

26

nacional de identidad N° 14.673.879-6; **21) Gregorio Cenitagoya Dutra**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 3.935.798-4; **22) Patricio Cereceda Valenzuela**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.840.804-0; **23) Patricio Chacón Poblete**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.465.610-4; **24) Alejo Chávez Aravena**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 8.481.719-8; **25) Rodrigo Coloma Espinoza**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 12.526.005-5; **26) Jaime Contreras Tenenbaum**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.809.572-5; **27) Patricio Cortés De La Piedra**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 10.969.799-0; **28) Mauricio Cortés Vera**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 12.615.670-7; **29) Mario Da Venezia Retamales**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 5.226.591-6; **30) Jorge D'Álborá Padovani**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 4.925.445-8; **31) Pedro Del Real Cabrera**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 5.741.991-1; **32) Ricardo Ellwanger Grollmus**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 8.224.278-3; **33) María Elton Torrejón**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 9.909.703-5; **34) Ignacio Escobar Opazo**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 5.732.227-6; **35) Francisco Espinosa Rodríguez**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 10.027.793-K; **36) Mario Estrella Reyes**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 14.756.328-0; **37) Carlos Farías Ferdmann**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 4.820.391-4; **38) Jaime Fernández Vitar**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 5.055.080-K; **39) José Figueroa Barreiro**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 14.689.537-9; **40) Jaime Fischer Bonhomme**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 5.224.988-0; **41) Eduardo Focacci Reyes**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.910.743-5; **42) Patricio Gallardo Manríquez**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 8.302.415-1; **43) Ramón García Gómez**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.040.943-9; **44) Raúl Garrido Frigolett**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 4.783.279-9; **45) Fernando Germain Peirano**,

de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 5.111.901-0; **46) Cristian González Collao**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 10.656.913-4; **47) Julio González Pardo**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 3.401.749-2; **48) Jaime Guzmán Jara**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 4.618.883-7; **49) Juan Harire Traverso**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 14.283.098-1; **50) Luis Heidke Leiva**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 4.428.797-8; **51) Pedro Hernández Valenzuela**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 5.431.757-3; **52) José Hola Bustamante**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 14.375.776-5; **53) Alejandro Kotlik Aguilera**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 9.036.582-7; **54) Eduardo Labarca Mellado**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.031.589-2; **55) David Lagos Donoso**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.224.084-9; **56) Glyn Llewelyn Rubilar**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 8.754.104-5; **57) Adriana Lobos Martínez**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.883.279-9; **58) Claudio Mac Lean Allendes**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.530.600-8; **59) Aldo Madariaga Albornoz**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.770.913-6; **60) Rodrigo Maluje Juri**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 13.234.462-0; **61) René Martínez Barros**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 5.041.447-7; **62) José Martínez González**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 13.225.439-7; **63) Sergio Matus Valenzuela**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 8.015.455-0; **64) José Mena Del Valle**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.968.450-3; **65) Miguel Menares García**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 10.273.971-K; **66) Otto Meyer Lucero**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 14.644.484-9; **67) Roberto Meza Lagos**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 5.377.222-6; **68) Sandra Montedónico Rimassa**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 10.634.850-2; **69) Juan Muñoz Contreras**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 8.583.370-7; **70) Víctor Nazer Acuña**, de profesión

528
✓

médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 5.556.475-2; **71) Manuel Novajas Balboa**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 10.238.253-6; **72) Ricardo Núñez Monar**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 14.638.312-2; **73) Juan Ochoa Villalobos**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.100.292-8; **74) Manuel Olgúin Campos**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 10.128.020-9; **75) Manuel Órdenes Vilches**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.580.963-K; **76) Álvaro Orrego Díaz**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 9.582.218-5; **77) Marcelo Ortiz Calderón**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.364.279-7; **78) Raúl Oyarce López**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.810.607-7; **79) Guillermo Pardo Novoa**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.834.365-8; **80) Carlos Pizarro Sule**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.705.760-0; **81) Patricio Quijada Paredes**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 9.176.507-1; **82) Hugo Reyes Farías**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.309.741-1; **83) Carlos Rivera Prat**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 8.473.225-7; **84) Jorge Rojas Canala**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 4.340.540-3; **85) Cristian Rossat Arriagada**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 9.082.668-9; **86) Eduardo Ruiz O' Reilly**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.155.128-8; **87) Leonardo Rusowsky Kisiliuk**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 4.384.208-0; **88) Carlos Schlack Vargas**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 11.261.361-7; **89) Ricardo Shinya Komatsubara**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 3.824.208-3; **90) Alfredo Silva Lobos**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.446.223-5; **91) Verónica Silva Orrego**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.760.810-0; **92) Sergio Silva Ouvrieu**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 3.175.563-8; **93) Juan Silva Salinas**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 11.621.989-1; **94) Juan Solano Valencia**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.109.772-2; **95) Luis Teichelmann Shuttleton**, de profesión médico cirujano,

529

cédula nacional de identidad N° 6.266.207-7; **96) José Torres Spreng**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.117.176-2; **97) Sergio Valderrama Torrealba**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.275.126-4; **98) Marcia Valenzuela Díaz**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 12.713.640-8; **99) Rodrigo Vargas Marín**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.398.585-4; **100) Marcelo Vásquez Rodríguez**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 13.225.398-6; **101) Jorge Velarde Gaggero**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.052.512-7; **102) Sergio Venezian Arrieta**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.461.304-9; **103) María Vent Castillo**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 8.048.510-7; **104) Andrés Vera Peralta**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.806.791-8; **105) Humberto Verdugo Berrios**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 4.388.543-K; **106) Juan Villarroel Durán**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 8.093.479-3; **107) Patricio Weitz Bravo**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 4.142.081-2; **108) Arturo Zamora Fuentealba**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 12.760.319-7; **109) Álvaro Zapico Guerra**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 7.010.495-4; **110) Carlo Zúñiga González**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 10.982.614-6; y, **111) Saúl Zúñiga Borcoski**, de profesión médico cirujano, cédula nacional de identidad N° 6.394.641-9 (todos en adelante, de manera conjunta, e indistintamente como “médicos” o “cirujanos”); todos domiciliados para estos efectos en calle El Golf 150, piso 4, comuna de las Condes, ciudad de Santiago; en los autos caratulados **“Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Asociación Gremial de Cirujanos de V Región y Otros”**, Rol del Honorable Tribunal de defensa de la Libre Competencia N° 353-2018, a H. Tribunal con todo respeto digo:

Por medio de esta presentación, encontrándome dentro de plazo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo el artículo 20 del Decreto Ley N° 211 de 1973, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia (en adelante e indistintamente como “DL

