acuerdos frente al abuso de poder de los participantes, con el fin de evitar se limite el acceso a la salud en condiciones dignas de todas las personas.

Según este punto de vista, las instituciones sociales -como la constitución, los preceptos económicos y sociales –entre los cuales se encuentra el mercado, y las disposiciones frente a la salud de las personas– son el objeto fundamental de la justicia, en la medida en que ellas “*distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social*” (Rawls, 2006, p. 14).

Las instituciones cuando injustamente benefician a un tipo de grupo más que a otros, no solamente generan desigualdades profundas, sino que obstaculizan su reversión. Para impedir arreglos institucionales que produzcan estos efectos, es un requisito garantizar la participación de todos los afectados en su análisis y formulación a través de procesos deliberativos de amplia participación ciudadana, con una mirada expansiva –para determinar si la gestión de la salud a cargo del Estado, es integral desde la política,– de manera que se evite, la profundización de la injusticia en la estructura de la sociedad. (Rueda, 2010).

La carencia de políticas y la inaplicabilidad de la normatividad existente frente al APD, como en el caso de la cartera de las IPS y la negación de servicios del POS entre otros, a pesar de que se constituyen en una mirada reduccionistas de la problemática¹²⁹ de la salud y

¹²⁹ Los recursos del sistema de salud representan alrededor del 6% del PIB, siendo Colombia el tercer país después de Argentina y Brasil que más porcentaje del PIB invierte en salud. También es Colombia el país de mayor gasto en salud en América Latina frente a los recursos públicos asignados. Sin embargo, el poder de mercado de algunos de los participantes indujo a la apropiación de rentas reduciendo las posibilidades de que las personas pudieran acceder a mejores condiciones de atención en salud, haciendo ineficiente el sistema para satisfacer la demanda ciudadana y disminuyendo la calidad de vida de los trabajadores y sus familias.

por sí sola no pueden explicar la justicia (Rueda , 2010); es claro, que la protección social de los ciudadanos debe ser vista como un objetivo político del Estado, dado que sus directrices pueden constituirse en “injusticia jurídicamente legitimizada” (Rueda, 2003,p.6), cuando se hace uso inadecuado de la función reguladora de las variables¹³⁰ bajo su control. Sus directrices se convierten también en injustas, cuando favorecen la supremacía de quienes ostentan el poder dominante, en el mercado de los servicios de salud.

Una sociedad es considerada ordenada y justa cuando las instituciones más importantes se orientan hacia el equilibrio en la distribución de los bienes primarios¹³¹ que requieren sus miembros (derechos y oportunidades). A partir de allí, las personas adquieren un sentido de justicia, formado dentro del accionar de las instituciones que les representan. La intervención en la ciudad considerado un espacio plural, para el ejercicio ciudadano, faculta a las personas a desarrollar el sentido de la justicia: “*la más perfecta de las excelencias, según Aristóteles*” (Rueda, 2003,14), siendo un requisito para construir otros valores y aumentar la posibilidad de crecimiento como personas. La condición más importante según señala Rueda (2003) que de allí se deriva, es la autodeterminación democrática, de la que proviene la autodeterminación ciudadana, a partir de la consolidación de la voluntad individual y colectiva, representada en un contrato social.

Desde el enfoque neoinstitucionalista, la justicia se relaciona con el cumplimiento de los acuerdos que benefician los intereses de las partes, porque según expone North (2012), el riesgo de que éstos no se observen incrementa los costos de transacción y finalmente se convierten, en ausencia de reglas que coordinen las expectativas entre las partes, en una carga injusta para una de ellas. Se requiere por tanto, de la existencia de un conjunto de normas y de reglas específicas que promueva su cumplimiento, emanadas de unos derechos de propiedad y aplicables por el sistema político-judicial.

¹³⁰ Según estudios de la Contraloría General de la República, en revisiones realizadas para establecer los recursos del 2010 del régimen subsidiado de salud en 74 localidades del país, se encontraron hallazgos fiscales por más de 1 billón de pesos sobre 1,5 billones girados (Solano & Forero, 2012, p. 86)

¹³¹ “los bienes primarios son aquellos bienes básicos y fundamentales que las personas necesitan para elaborar y realizar un plan de vida particular. La teoría de los bienes primarios es, según Rawls, una extensión de la noción de necesidades, las cuales son distintas de las aspiraciones y de los deseos (...). Los bienes primarios necesarios para la garantía de la equidad son, según Rawls: Las libertades básicas (autonomía privada), la libertad de movimiento y de trabajo, la posibilidad de ocupar posiciones de responsabilidad, los ingresos, las bases sociales del autorrespeto. Estos bienes primarios toman, en nuestra Carta política, la forma de derechos fundamentales” (Rueda, 2003, p.18)

La propuesta de North hace alusión a instituciones que en términos de Rawls provengan de sociedades ordenadas y justas, con una orientación formal hacia el cumplimiento de las obligaciones, de las normas y de los preceptos y representadas en acuerdos claros basados en información, que proporcione seguridad en los contratos. Las externalidades negativas y los bienes públicos generan discrepancias entre los costos sociales y los costos privados y es la sociedad quien termina cubriendo las cargas, que sin su consentimiento le imponen determinados grupos o individuos.

El incumplimiento de contratos de negociación, como es el caso de la cartera de las EPS, refleja un desbalance de poder entre quienes establecen barreras de acceso a un bien determinado –imponiendo condiciones de tipo monopolista, que, según North (2012) obstruyen el flujo económico de la información– y de quienes demandan este tipo de bienes.

Fue así como el abuso de poder de algunos actores del sistema, en su búsqueda de rentas, según lo expuesto por algunos líderes, incrementó¹³² los costos de las negociaciones de las EPS con los proveedores, convirtiéndose en cargas que injustamente les fueron impuestas. La apropiación de las rentas públicas [rent-seeking] es injusta porque afecta el excedente social y exhortan a los agentes privados a rentarse mediante el control de los bienes colectivos, conformando lo que Evans denomina los “Estados predatorios” (Evans, 1996, p. 533)

Para el buen funcionamiento de las relaciones de intercambio, considera Evans (1996) es necesario, el desarrollo de un sistema de instituciones, cimentado en aspectos culturales con un arraigo profundo en la sociedad, basados en la confianza y en la comprensión de los elementos no estipulados del contrato (Evans, 1996).

Se considera por lo tanto que, traspasar los límites de la confianza y la buena fe en los contratos, y quebrantar el principio de libertad para establecer las cláusulas con que debe

¹³² Algunos líderes estimaron en más del 20% ,el incremento en los costos de negociación, representados en agilización de los pagos por el prestador, incluyendo comisiones para buscar la prioridad en los pagos, intereses de mora, la revisión y reclamo por las glosas, la gestión de los pagos y contratos que contempla los costos administrativos y de tramitación y los jurídico-legales. Adicionalmente, no se han estimado costos de la doble afiliación, del incumplimiento en los contratos, los recobros, las ganancias reales de las administradoras y la integración vertical.

regirse, además del respeto a los acuerdos, no solamente es un problema de orden jurídico sino de gobernanza y de legitimidad de las instituciones, por lo tanto de injusticia estructural que proviene de la políticas permisivas del Estado, que va destruyendo los valores de la sociedad¹³³. Una concepción de la justicia, tiene que ver con las acciones gubernamentales en cuanto a la elección de políticas y orientación de las instituciones, con el fin de disminuir o eliminar las condiciones que se consideran injustas para los grupos sociales.

¹³³ Se puede ver por los últimos acontecimientos en el país, como el ejercicio de la justicia ha sido evadida, creando formas para evitar a través de la tutela y de la recusación quebrantando en muchos casos la fortaleza de las instituciones.

Capítulo V

CONCLUSIONES

El abuso es un concepto censurado y penalizado por la legislación de la mayoría de países, porque vulnera valores y principios de la sociedad. En la normatividad colombiana no se encuentra una explicación precisa sobre la noción de abuso, ni sobre los alcances de la expresión.

El término se emplea para señalar eventos contrarios a la ley o a la moral a patrones de fuerza o con el poder o control, sobre individuos o colectividades. Los actos abusivos se transforman en ilícitos porque afectan el respeto al interés de los demás, los caracterizan la apariencia de licitud y legitimidad en su comportamiento.

En Colombia a partir de la Constitución del 91, se declaró como sistema económico para el país, la economía de mercado y dispuso que deberían sancionarse o restringirse las diferentes formas de abuso, dentro de las cuales el APD. Este acto es considerado contrario a la libertad económica, porque afecta valores que deberían regir las relaciones de intercambio, actuando en detrimento de los participantes en desventaja. Igualmente estableció: la competencia como un derecho constitucional de carácter económico o de interés colectivo, la libertad en la actividad económica y en la iniciativa privada; y asigno al Estado el papel de garante, para evitar cualquier forma de abuso, que personas o empresas hicieran de su posición dominante en el mercado nacional.

La competencia se consideró un factor importante en el logro de la eficiencia económica, que impide se centralice el poder de los participantes, porque ofrece la posibilidad a los diferentes grupos o personas de participar en el intercambio en iguales condiciones, lo cual se considera, contribuye a elevar la calidad de los bienes o servicios transados en el mercado.