S30

211”), vengo en **contestar el requerimiento** presentado en contra de mis representados con fecha 28 de mayo del año en curso por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante e indistintamente como “Fiscalía” o “FNE”), solicitando desde ya al H. Tribunal su íntegro rechazo, con expresa condenación en costas, sobre la base de los antecedentes de hecho, de Derecho y económicos, que pasan a desarrollarse a continuación:

I. **LOS HECHOS.-**

A. **SINTESIS DEL REQUERIMIENTO Y DELIMITACIÓN DE LA IMPUTACIÓN FORMULADA EN CONTRA DE LOS 111 CIRUJANOS REQUERIDOS EN AUTOS.-**

1° Como bien sabe este H. Tribunal, con fecha 28 de mayo último, la Fiscalía Nacional Económica interpuso un requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región (en adelante e indistintamente como “AGC”) y 111 –de sus 182– miembros asociados, imputándoles haber incurrido en el ilícito de colusión, al haber –supuestamente– **acordado actuar conjuntamente en el mercado de las prestaciones médicas de sus respectivas especialidades y subespecialidades en la V Región de nuestro país, y que ello se habría materializado en la fijación e implementación de una determinada estructura de valores, cobrados por dichos servicios, en su calidad de prestadores individuales de servicios médicos a las Isapres.**

2° En efecto S.S., y como expresamente señala el requerimiento, a mis representados les es imputado por la FNE el “(...) acordar, los médicos requeridos, actuar de forma conjunta en el mercado de servicios profesionales otorgados por médicos especialidad en cirugía y sus respectivas subespecialidades que son demandados por usuarios del sistema privado de salud en la V Región de Chile, mediante la

fijación e implementación de precios de venta de las prestaciones médicas de consulta y procedimientos quirúrgicos de su especialidad (...)”.

3° Lo anterior, la Fiscalía lo construye a partir del hecho de haber supuestamente acordado la AGC –presuntamente desde el año 1985– actuar de manera colectiva en el mercado relevante de la prestación de “(...) servicios profesionales otorgados por médicos especialistas en cirugía y sus respectivas subespecialidades, que son demandados por usuarios del sistema privado de salud en la V Región de Chile (...)”¹, mediante la fijación de los aranceles que se cobrarían por sus servicios médicos, suplantando –en los términos planteados por la Fiscalía– la competencia como mecanismo de determinación de dichos aranceles.

4° Sin perjuicio de ello, es necesario hacer presente que para la Fiscalía, las actuaciones presuntamente colusivas de mis representados –médicos cirujanos individualmente considerados– radicarían en haber estos comprometido el acatar, al momento de ingresar a la Asociación, las decisiones aprobadas en Asambleas Generales, Ordinarias y Extraordinarias, y Acuerdos del Directorio de la AGC, dentro de las cuales se comprendería la determinación interna de aranceles por la prestación de servicios médicos que, luego, serían negociados ante las distintas Isapres.

De esta manera, en palabras de la propia FNE, “(...) los miembros asociados han consentido determinar, a través de la AGC, un mismo precio aplicable a todos los competidores congregados en la Asociación (...)”.

5° En relación con ello, y habida cuenta la antojadiza construcción efectuada por la FNE en su imputación, desde ya debemos ser enfáticos H. Tribunal: Mis representados –111

¹ Página 20 del Requerimiento presentado por la FNE

reputados médicos cirujanos de la Quinta Región del país de las más diversas especialidades y subespecialidades– quienes malamente pueden ser considerados competidores entre sí, como quedará acreditado a lo largo de este proceso, en caso alguno han procurado, que en el seno de la Asociación Gremial de profesionales a la cual pertenecen, se acuerde el precio que habrá de cobrarse por las prestaciones médicas que realizan.

En efecto, como asimismo se acreditará, su práctica profesional no sólo se limita a la provisión de servicios médicos bajo el amparo del acuerdo cuestionado por la FNE, sino que muy por el contrario, habida cuenta de la dispersión de prestadores para los cuales se desempeñan, su conducta de cobro no se encuentra unificada ni siquiera en ellos mismos, pues difiere incluso según el lugar en el que prestan sus servicios.

6° A mayor abundamiento, lo único que han efectuado, como se acreditará, es hacer ingreso a una determinada Asociación Gremial –que reúne profesionales médicos de idéntica profesión de base pero que en la mayoría de los casos no compiten entre ellos (habida cuenta de las diversas especialidades y subespecialidades que reúnen)–, en cuyo seno se determinó parametrizar el **valor referencial de las prestaciones médicas** ofrecidas por sus asociados, a fin de que las instituciones aseguradoras de salud –con quienes se negocian dichos valores– puedan así luego determinar, con un grado de certeza razonable, el valor del plan de salud que luego cobrarán a sus respectivos afiliados, el costo de sus coberturas y el valor de los reembolsos que efectúan.

7° Con todo H. Tribunal, de acuerdo a como expresamente lo declarara la Fiscalía Nacional Económica en presentación de fecha 6 de agosto último, que rola a fojas 436 del expediente, la imputación formulada por ésta se sustenta, de manera precisa y excluyente, en las dos siguientes premisas:

- a) Ser mis representados miembros de la AGC, y en dicha calidad, respetuosos de las decisiones aprobadas en Asambleas Generales de Asociados y de los acuerdos

S33

adoptados por la Asociación, dentro de los cuales se encontraría la adopción de aranceles referenciales para luego ser estos negociados con las Isapres.

b) Por haber efectuado, supuestamente, una cantidad relevante de prestaciones cobrando el precio acordado y negociado con las respectivas Isapres.

8° Refuerza dicha conclusión, el innegable hecho de que la Fiscalía insista, a pesar de los cuestionamientos que esta parte efectuara en autos, que mis representados en tanto han mantenido la calidad de Asociados a la AGC, han supuestamente realizado "(...) una cantidad relevante de prestaciones al valor colusivo (...)" el cual es "(...) determinado en el seno de la AGC y negociado con la respectiva Isapre (...)" por dicha Asociación, manteniendo "(...) incólume su voluntad de intervenir en el acuerdo imputado en autos"².

B. LA INDUSTRIA DE LA SALUD PRIVADA EN CHILE Y LA ASOCIACIÓN GREMIAL DE CIRUJANOS DE LA QUINTA REGIÓN.-

1° Como bien podrá saber el H. Tribunal, en nuestro país, el financiamiento de las prestaciones de salud a la que puede acceder la población, y su respectiva cobertura, se estructura sobre la base de la existencia de dos tipos de seguros a los que ésta puede acceder, en virtud de su mayor o menor disposición a pagar por dichos seguros.