Los mercados funcionan por el sistema de precios que es información sobre los bienes y servicios transados, la cual permite servir de guía a oferentes y demandantes para obtener las mejores condiciones; sin embargo, el mercado de algunos bienes y servicios presenta

fallas. El Estado en estos casos, entra a regular las deficiencias y las acciones que afectan el desempeño económico, con el fin de amortiguar sus efectos a través de la política pública.

El APD está contemplado en la legislación Colombiana, como una práctica a ser sancionada, se considera como la posibilidad de determinar las condiciones de un mercado, una posición de fortaleza económica asumida por una persona, empresa, - o grupo de empresas- para impedir la competencia, por lo que puede actuar independientemente de sus competidores, proveedores y de sus consumidores. También se presenta en la relación contractual con las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, o con la imposición de condiciones en la ejecución, finalización o renovación sin causa. Es un ejercicio anticompetitivo que restringe las libertades económicas y sociales. La mayoría de la legislación de los países sanciona las prácticas anticompetitivas o comportamientos desleales que lesionen derechos económicos legítimos.

El neoliberalismo a mediados del siglo pasado propendió por la flexibilidad y globalización del mercado, la derogación de las protecciones a la importación de bienes y servicios principalmente, el achicamiento del Estado así como intervención privada en la oferta de bienes y servicios sociales. Se orientó especialmente hacia la eliminación de las barreras a la libre competencia, convirtiéndose en las semillas para la promoción de las reformas a las cartas constitucionales y a los sistemas de salud en América Latina.

La reforma del sistema de salud en Colombia a través de la ley 100 de 1993 creó el SGSSS, con el fin de regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población, de acuerdo con lineamientos del Banco Mundial y la Constitución del 91. El Sistema separó los afiliados contribuyentes de los subsidiados por el Estado, responsabilizando la administración y aseguramiento a las EPS, constituyéndose así en un sub sistema de financiamiento y uno regulatorio.

Se hizo explícita la prohibición de APD a los prestadores de servicios de salud y a través de la normatividad reglamentaria de la Ley, se fijaron los parámetros para definir el mercado de los servicios de salud, garantizando la libre competencia a todos los

participantes. A la SNS se le asignaron dentro de las funciones de inspección vigilancia y control para evitar que se produzca el abuso de la posición dominante, incluidas las tarifas y los mecanismos de contratación.

En la reglamentación se estableció también la prohibición de actividades restrictivas a la competencia, aplicable a todos los actores del sistema, incluidas las EPS, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales y a todas las personas naturales o jurídicas que participen en el mercado de los servicios de salud. Se establecieron las conductas que se constituyen como APD en el mercado de los servicios de salud, dentro de las cuales se encuentran las que restringen la competencia y las discriminatorias de afiliados o proveedores, que los coloquen en desventaja frente a otros en condiciones similares, como es el caso de las acciones de las EPS frente a las IPS que puedan favorecer a la instituciones de su propiedad, frente a las contratadas externamente.

Para ejemplificar el APD, se seleccionaron a las EPS por el fuerte poder de mercado que les fue asignado, en relación con los demás actores; a través de dos eventos i) de una parte las tutelas interpuestas debido a la negación de servicios. Entre mayo y diciembre de 2012 según la Superintendencia Nacional de Salud, las EPS negaron la prestación de 185.477 el 52.4% de correspondieron a medicamentos. El caso más incuestionable, son los servicios requeridos por los pacientes con cáncer negados de forma sistemática por algunas EPS. Aún a pacientes en fase terminal, como son los cuidados paliativos incluidos en la ley 1384 de 2010, haciendo necesario invocar la figura de medida provisional, para poder acceder ellos, lesionando la justicia y la dignidad humana.; ii) la cartera con las IPS la cual ascendió en el 2013 a \$14.4 billones, lo cual ha llevado a la quiebra a varias instituciones y a encarecer los costos de transacción por el incremento en los trámites para gestionar los pagos y en la disminución de sus ingresos de operación.

El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) está depurando las deudas de la reales desde hace más de un año porque no encontró coincidencias en las cifras, pero la propuesta que les hizo a las IPS ha conduce a que el sistema condone la deuda de las EPS y que las IPS asuman una gran parte de la pérdida.

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) es la entidad encargada de vigilancia de la competencia y de sancionar las conductas restrictivas, dentro de ellas el abuso de posición dominante en el mercado. En la explicación solicitada por derecho de petición sobre el alcance del concepto de APD y las sanciones aplicadas hasta la fecha, expresa que para la estimación del APD se requiere del estudio del mercado relevante y de indicadores técnicos, para determinar la concentración del mercado, adicionalmente responde que no se ha adelantado hasta la fecha ninguna investigación sobre APD en el sector salud.