Así es que nuestro sistema de salud se caracteriza por la coexistencia de un sistema de cobertura de prestaciones de salud de naturaleza pública –donde la institución aseguradora es el Fondo Nacional de Salud (en adelante e indistintamente como “FONASA”)–, y otro de naturaleza privada, compuesto por una serie de Instituciones Privadas de Salud, o “Isapres” (en adelante e indistintamente con dicha denominación o “aseguradoras privadas de salud”).

2º Estas últimas, fueron creadas luego de que a comienzos de la década de los ochenta en nuestro país se distinguiera la existencia de un sector enteramente privado de salud, diferenciado del público (hasta entonces compuesto por el *Servicio Nacional de Salud*, quien administraba y operaba el sector público de salud, y el *Servicio Médico Nacional de Empleados* o *Sermena*, institución semifiscal, que financiaba las prestaciones de salud de los empleados), y se promoviera la libertad de elección de los particulares entre ambos.

De este modo, en dicha época, se introdujo a nuestro sistema un cambio drástico en materia de salud, al entender delegable las acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, permitiendo la participación de los privados en un ámbito que hasta la fecha había sido prácticamente de exclusividad del sector estatal².

3º Así, las Isapres fueron creadas con el objeto de absorber las mencionadas acciones de salud, descongestionado con ello el sistema hasta entonces eminentemente público, limitando asimismo el impacto económico que tenían en la población la obtención de servicios orientados a la prevención y recuperación de la salud de las personas, haciendo convivir a estas instituciones privadas con el sistema público de salud, **capturando y concentrando de paso, aun cuando de manera paulatina, a todas aquellas personas que no encontrándose afiliadas a FONASA, estuvieran dispuestas o pudieran pagar el valor de los planes de salud ofrecidos por ellas en atención al disímil nivel de cobertura que ofrecían.**

4º Así, fue creado el sistema de salud que hasta la fecha se encuentra en régimen en nuestro país, en donde las Isapres –que funcionan en base a un esquema de seguro privado de salud– están facultadas para recibir y administrar la cotización obligatoria de salud de los

² Página 6 de presentación de fecha 6 de agosto de 2018 (fojas 436 del expediente)

³ Asociación de Isapres A.G., "El Sistema de Salud Chileno: Orígenes, Transformaciones y Desafíos", Serie de Informes Técnicos, Febrero 2016, pp. 5 y 6. Disponible en: [http://www.isapre.cl/PDF/Informe%20Te%CC%81cnico El%20Sistema%20de%20Salud%20Chileno.pdf](http://www.isapre.cl/PDF/Informe%20Te%CC%81cnico%20El%20Sistema%20de%20Salud%20Chileno.pdf) [última visita: 23 de agosto de 2018]

S35

trabajadores y personas que, libre e individualmente, hayan optado por ellas en lugar del sistema de salud estatal.

Las Isapres pueden clasificarse como abiertas o cerradas. Las primeras, representan los seguros de salud a los que cualquier persona puede, en principio, afiliarse pues, a diferencia de las segundas, Isapres cerradas, ellas no se relacionan a un vínculo laboral o profesional específico que impide que terceros ajenos a dicho vínculo pueda acceder a ellas (como lo es por ejemplo “Fusat”, Isapre cerrada perteneciente al servicio de salud de CODELCO).

SISTEMA	ADMINISTRACION	FINANCIAMIENTO	PRESTADORES	TIPO	CARACTERÍSTICAS GENERALES
FONASA (SNSS)	Estatal	Individuos (7% cotización obligatoria salud) Estado (aportes fiscales)	Estado Privado (MLE)	Sistema Estatal de Seguro Social (Bismark)	Solidario Cobertura: 76% población
Isapres	Privadas con fines de lucro (Abiertas y Cerradas)	Individuos (7% cotización obligatoria salud más aportes adicionales)	Privado	Seguros privados de Salud	No Solidario (Riesgos) (*) Cobertura: 19% Población
Fuerzas Armadas	Estatal	Individuos y Estado	Estatal	Seguro Social de Salud	Solidario Cobertura 3% Población

(*) El componente solidario de todo sistema de seguridad social son los subsidios estatales, los cuales en Chile se canalizan exclusivamente hacia la oferta estatal de prestadores de salud, es decir, hacia la cobertura que brinda Fonasa. El sistema privado, en ausencia de subsidios, esta obligado a autofinanciarse y para ello las Isapres cobran primas basadas en el riesgo individual de la población cubierta por cada plan. Sin embargo, en las Isapres si existe solidaridad dentro de un mismo plan de salud (un plan vale lo mismo para todos los afiliados adscritos a dicho plan) y dentro de una Isapre (banda de precio).

Fuente: Comisión Asesora Presidencial para el Estudio y Propuesta de un Nuevo Modelo y Marco Jurídico para El Sistema Privado de Salud (2014).

Nota: Las prestaciones por accidentes laborales y enfermedades profesionales son administrados por organismos sin fines de lucro: las mutuales (privado) y el ISL (estatal).

Imagen N° 1
Fuente: Asociación de Isapres A.G.⁴

5° A mayor abundamiento, cabe destacar que las Isapres ofrecen a sus afiliados múltiples planes, con diversos niveles de cobertura, los cuales se materializan en la suscripción de contratos de carácter indefinido, los que necesariamente deben incluir las prestaciones de salud explícitamente garantizadas por el Estado (v.gr. patologías “GES”) junto con el plan

⁴ Asociación de Isapres A.G., “Isapres. 1981-2016. 35 años de desarrollo del sistema de salud privado de Chile”, 2016, p. 19. Disponible en: http://www.isapre.cl/PDF/35isapres_espanol.pdf [última visita: 25 de agosto de 2018]

S 36

complementario de cobertura que el afiliado prefiera, **todas las cuales han de satisfacerse con algún prestador previamente validado por la Isapre.**

6° Así, las prestaciones GES **deben ser realizadas con determinados prestadores con los que la Isapre tenga algún tipo de convenio de atención** o, si el paciente lo prefiere, con el prestador –institucional o individual– de su preferencia, variando el nivel de cobertura y copago que en definitiva deba soportar según la elección que efectúe.

7° Por otra parte, el plan *complementario* de salud a que tiene derecho el beneficiario, **debe necesariamente incorporar al menos las prestaciones y coberturas financieras que se fijan como mínimo en la modalidad de libre elección de FONASA respecto del régimen general de garantías en salud.** Los planes contratados por los usuarios de Isapres pueden contener una o más de las siguientes modalidades: (1) libre elección; (2) prestadores preferentes; y (3) plan cerrado⁵.

Todos los planes asociados a estas modalidades, mejoran su nivel de cobertura en la medida que el prestador del servicio mantenga algún tipo de relación o convenio con la Isapre respectiva.