Los métodos expuestos por la SIC son uniformes para todos los sectores lo que se constituye en una barrera técnica, que impide conocer a fondo la verdadera situación del mercado de los servicios de salud y realizar las indagaciones a las que están obligados. Este hecho no exime al MSPS de la responsabilidad de proporcionar los estudios competentes sobre el mercado de los servicios de salud, para el ajuste de la normatividad, que permita desmontar las conductas discriminatorias, vigile las negociaciones y condiciones incumplidas, y haga explícitas las conductas a sancionar aplicando las correcciones que sean necesarias.

En entrevistas realizadas dentro del marco de esta investigación, algunos líderes del sector salud expresaron su opinión sobre el APD a partir de su experiencia y conocimiento, quienes en general manifestaron sobre los problemas del SGSSS generados por dificultades en la regulación, las limitaciones en la competencia a partir del diseño de la ley y su aplicación, lo que no permitió que estimulara la disminución de la calidad de los servicios de salud.

Consideraron que no solamente las EPS abusaron de su posición dominante, sino los usuarios con la tutela para costosos tratamientos, las IPS en los municipios más apartados, las sociedades científicas al evitar el aumento de algunas especialidades indispensables, buscando elevar el costo de los servicios que prestan, los especialistas en general al imponer tarifas en los sitios más apartados que tienen poca oferta, colocando condiciones excesivas en la contratación. La industria farmacéutica y de equipos de alta tecnología especialmente abusaron, porque fueron en la búsqueda de la renta, respaldados en los vacíos dejados por la ley 100.

Se han realizado abundantes estudios sobre la crisis de la salud desde diferentes enfoques a partir de la ley 100 de 1993 inclusive desde la ética, pero no se encontraron herramientas suficientes para abordar los problemas morales que se enfrentan, en la implementación de las políticas públicas regulatorias y frente al abuso en el ejercicio de algunos derechos de los participantes en el mercado de los servicios de salud dentro del SGSSS.

El derecho a la salud como derecho fundamental es considerado por algunos grupos un principio ético suficiente para enfrentar la injusticia y la inequidad en salud, pero hay interrogantes sobre su capacidad para afrontar el análisis de las fallas del mercado en el SGSSS, por lo tanto, las prácticas abusivas del Sistema que permitan limitarlas y reflexionar sobre ellas en la búsqueda de soluciones.

Los derechos fundamentales están ligados a la dignidad humana, en consideración al individuo como ser humano con derechos, por lo que la salud como derecho fundamental debe ser garantizada a todos los seres humanos que son igualmente dignos. Esta noción con respecto al derecho a la salud, se refiere no solamente a la preservación de la vida, sino a su sustento en un cierto nivel, de manera que facilite las condiciones necesarias para el goce efectivo de los demás derechos fundamentales.

La desprotección del derecho a la salud se da, cuando el Estado deja vacíos o lagunas en la regulación, que se convierten en barreras de acceso a los servicios de salud o cuando se desacata la regulación establecida.

El alcance del derecho a la salud para frenar las prácticas abusivas depende no solamente de la legislación, sino de los principios regulatorios y la capacidad del Estado para implementarlos así como del respeto y acatamiento de ellos por los ciudadanos. Estas prácticas afectan la calidad de los servicios de salud y por lo tanto el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales de las personas, menoscabando el derecho fundamental necesario, para que el ser humano pueda vivir dignamente.

La imposición de condiciones abusivas por las EPS a las IPS –como es el caso de la cartera– para el pago de los servicios prestados, se constituye en un desacato de la legislación, por lo tanto en una omisión de obligaciones constitutivas de derechos y como tal, en el desconocimiento de las instituciones establecidas y del orden social existente.

El modelo de economía de mercado en el que está inscrita la ley 100 de 1993, genera de cualquier manera posición dominante, aun en servicios prestados directamente por el Estado. Por lo que se hace necesario establecer los límites de actuación de los participantes, y definir un sistema regulatorio que permita evitar el APD.

La competencia como sustento de la libre elección, ha sido defendida desde la ética y la moral como manifestación de la libertad individual y social para elegir, participar o dejar de hacerlo, en una actividad económica lícita, y al ser una potencialidad de los agentes económicos, estos tienen derecho a iguales oportunidades de participación en la oferta de bienes y servicios demandados por el mercado, a no ser discriminados y a que no se les impongan condiciones que lesionen sus intereses, así como a tener unas condiciones justas en el marco de un contrato social, dadas unas dotaciones similares.