8° Adicionalmente, todas las Isapres abiertas cuentan con la denominada Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (conocida como “CAEC”), la que permite financiar hasta el 100% de los gastos derivados de atenciones (hospitalarias y ambulatorias) de alto costo realizadas en el país. **Estos beneficios se aplican solamente si la persona es atendida con los prestadores que posean un convenio previa y libremente acordado con la Isapre⁶.**

9° Al año 2015, de acuerdo a antecedentes recopilados por el Ministerio de Desarrollo Social, el 77,3% de los beneficiarios de algún sistema de salud en Chile pertenecían a

⁵ Asociación de Isapres A.G., “El Sistema de Salud Chileno: Orígenes, Transformaciones y Desafíos”, *Ibidem*, p. 21

537

FONASA, mientras que sólo el 15,1% correspondía a beneficiarios de seguros privados de salud administrados por las distintas Isapres existentes en nuestro país, ya sean estas abiertas o cerradas.

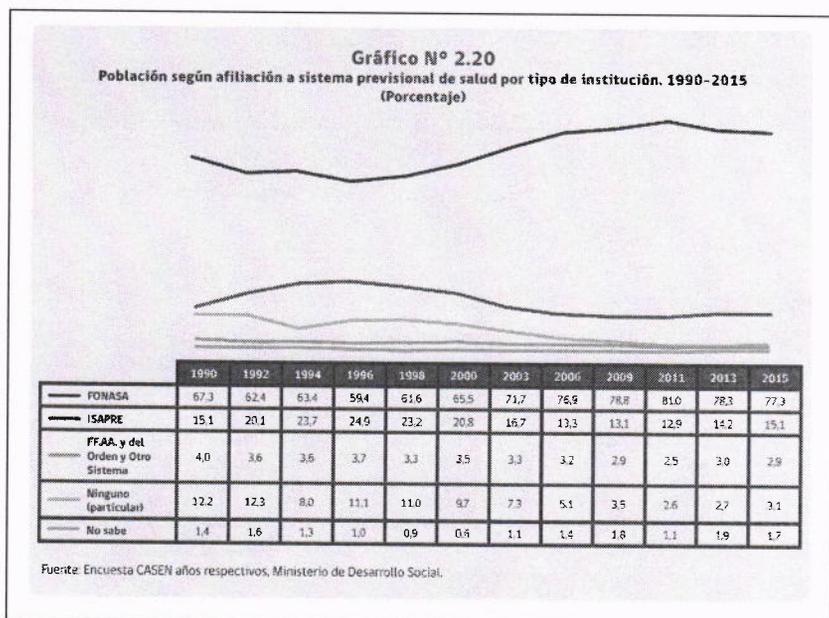


Imagen N° 2
Fuente: Ministerio de Desarrollo Social⁷

10° Desde ya cabe hacer presente a V.S., que la aplicación del arancel de referencia cuestionado por la FNE en estos autos, sólo tiene aplicación en aquellos casos en donde no es posible aplicar algún convenio o acuerdo específico que la aseguradora privada de salud posea, lo que representa –según se acreditará– a un porcentaje muy menor de las prestaciones de salud que son cubiertas por las Isapres.

11° Ahora bien, como bien ha señalado la Fiscalía Nacional Económica con anterioridad, para su adecuado funcionamiento las Isapres abiertas requieren –para ser económicamente viables– una serie de condicionantes, entre las que se destacan⁸:

⁶ Ídem.

⁷ Ministerio de Desarrollo Social, "Informe de Desarrollo Social 2017", 2017, p. 32. Disponible en: <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/Libro digital IDS 2.pdf> [última visita: 25 de agosto de 2018]

⁸ Fiscalía Nacional Económica, "Recopilación de las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica: Una mirada de libre competencia a ciertos aspectos de la industria de la salud", Febrero 2016, p. 9.

538

- a) Contar con una escala mínima eficiente, determinada por el **número de cotizantes** –o potenciales pacientes– que conforman la cartera de cada una de ellas y que componen la oferta de atenciones médicas a las cuales pueden acceder los prestadores, institucionales o individuales, con los que tengan algún tipo de convenio de atención.

- b) La exigencia de **contar con un número relevante de prestadores institucionales de prestigio y calidad que hagan atractiva la oferta aseguradora de cada Isapre. En algunos casos, ello también incluye la necesidad de contar con convenios con prestadores individuales** (normalmente médicos especialistas)⁹.

12° Esta última categorización de prestadores, a la cual pertenecen mis representados, para ofrecer sus servicios de prestaciones de salud a beneficiarios de Isapres abiertas y cerradas, pueden hacerlo ya sea en forma particular, como parte del staff de un prestador institucional, o **mediante la suscripción de convenios individuales** de atención de pacientes.

Estos últimos H. Tribunal, no son sino la forma como médicos de diversas especialidades acuerdan con una determinada Isapre el proveer a sus afiliados de las prestaciones médicas que les requieran, a los valores previamente acordados con la respectiva aseguradora privada.

13° Con todo, desde ya cabe hacer presente a V.S. que la posibilidad de acceder a dichos convenios individuales, para un número importante de médicos cirujanos, es cada día mas escasa. En efecto, y como se acreditará en la oportunidad procesal pertinente, las distintas Isapres que operan en el mercado relevante de autos, han ido negando dicha posibilidad a médicos como mis representados, ello, habida cuenta de los altos costos de transacción que supone la negociación individual con cada uno de ellos.

S39

Es por ello, que son las propias Isapres las que han ido fomentando la suscripción de convenios con asociaciones de profesionales y asociaciones gremiales, a fin de evitar incurrir en dichos costos, haciendo más eficiente su proceso de “enrolamiento” de nuevos prestadores individuales de salud.

14° Es dentro de este contexto H. Tribunal que se suscribe el acuerdo cuestionado mediante el requerimiento presentado en autos por la Fiscalía Nacional Económica, el cual ha sido fijado y negociado por la Asociación Gremial de Cirujanos a la cual pertenecen mis representados, ello, como parte de una de las variadas y múltiples labores gremiales que legítimamente efectúa.

15° En efecto, dicha institución gremial, se conforma con el objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades profesionales de los médicos cirujanos de la quinta región de nuestro país, ello, con el objeto de contribuir al éxito y crecimiento de las actividades propias de la cirugía a nivel regional, velando por el nivel de exigencia, de competencia técnica y de calidad de sus asociados en la práctica quirúrgica y en las prestaciones que otorguen a sus pacientes, colaborando con ello a la promoción del comportamiento ético de cada uno de sus asociados.

16° Asimismo H. Tribunal, a lo largo de toda su historia, la AGC no sólo ha velado por la calidad y suficiencia técnica y profesional de los médicos cirujanos que se han asociado a ésta, sino que asimismo, ha procurado promover que la población de la Quinta Región de nuestro país tenga el más amplio acceso a la mayor cantidad de médicos cirujanos posible, habida cuenta de las restricciones que –como se señaló– las diversas Isapres de nuestro país han establecido para que nuevos prestadores individuales puedan acceder a la oferta de afiliados que estas mantienen.

⁹ Ídem

540
/

17° Es en virtud de esto último H. Tribunal, que legislaciones comparadas han permitido –con diversos niveles de restricciones– que los profesionales médicos de la salud negocien colectivamente con las instituciones aseguradoras de salud, a fin de permitir compensar el enorme poder de mercado que poseen dichas instituciones, **quienes mantienen el verdadero control de la oferta de pacientes a los que pueden acceder médicos como mis representados**. En otras palabras H. Tribunal, asociaciones como la AGC han permitido que múltiples profesionales de la salud puedan acceder a la “cartera de afiliados” que mantienen las Isapres, incrementando con ello la oferta de médicos cirujanos a los que pueden acceder los particulares que mantienen un contrato de salud con ellas.

A mayor abundamiento, instituciones como la asociación gremial a la cual pertenecen mis representados, han permitido compensar el pernicioso efecto que tiene para el mercado prácticas tan nocivas como la desafiliación de profesionales médicos del listado de prestadores individuales, sin mayores explicaciones, o el bloqueo materializado por diversas aseguradoras privadas de salud a la entrada a dichos listados de una serie de médicos cirujanos. Esto último, con el único objeto de proteger a aquellos prestadores institucionales a los cuales se encuentra verticalmente integrados.

18° Así H. Tribunal, mis representados han determinado asociarse a la AGC –en ejercicio de la garantía que les es reconocida en el artículo 19 N° 15 de la Constitución Política– no sólo para someterse voluntariamente al control ético y técnico de sus pares, dignificando con ello el ejercicio de la profesión médica, **sino que asimismo, para poder beneficiarse no sólo de la posibilidad de ingresar, de manera inmediata y sin incurrir en mayores costos transaccionales, a los listados de prestadores individuales que las Isapres mantienen**, ello, junto con una serie de beneficios adicionales que tiene pertenecer a una asociación como la Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región, en donde destaca tanto el poder pertenecer a un grupo de intercambio de conocimiento y experiencias médicas entre profesionales, como asimismo el poder contar con una plataforma que les permita acceder a información médica

541

permanentemente actualizada y constantes oportunidades de perfeccionamiento (v.gr. seminarios y simposios).

II. ANÁLISIS DE MERCADO RELEVANTE.-

1° Como bien sabe V.S., un adecuado análisis de libre competencia, requiere necesariamente referirse al mercado en donde se han efectuado las conductas objeto de reproche anticompetitivo, valorando –en concreto– los efectos que estas producen en un determinado mercado¹⁰.

2° En este sentido, la Fiscalía Nacional Económica históricamente ha señalado que el mercado relevante se define como “el de un producto, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”^{11/12}.

Asimismo, para la doctrina, “(...) el mercado relevante se define, para un producto o grupo de productos y una zona geográfica de venta, por el hecho de que una empresa hipotética –que sea la única en ofrecer el bien respectivo– pueda aumentar de manera estable sus precios (...)”¹³. En otras palabras, “el mercado relevante consiste en aquel donde uno o más bienes o servicios [como ocurre en el

¹⁰ Felipe Cerda Becker, “El mercado relevante como marco de referencia para un análisis de competencia: experiencia nacional y comparada en el sector supermercados”, En: Paulo Montt, Nicol Nehme Ed. Libre competencia y retail, un análisis crítico, Abeldo Perrot, Santiago, 2010, p. 9.

¹¹ Fiscalía Nacional Económica, Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración, Vid. punto IV.2., Octubre, 2012, p. 10

¹² De acuerdo a como ha señalado públicamente la FNE, con la entrada en vigencia de la ley N° 20.945, ciertos aspectos procedimentales y sustantivos establecidos en la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales” no resultaron compatibles con dicha normativa. Por dicho motivo, mediante Resolución Exenta N° 331, de fecha 29 de mayo del año 2017, se resolvió dejar sin efecto la misma, sin perjuicio de mantener su utilidad práctica para la definición de aspectos referidos al marco analítico de análisis de operaciones de concentración, los cuales siguen plenamente vigentes. (Fuente: <http://www.fne.gob.cl/advocacy/herramientas-de-promocion/concentracion-horizontal/>)

caso de autos] compiten entre sí, para definir si constituyen o no bienes sustitutos y si pueden considerarse un mercado separado para efectos del análisis de competencia”¹⁴ (inserción agregada).

3° De esta manera, sin perjuicio del intento de definición que intenta la Fiscalía Nacional Económica de definir el mercado relevante del conflicto de autos como el del “ (...) servicios profesionales otorgados por médicos especialistas de cirugía y sus respectivas subespecialidades, que son demandados por usuarios del sistema privado de salud en la V región”¹⁵, estimamos que dicha definición de mercado relevante adolece de una serie de imprecisiones, todas las cuales desvirtúan su aptitud para ser considerada.

4° Por ello, a continuación pasaremos a examinar el mercado relevante en donde la FNE pretende se habrían realizado las conductas supuestamente anticompetitivas que se ponen en conocimiento del H. Tribunal, esto, desde el punto de vista de los servicios involucrados y el ámbito geográfico en donde éstas han sido desplegadas.

I. El mercado relevante de los servicios.-

1° El mercado relevante en este caso, **desde el punto de vista de los servicios ofrecidos, debe considerar –de manera específica y no genérica, como pretende la FNE– cada una de las especialidades y subespecialidades que mis representados poseen y respecto de las cuales no poseen sustitutos próximos.**

¹³ Jorge Witker, “Derecho de la Competencia en América”, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 107. Citado en: William Garcia, “Manual de la Libre Competencia”, Editorial Thomson Reuters, 2010, pp. 54 y 55

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Página 20 del Requerimiento presentado por la FNE

2° En dicho sentido, este H. Tribunal ha expresamente establecido como “ (...) **los servicios ofrecidos por un médico especialista no tienen sustitutos cercanos, por lo que un médico especialista solo enfrenta competencia directa por parte de los demás médicos que prestan su misma especialidad (...)**”¹⁶ (énfasis agregado).