La restricción de la competencia para algunos autores, es considerada más perjudicial que la competencia porque cercena la confianza, la previsión y la libertad de elección. La regulación del mercado y de la competencia frente a la libre elección, debería armonizar los intereses individuales y los colectivos, así como las necesidades presentes y futuras de la sociedad y fijar los límites al ejercicio abusivo de la libertad individual.

La justicia en salud puede verse desde la distribución justa de los recursos y desde la disposición justa de los acuerdos sociales, para darle acceso a la salud a los grupos en desventaja, evitando el abuso de poder de los participantes en los acuerdos. Esta condición permite que se mantengan las condiciones pactadas, impidiendo arreglos institucionales injustos que generen desigualdades irreversibles. Para esto, se hace necesario también de procesos deliberativos de participación ciudadana, que busquen impedir la profundización de la injusticia en la estructura de la sociedad.

La protección social de los ciudadanos debe ser vista como un objetivo del Estado, porque la omisión de las políticas reguladoras se constituyen en injusticia legitimada desde la propia legislación, lo es también la ausencia de límites al predominio inequitativo e injusto de los grupos que ostentan poder dominante en el mercado de los servicios de salud.

Desde el neoinstitucionalismo, se considera que frente al APD, se debe actuar para el cumplimiento de los acuerdos que benefician los intereses de las partes, cuando estos no se

observan, se incrementan los costos de transacción y se convierten, en una carga injusta para una de ellas, por tanto se requiere de normas y de reglas aplicables, procedentes de los derechos de propiedad, que promueva su cumplimiento.

De igual forma, es necesario fortalecer los organismos regulatorios, con herramientas técnico-políticas, para desde allí monitorear las acciones de los actores del sistema de salud, frente al APD. Establecer el control ciudadano, sobre las prácticas abusivas en el sistema de salud y principalmente en el diseño del nuevo sistema, producto de la reforma que el gobierno nacional está por definir.

Finalmente diferentes líneas de abordaje del APD planteadas no son miradas que agoten el tema, sino que son apenas el comienzo de un proceso deliberativo que permitirá participar con propuestas en la reforma al sistema hacia el futuro.

Se considera que este tema debería ser debatido desde la ética, el derecho y la economía, porque permitirían de una parte establecer un control jurídico para examinar las competencias de los organismos de regulación del sistema de salud y desde el análisis del valor y costos del APD. Es especialmente importante determinar si la SIC tiene capacidad técnica y política para ejercer el control y vigilancia del proceso, en sus manos desde hace más de veinte años.

Bibliografía

- Alonso G. (2008). *Elementos para el análisis de las capacidades estatales. Capacidades estatales, institucionales y política estatal*. Prometeo editorial. Argentina
- Arboleda J. (2000). *Equidad y asignación de recursos: Donde la ética y la justicia social se interceptan. Bioética y cuidado de la salud. Equidad, Calidad, Derechos*. Organización Panamericana de la Salud. Organización Mundial de la Salud. Santiago, Chile.
- Archila E. (2006). *Apuntes sobre Posición dominante en servicios públicos domiciliarios. Revista regulación de agua potable y saneamiento básico. Órgano de información técnica de la comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico –CRA–No 10*. Imprenta Nacional. Colombia
- Archila M. (2001). *Los precios predatorios: Una forma de abuso de posición dominante*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá D.C.
- Bastidas y Cancino. (2006). *Keynes y el Estado benefactor*. Recuperado [en línea] noviembre 7 de 2013 de <http://crisis29keynespctp.blogspot.com/>
- Beltrán Y., Garzón I., Valbuena P. (2013). Estimación del indicador de prestación del servicio de salud en Colombia (2007-2010); una base para la discusión sobre calidad de vida. En: *Cuadernos Latinoamericanos de Administración*. V. IX, N.16, 2013, pp. 79-100, recuperado en línea marzo 5 de 2014 de: http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/cuadernos_latinoamericanos_administracion/volumenIX_numero16_2013/indicadores_salud.pdf
- Castañeda, C.; Fonseca, M. Núñez, J. Ramírez, J. & Zapata, J. (2012). *La Sostenibilidad Financiera del Sistema de Salud Colombiano. -Dinámica del gasto y principales retos de cara al futuro-* Consultado en línea en septiembre 24 de 2013 <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/La-sostenibilidad-financiera-del-Sistema-de-Salud-Colombiano-Libro-Sura-Final-20121.pdf>
- Clavijo S. (2013) *La reforma al sistema de salud en Colombia*. ANDI. 20° Foro Farmacéutico. 20 años hablando de la salud en Colombia. Junio 5-7 de 2013. Cartagena Colombia
- Contreras J. (2008). La tutela como manifestación de algunas fallas del mercado y de gobierno en el sistema general de seguridad social en salud de Colombia que comprometen la eficiencia y la equidad del mismo. *Revista de Derecho y Economía*. N. 25, pp 37-55. Bogotá, Colombia.
- Commons J. (2003) Economía Institucional. *Revista economía Institucional*, V.5 N. 8 Primer semestre. Bogotá, Colombia.

Cortés S. (2009). *El Estado, la constitución y la economía de mercado*. *Revista virtual, camino del hallazgo y del juicio*. Recuperado en línea marzo 21 de 2012 <http://viei.usta.edu.co/articulos/edi9/04-Sonia-Patricia-Cortez-Zambrano>

Dávalos P. (2008). *Neoliberalismo político y Estado social de Derecho*. Documento sin publicar consulta Junio 18 de 2012.

Defensoría del pueblo (2009). *La Tutela y el derecho a la salud periodo 2006-2008*.

Di Filippo A (2012). Ética y economía en el capitalismo. Consultado en línea en Diciembre 12 de 2013. http://rio20.net/wp-content/uploads/2012/10/HACIA_OTRAS_ECONOMIAS.pdf.

DRAE (2001). *Diccionario de la lengua española*. Edición 22. ^a

Economía Colombiana. (2012) Contraloría General de la Republica. El sistema de Salud inmensamente rico en su miseria. En: Revista No 336.

Escartin E. Historia del Pensamiento Económico. Tema 25 en Walras y el equilibrio general. Consultado en línea en enero 16 de 2015. <http://personal.us.es/escartin/>

Esguerra R. (16 diciembre 2013) Deuda Escalofriante. El espectador. Com. Consultado en línea 16 de mayo de 2014 en <http://www.elespectador.com/opinion/deuda-escalofriante-columna-464336>

Evans P. (1996). El estado como problema y como solución. En: *Desarrollo Económico Revista de Ciencias Sociales*, V. 35, N. 140, pp. 529-562.

Fotopoulos T. (2002) *Hacia una democracia inclusiva*. Editorial Nordan comunidad. Montevideo.

Garzón F. (2010). Bioética médica y Biojurídica. En: *Revista Latinoamericana de Bioética* No 1 V. 10. Bogotá.

Gaviria A. (2013). Gasto en salud. Blog. Consulta en línea Abril 16 de 2014 en <http://agaviria.blogspot.com/2013/12/gasto-en-salud.html>.

Gobanoff Y., Uribe E., Torres S., Contreras N. (julio 2006). La incertidumbre del entorno en que trabaja la cadena de prestación de servicios de salud. *Revista Gerencia y Políticas de Salud* N° 10.

González J. (2003). *Economía y Ética*. Ensayos en memoria de Jesús Antonio Bejarano. Universidad Externado de Colombia.

González J. (2007) El pensamiento económico y legal de Freidrich A. Hayek. Recuperado [en línea] <http://ceterisparibus.uprm.edu/articulos/vol6/Pdf/DrGonzalezTaboada.pdf>

Habermas J. (1998) *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? Escritos sobre moralidad y eticidad*. Ediciones Paidós. Barcelona.

Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. En: *Diánoia, volumen LV, número 64, pp. 3–25*. Consulta en línea junio 25 de 2014 en. http://dianoia.filosoficas.unam.mx/files/7513/5846/7650/DIA64_Habermas.pdf

Hess E., Emiliozzi E., Zárate J. (2010) *La naturaleza jurídica del abuso del derecho*. Universidad Nacional del Centro. Consulta en línea Junio 25 de 2014 en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1217/1486>

Jara M. I. (2009), Dilemas en las decisiones en la atención en salud: ética, derechos y deberes constitucionales frente a la rentabilidad financiera. En: *Revista Gerencia y Políticas de Salud*. 8 (17), pp. 187-190, junio-diciembre.

Knigh F. (2002) La ética de la competencia. En: *Revista de economía institucional*, V.4, N. 7, segundo semestre, pp.133-164

Lévinas, E. (2006). Ética como filosofía primera. *A Parte Rei: revista de filosofía*, (43), 1.

Lolas F. (2000). *Introducción hacia una Bioética para América latina y el caribe. La Construcción disciplinaria: Teoría y circunstancia. Bioética y cuidado de la salud. Equidad, Calidad, Derechos*. Programa Regional de Bioética. OPS/OMS. LOM Ediciones.

Lozano J. (2003). *Ética, instituciones y economía: el rompecabezas de Bejarano. Economía y Ética. Ensayos en memoria de Jesús Antonio Bejarano*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

Londoño J. (2001). Eras en la Protección Social Latinoamericana. En: *Seminario “La Teoría del Desarrollo en los albores del siglo XXI”*. Santiago de Chile, 29 de agosto.