3° En virtud de ello, el mercado relevante de autos no sólo debiera exigir analizar el mercado de los servicios profesionales otorgados por médicos especialistas y subespecialistas genéricamente considerado, como lo hace la FNE en el requerimiento que dio origen a este juicio, **sino que asimismo, debe necesariamente exigir se analice de manera aislada, pormenorizada y específica, cada una de las especialidades y subespecialidades que poseen mis representados, para así poder determinar el grado efectivo de sustitución que tendrían entre ellos y a partir de ello determinar si nos encontramos ante uno o varios mercados en el caso de autos, en donde participan una serie de actores que no necesariamente compiten entre sí.**

4° En otras palabras H. Tribunal, dada su formulación genérica, la definición de mercado relevante propuesta por la fiscalía carece del grado de precisión necesaria que requiere un examen de libre competencia, **al punto que considera como competidores a actores que, de acuerdo al criterio de V.S. previamente enunciado, no lo son.**

5° Por ello H. Tribunal, estimamos que **desde la perspectiva de los servicios ofrecidos en el mercado relevante de autos**, este debiera estar definido como aquel de los *“servicios profesionales otorgados por médicos cirujanos, dentro de sus respectivas especialidades y subespecialidades individual y pormenorizadamente consideradas, que son demandados por usuarios del sistema privado de salud”*.

¹⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Considerando 8º de Sentencia Nº 74/2018 y Considerando

6° En dicho sentido, yerra la FNE al sostener que el grado de sustituibilidad entre especialistas y subespecialistas médicos se vería afectado por poseer mis representados “ (...) diez años de formación común y, en ambos casos, les corresponde [sic] atender enfermedades susceptibles de una acción quirúrgica (...)”¹⁷, razón por la cual estos podrían atender quirúrgicamente diversos tipos de procedimientos de manera indistinta. Lo anterior, toda vez que es precisamente el tipo de especialidad o subespecialidad –en términos de oferta– lo que determina que un determinado paciente requiera sus servicios. Así, un determinado paciente, no acudiría a un profesional especialista en “*cirugía plástica*”, “*cirugía de cabeza y cuello*” o “*cirugía digestiva*” si la patología que posee requiere de la atención quirúrgica de un especialista “*cardiovascular*”.

7° En dicho sentido, omite la FNE que incluso desde la perspectiva de la institución privada aseguradora de salud, mis representados no son considerados como sustitutos próximos entre sí. Lo anterior, toda vez que los propios códigos de prestaciones médicas – definidos por la autoridad– segmentan el tipo de prestaciones que estos pueden realizar, en virtud de la especialidad o subespecialidad que detentan.

De ahí H. Tribunal, que para un afiliado a una Isapre, le sea imposible adquirir un “bono” para atender su patología “*cardiovascular*” a nombre de un especialista “*gastrointestinal*” o “*pediátrico*”. Es más H. Tribunal, los insumos e instalaciones quirúrgicas usados por cada especialidad, difieren notoriamente según de cuál se trate.

8° En otras palabras H. Tribunal, aun cuando mis representados puedan compartir su formación básica, conducente a obtener el grado profesional de “*cirujano general*”, son los posteriores años de estudio específico y entrenamiento orientado a tratar cierto tipos de patologías los que determinan que luego sean susceptibles de ser elegidos por los afiliados de

27 de Sentencia Nº 145/2015

¹⁷ Página 22 del Requerimiento presentado por la FNE

SYR ✓

las Isapres –en términos de demanda– a las cuales prestan servicios, de acuerdo a la patología que pudiera tener que ser tratada.

II. El mercado relevante geográfico.-

1° Continuando con el análisis de mercado relevante, a efectos de la presente controversia, el mercado geográfico no debiera restringirse, como lo hace la Fiscalía Nacional Económica, a la Quinta Región de nuestro país.

2° Lo anterior H. Tribunal, toda vez que habida cuenta de los niveles de cobertura que pudieran tener las distintas Isapres que ofrecen sus seguros en nuestro país, estas pudieran tener definidos prestadores preferentes –ya sean estos institucionales o individuales– fuera de la Quinta Región, razón por la cual, los incentivos de sus afiliados para moverse a otras regiones aledañas podrían ser poderosos, en virtud de los convenios y relaciones que pudieran tener sus respectivas aseguradoras con diversos prestadores (como por ejemplo, en la Región Metropolitana).

3° Asimismo S.S., yerra nuevamente la FNE en su intento de restringir el mercado relevante de autos a la Quinta Región de Valparaíso, toda vez que así definido, no permite considerar la disposición que pudieran tener los afiliados a las distintas Isapres que operan en dicha región a moverse, en virtud del tipo de patología que necesitaran sea tratada y del tipo de especialización que requiriera dicho tratamiento. Así H. Tribunal, patologías más complejas o con prestadores preferentes en regiones distintas a la región de Valparaíso necesariamente harían que los afiliados a las Isapres se trasladaran de región, máxime si en virtud de sus respectivos contratos de salud, pueden encontrar mayores grados de cobertura en centros hospitalarios de la ciudad de Santiago o sus regiones aledañas.

Así, por ejemplo, Isapre Consalud declara prestadores preferentes sólo en la ciudad de Santiago, de acuerdo a cómo lo señala en su página web:

546



Imagen N° 1
Fuente: www.consalud.cl

4° Similar situación ocurre en el caso de Isapre Banmedica, aseguradora privada que –de acuerdo a como lo indica la información disponible en su sitio web– no poseería prestadores para aquellos beneficiarios que requiriesen prestaciones quirúrgicas oncológicas en la comuna de Valparaíso y Viña del Mar, todos los cuales habrían de viajar a la ciudad de Santiago para poder atenderse sus patologías:



Imagen N° 2
Fuente: www.banmedica.cl

547



Imagen N° 3
Fuente: www.banmedica.cl

5° Idéntica situación ocurre S.S. en los planes que dan cobertura aquellas patologías cuyo tratamiento se encuentra garantizado (planes “GES”), en donde en virtud su regulación, los beneficiarios de las Isapres sólo pueden recibir las prestaciones de salud contratadas de aquellos prestadores con los cuales su aseguradora privada tenga algún tipo de convenio específico, bajo sanción de no recibir la cobertura respectiva si así no lo hiciera. En mucho de dichos casos H. Tribunal, dichos prestadores específicos o bien sólo se encuentran en la ciudad de Santiago o compiten con aquellos ubicados en la Quinta Región del país:

Región de Residencia
V VALPARAISO

Problema de Salud
13 - FISURA LABIOPALATINA

Buscar

Red de Prestadores GES al 27/08/2018 23:25:51

Nombre Prestador	Dirección Prestador	Región Ubicación del Prestador	Tipo de Interv. Sanitaria	Prestación o Grupo de Prestaciones GES
FUNDACIÓN GANTZ	EL LAZO 8545 PUDAHUEL	13	DIAGNÓSTICO / TRATAMIENTO / SEGUIMIENTO	TODAS LAS PRESTACIONES PARA ESTAS INTERVENCIONES SANITARIAS

Imagen N° 4
Fuente: www.colmena.cl

548 ✓



Imagen N° 5
Fuente: www.colmena.cl

6° En virtud de ello, es que para este caso, el mercado relevante de autos, desde una perspectiva “**geográfica**” debe extenderse asimismo, junto con la Quinta Región de Valparaíso, a la Región Metropolitana de Santiago e incluso a regiones aledañas como la Sexta y la Cuarta.

III. EL DERECHO.-

A. Sobre la falta de ilicitud per se de la adopción de aranceles de referencia y la necesaria atenuación del estándar de evaluación del supuesto acuerdo cuestionado en autos por la FNE.-

1° De manera previa a entrar al análisis de los requisitos típicos que nuestra legislación requiere para la configuración del ilícito anticompetitivo contemplado en la letra a) del artículo 3° del DL 211, es necesario referirnos a la **completa legitimidad que poseen las asociaciones como a la que pertenecen mis representados, para conformar aranceles referenciales, a los que sus asociados pueden libremente o no adscribir.**

2° En dicho sentido, la fijación de aranceles de referencia como el cuestionado en autos, es una práctica extendida entre asociaciones de profesionales, que lo único que buscan es servir de parámetro sugerido, no vinculante, de valorización de los servicios para los efectos de que los asociados que determinen –voluntariamente– adoptarlos, puedan beneficiarse de las eficiencias generadas a partir de su implementación y negociación con agentes privados.

3° De esta manera H. Tribunal, al ser miembro de la Asociación requerida en autos, cada uno de mis representados puede de inmediato y sin mediar mayor negociación, ingresar al listado de prestadores individuales que las Isapres manejan, sin que ello signifique que ellos deban valorizar –de forma imperativa– la prestación de sus servicios al que referencialmente fuera determinado.

En efecto, tal y como se acreditará en la oportunidad procesal pertinente, cada uno de mis representados –desde que han hecho ingreso a la AGC– han llevado a cabo una cantidad importante de prestaciones médicas, **muchas de las cuales no han sido valorizadas mediante la utilización del arancel de referencia fijado por la Asociación de Cirujanos de la V Región, sino que utilizando algún parámetro diverso de valorización y siempre teniendo en mente lo que es más conveniente para el paciente.**

4° En relación con esto último, cabe hacer presente a V.S. que cada uno de mis representados, al momento de atender un paciente afiliado a una determinada Isapre, **posee una serie de alternativas para valorizar sus servicios**, muchas de las cuales los obligan a acatar determinaciones adoptadas por terceros, **ya que los aranceles que deben cobrar les vienen previamente dados.**

En efecto H. Tribunal, como ya se indicó, las Isapres necesitan contar con un número relevante de prestadores institucionales que hagan atractiva la oferta aseguradora de cada institución. Con estos, como se acreditará, las Isapres pactan diversos convenios de atención en donde, dependiendo de la relación que tengan con ellos, se acuerda el valor que

tendrán los honorarios médicos quirúrgicos que habrán de cobrar aquellos médicos cirujanos que se desempeñen profesionalmente en el prestador institucional de que se trate. **En cada uno de estos casos, el respeto o no al arancel referencial que pudiera sugerir una Asociación Gremial es irrelevante S.S., toda vez que no existe posibilidad alguna que este sea aplicado dentro de este contexto.**

5° A mayor abundamiento, los aranceles médicos cobrados por médicos cirujanos como mis representados, pueden verse influidos por los factores que a continuación se detallan, dependiendo de la modalidad de atención que tenga contratada el afiliado en una Isapre, de acuerdo a los términos de su respectivo plan de salud:

- **Modalidad de Atención Cerrada:** Es aquella donde la Isapre cubre las prestaciones de salud a través de un determinado prestador o Red de Prestadores individualizados en el plan cerrado. Bajo esta modalidad, el valor de los honorarios médicos y quirúrgicos pueden verse afectados por los siguientes factores:
 - Si la patología atendida se encuentra cubierta por alguna *Garantía Explícita en Salud* o programa “GES”, **caso en el cual el valor de los honorarios médicos y quirúrgicos vienen previamente determinados y dependerán de las negociaciones particulares que la Isapre tenga con el prestador institucional que se encuentre habilitado para el tratamiento de la patología como único prestador habilitado.**
 - Si la patología atendida se encuentra cubierta por seguros especiales atendida su naturaleza “catastrófica”, caso en el cual el valor de **los honorarios médicos y quirúrgicos vienen previamente determinados y dependerán de las negociaciones particulares que la Isapre tenga**

con el prestador institucional que se encuentre habilitado para el tratamiento de la patología. Nuevamente, acá el valor de la prestación médica de mis representados se encuentra previamente valorizada por terceros, sin que tenga injerencia alguna en su determinación.

- Si el plan de salud del paciente determina prestadores preferenciales que le aseguran un mayor y mejor grado de cobertura. En este caso, el valor de los honorarios médicos y quirúrgicos vienen asimismo previamente determinados por el prestador institucional preferido por la Isapre, y dependen de las negociaciones particulares que esta tenga con el prestador institucional preferente con el que tenga algún tipo de convenio. En una buena parte de los casos, dichos prestadores se encuentran verticalmente integrados a la Isapre.

- **Modalidad de Atención de Libre Elección:** Es aquella cuya elección del prestador es resuelta libremente por el beneficiario y se pacta a través del Plan de Salud. Bajo esta modalidad, el valor de los honorarios médicos y quirúrgicos puede verse afectado por los siguientes factores:
 - La existencia de planes de salud “paquetizados”¹⁸, a partir de los cuales el valor de los honorarios médicos y quirúrgicos están previamente determinados y dependen de las negociaciones particulares que la Isapre tenga con el prestador institucional que es definido por esta para prestar la atención.

¹⁸ Bajo esta modalidad, la Isapre ofrece a sus afiliados un conjunto de prestaciones, con valor único, asociado a un determinado diagnóstico y técnica quirúrgica o médica.

SSZ
✓

- o A falta de algún convenio celebrado por el prestador individual de que se trate, el valor de los honorarios médicos y quirúrgicos son libremente determinados por los profesionales de la salud que intervengan en la prestación, con independencia del grado de cobertura que luego pueda tener el paciente en su Isapre.

Es en este caso H. Tribunal, donde eventualmente podrían ser utilizados los aranceles referenciales de la asociación gremial a la cual pertenecen mis representados, sin perjuicio de que –como se acreditará en la oportunidad procesal pertinente– en muchos casos mis representados han optado libremente por determinar de manera autónoma sus tarifas, sin seguir recomendación alguna.

6° Es por ello H. Tribunal, que la generación de un arancel de referencia no impone de forma alguna la obligación a mis representados de seguirlos o respetarlos.