Marshall A. (1931). *Principios de Economía un tratado de introducción*. Editorial Aguilar. Madrid.

Martínez F. (2008). ¿Derecho a la salud o equidad en Salud? *Revista Salud Colombia*. Diciembre. Consulta en línea Febrero 14 de 2013 en: <http://www.saludcolombia.com/actual/saludperman/colaboradores.htm>

Merlano C. (2011). Porqué se limita la integración vertical en el sector salud en Colombia. En: *Revista Gerencia y Políticas de Salud*. V. 10. N. 20. pp. 170-179

Miranda, E., & Paredes Molina, R. (1997). *Competencia, integración vertical y rendimiento en los servicios de salud públicos y privados de Chile*. Inter-American Development Bank. Washinton.

Miranda A. (2011) *Origen y evolución del derecho a la competencia en Colombia*. En: Rev. Derecho Competencia. V. 6 N. 6, pp.65-148, enero-diciembre.

Molina G, Vargas J, Berrío A, Muñoz D. (2010). Características de la contratación entre aseguradores y prestadores de servicios de salud, Medellín, 2007-2008. En: *Revista Gerencia y Políticas en Salud, Bogotá* (Colombia), V.9 N.18 pp. 103-115, enero-junio

Molina G. (2010). Atención Materna en un ambiente de mercado de servicios de salud. Medellín, 2008-2009. En: Rev. *Gerencia y Políticas de Salud*, Bogotá: Editorial Javeriana, V.9, N.19, pp. 108-123, julio-diciembre

North D. (2012) *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México:Fondo de cultura económico

OCDE, BID (2009) Derecho y política de la competencia en Colombia. Examen Inter-pares. Recuperado en línea: 5 de marzo de 2012. <http://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>

Olson, M. (1985) *La lógica de la acción colectiva. Auge y decadencia de las naciones*. Barcelona: Ariel

Palombella G. (2006). El abuso del derecho, del poder y del Rule of Law. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 33-57

Páez P., Silva J. (2010) Las teorías de la Regulación y Privatización de los Servicios Públicos. En: Revista Administración & Desarrollo. V.52, N 38, enero/diciembre.

Paradinas J. (2004).*La economía como ciencia: Adam Smith. La Ciencia Europea Desde 1650 Hasta 1800. Actas Años XIII y XIV* Edita: Consejería De Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias Dirección General de Ordenación e Innovación Educativa, España.

Piedrahita C. (2012) Estructura y regulación del sector salud: una perspectiva económica. En: *Revista CES* V. 3 N. 1 Enero-Junio

Polanyi, K. (1977) "La falacia económica" En: *Textos Selectos de EUMEDNET*. Recuperada en línea noviembre 10 de 2011. <http://www.eumed.net/textos/07/polanyi-falacia.htm>

Pugliese A. (2010). Alfred Marshall, neoclásico y marginalista Un ícono de la economía británica. Economía y empleo. Recuperada en línea: marzo 24 de 2013

http://suite101.net/article/albert-marshall-neoclasico-y-marginalista-a11801_consulta_junio_2013.

Rawls J, 2002 *La Justicia como Equidad. Una reformulación*. ISBN: 9788449312311 PAIDOS IBERICA. Barcelona

Rawls J, 2006. *La teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Rengifo G. E. (2004). *El abuso del derecho. Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ed.

Resico M.F. (2007) *Los Fundamentos de la Economía de Mercado en el Pensamiento de W. Röpke*. Tesis Doctoral. Universidad Católica Argentina. Programa de Doctorado en Economía

Robledo J. (2012). El verdadero Ministerio de salud es el “Cartel de las EPS”. En: *Economía Colombiana*. Contraloría General de la República N. 336.pp. 35-46

Rueda E. (2003) *Ciudadanía, democracia y participación Herramientas para la promoción del control ciudadano*, ISBN: 958-33-4350-0, Vol., pp: 1 – 35 Recuperada en línea: enero 29 de 2013. https://www.academia.edu/4057088/Ciudadania_Democracia_y_Participacion

Rueda E. (2010). Ética pública e injusticia estructural en salud. En: *Rev. Gerencia Política Salud*, Bogotá (Colombia), V.9 N.18, pp. 5-10, enero-junio.

Ruiz F. (2013) *Mercados y sistema de salud en Colombia. Desarrollo regulatorio y senda de ajuste*. Colombia. FESCOL. Policy paper 8.

Schramm, F., Kottow, M (2001). Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas. En: *Cad. Saúde Pública*. Recuperado en línea Diciembre 12 de 2012. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2001000400029>. V.17, N.4, pp. 949-956.

Sen A. 2008. *Sobre ética y economía*. Madrid: Alianza Universidad

Siurama C. (2010). Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural. En: *Veritas* N. 22 pp.121-157

Solanes M. (1999). *Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas del mercado*. CEPAL. ECLAC. División de Recursos Naturales e Infraestructura.

Superintendencia Nacional de Salud. *Informe Junio 2013*

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Septiembre 2012. *Informe de Rendición de Cuentas a la Ciudadanía*. Julio 2011/Junio 2012.

Vega R. 2002. *Dilemas éticos contemporáneos en salud, el caso Colombiano desde la perspectiva de la Justicia Social*. En: Rev. Gerencia y Políticas de Salud. Septiembre. V. 1 fasc.2. pp. 49-65

Vallenas, J (1999) Ensayo sobre el derecho de mercado. Justiniano.com. Puno. Recuperado en línea Julio 18 de 2012. http://www.justiniano.com/revista_doctrina/peru3.htm

Viesca C. (2007), Bioética conceptos y métodos, Diálogos de Bioética. Recuperado en línea Julio 18 de 2012. www.dialogos.unam.mx

Yepes F., Sánchez L. (2000). La reforma del sector de la salud en Colombia: ¿un modelo de competencia regulada? En: Revista Panamericana de Salud Pública, V. 8 N.1-2. Jul/Agosto. Recuperado en línea: 16 de enero de 2014 <http://dx.doi.org/10.1590/S1020-49892000000700022>.

Anexos

Anexo 1.

DIFERENTES FORMAS DE ABUSO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

-Las diferentes formas de abuso, penalizadas¹³⁴ por la legislación Colombiana son: el abuso de confianza¹³⁵, el abuso de confianza calificado¹³⁶, el “abuso de condiciones de inferioridad”¹³⁷; el abuso de autoridad¹³⁸; el abuso de autoridad por omisión de denuncia¹³⁹, y el abuso de funciones públicas¹⁴⁰.

-En la legislación civil no se evidencia ninguna norma que condene el abuso.

-En la legislación comercial, se sanciona al abuso o negligencia de un administrador nombrado¹⁴¹ y *al abuso del derecho*¹⁴².

-En la legislación laboral no se establecen normas específicas de sanción del abuso.

-En el estatuto del consumidor, se instituye la especial protección, de *las cláusulas abusivas*, que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor¹⁴³. Existe una legislación más específica contenida en leyes, decretos y otras normas, que reglamentan y desarrollan estos grandes conceptos.

¹³⁴ Artículo 58 del Código penal colombiano, se establece como circunstancias de mayor punibilidad, “Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, **con abuso** de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar (...)”

¹³⁵ Artículo 249 del CP es tipificado como la apropiación de bienes confiados sin tener dominio sobre ellos, en provecho suyo o de un tercero.

¹³⁶ Artículo 250 del CP, se configura cuando se apropia de bienes, en funciones confiadas por autoridad pública referentes al estado o pertenecientes a asociaciones benéficas o de utilidad común

¹³⁷ Artículo 250 del CP se refiere al hecho de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, abusando de la necesidad, o de condiciones de inferioridad de otros

¹³⁸ Artículo 416 del CP, se refiere al servidor público, que se excede en el ejercicio de sus funciones

¹³⁹ Artículo 417 del CP cuando se tiene conocimiento o de la comisión de una conducta punible y no se adelanta la averiguación, ni se dé cuenta a la autoridad

¹⁴⁰ cuando un servidor público abusando de su cargo, realice funciones públicas diversas de las que legalmente le corresponden.

¹⁴¹ Artículo 315 del código de comercio. de forma condicional, mediante la cual una persona abusa de sus facultades o es negligente cuando administra una sociedad

¹⁴² Artículo 830 del código de comercio. Se establece que cuando se abusa del derecho, es considerado como una causa de indemnización de los perjuicios causados.

¹⁴³ Artículo 42 del estatuto del consumidor

Anexo 2

LEGISLACIÓN SOBRE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Artículo 133. Abuso de la posición dominante. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;

133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito;

133.3. Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario;

133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

133.5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto;

133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede;

133.7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;

133.8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;

133.9. Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance;

133.10. Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables compondores las controversias que surjan entre ellos;

133.11. Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias;

133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;

133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;

133.14. Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que:

a) Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y

b) Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;

133.15. Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta Ley autorice lo contrario;

133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:

a) Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o

b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o

c) Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;

133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;

133.18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe;

133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por mas de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.

133.20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año;

133.21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión;

133.22. Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato;

133.23. Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros;

133.24. Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual;

133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa;

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta Ley.