En efecto, como se acreditará, **estos valorizan de la más diversa manera sus prestaciones médicas, dependiendo de la existencia de factores externos a su voluntad – fundamentalmente determinados por negociaciones entre Isapres y prestadores institucionales en donde estos ejercen su profesión– que muchas veces les imponen la forma como estos deben ser valorizados, más allá de lo que pudiera haber sido sugerido por la Asociación a la que pertenecen.**

7° Del mismo modo, no podrá soslayar este H. Tribunal que **la práctica de una Asociación de profesionales de establecer aranceles de referencia no es en sí mismo ilícita.** Muy por el contrario, bajo ciertas condiciones, pueden generar poderosas eficiencias en los mercados donde están presentes.

8° Así, en el mercado donde se desempeñan profesionalmente mis representados, la existencia de aranceles de referencia no sólo permiten que médicos

SS

cirujanos que recién ingresan al mercado puedan contar con una referencia objetiva al momento de determinar el valor que cobrarán por una determinada prestación médica, sino que asimismo, ahora de cara a las aseguradoras privadas de salud, les permite a éstas contar con una herramienta eficiente de determinación de costos a fin de calcular el valor de los planes que ofrecen a sus afiliados y de los reembolsos que efectúan.

Asimismo, como ya ha tenido oportunidad de verificar este H. Tribunal, les permitiría determinar con un mayor grado de certeza los costos asociados a la cobertura ofrecida¹⁹.

9° Esto ha llevado a que legislaciones comparadas le concedan un trato diferenciado en materia de libre competencia –más benevolente si se quiere– a asociaciones de profesionales como a la cual pertenecen mis representados, toda vez que estas no sólo persiguen legítimos intereses sectoriales, sino que asimismo, **permiten generar eficiencias dentro del mercado donde se desempeñan, mejorando la posición negociadora de sus representados, y permitiendo que en definitiva los afiliados a una Isapre cuenten con una mayor oferta de prestadores individuales, los cuales no podrían acceder a dichos afiliados si no fuera por su ingreso a la AGC.**

10° Así por ejemplo ocurre en el caso de la legislación de los Estados Unidos de Norte América, donde la Corte Suprema de dicho país –conociendo de casos donde se han visto envueltas asociaciones de profesionales– ha establecido con claridad los elementos que se tornan esenciales a la hora de analizar casos como el de autos²⁰.

Así, es necesario hacer presente S.S. como en legislaciones donde el Derecho de la Competencia se encuentra fuertemente desarrollado, se han permitido restricciones a la competencia “razonables” aun cuando se estructuran sobre la base de una regla de ilicitud por se de acuerdos como el de autos. En dicho sentido, por ejemplo, la ya mencionada Corte de los

¹⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución 145/2014, p. 3.

Estados Unidos ha señalado que la Sección I de la Sherman Act²¹, proscribe sólo aquellos acuerdos que irrazonablemente restrinjan la competencia, permitiéndose afectaciones razonables y justificadas en razones de eficiencia.

11° Lo anterior es de radical importancia H. Tribunal, debido al hecho de que al momento de aplicarse el Derecho de la Competencia a ciertas profesiones liberales, las autoridades de competencia comparadas han sido reacias a determinar la ilicitud *per sé* de acuerdos como el cuestionado en autos. Ello, toda vez que se ha estimado que razonar de otro modo, haría excluir pruebas y antecedentes que entendidos correctamente dentro del mercado relevante dentro del cual se encuentran inmersas dichas profesiones, pueden justificar la conducta en términos de eficiencia²².

12° La anterior conclusión H. Tribunal, es de la mayor importancia. Esto, toda vez que la configuración típica que efectúa la mencionada Sherman Act de aquellos acuerdos que han de reputarse como anticompetitivos, se encuentra redactada en términos muy similares a la norma contenida en el artículo 3 letra a) del DL 211. Por ello, habida cuenta de las evidentes eficiencias que genera en mercados relevantes como los de autos la presencia de aranceles referenciales de adscripción voluntaria, es que un razonamiento análogo al desplegado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América se hace necesariamente aplicable, morigerando el estándar de revisión que pretenden la Fiscalía Nacional Económica en este proceso.

²⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, "*California Dental Association v. Federal Trade Commission*", de fecha 24 de mayo de 1999

²¹ La denominada *Sherman Act*, en su Sección I prohíbe todo acuerdo que restrinja la competencia, señala al respecto que: "*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court*".

²² Corte Suprema de Estados Unidos de Norte América, Sentencia caso "*Goldfarb v. Virginia State Bar*"

SCT

B. Sobre el análisis de los requisitos típicos del ilícito anticompetitivo de colusión.-

1° Como se viene señalando, el ilícito imputado por la Fiscalía Nacional Económica a mis representados es el contenido en los incisos primero y segundo, letra a), del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, que en la especie señala:

"El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar

550

condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores (...)”

2° En relación con ello, cabe hacer presente que este H. Tribunal ha definido con anterioridad lo que para estos efectos hemos de entender como “acuerdo”, en términos tales que este supone “(...) en términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones (...)”²³.

Asimismo, nuestra Excma. Corte Suprema ha agregado que “(...) el concierto puede ser expreso o tácito, escrito u oral, de ejecución instantánea o diferida, formal o informal. Además puede ser implícito e incluso tácito, solamente exige que se manifieste voluntad de los partícipes en orden a concretarlo”²⁴.

3° En virtud de ello H. Tribunal, hacemos presente que en el caso de autos, muy por el contrario de lo que señalara la FNE en su requerimiento, mis representados no han celebrado ni participado en acuerdo alguno, de aquellos que el Derecho de la competencia necesariamente proscribiera, toda vez que estos –como se pasará a desarrollar a continuación– en ningún momento han “suprimido” su voluntad individual en beneficio de la colectiva representada por la AGC, para los efectos de valorizar y cobrar las prestaciones médicas que efectúan a un valor determinado.

4° En efecto H. Tribunal, como ya se señaló y se acreditará en la oportunidad procesal pertinente, mis representados poseen una variedad de alternativas individuales para valorizar la prestación médica que efectúan, en atención a los múltiples convenios que individualmente puedan haber pactado con prestadores institucionales a los cuales

²³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Considerando 5º de Sentencia Nº 145/2015

557
—

pertenezcan (que pueden ser una o varias distintas), al sistema de previsión que tenga el paciente, al tipo de cobertura que tenga la patología individualmente considerada o a la existencia de acuerdos pactados por terceros (v. gr. Isapres y prestadores institucionales en donde se desempeñen profesionalmente), respecto de los cuales no tienen injerencia alguna.

I. Análisis típico de las imputaciones formuladas por la FNE.-

1° Como ya se indicó con anterioridad en esta presentación, la imputación formulada por la Fiscalía se sustenta, de manera precisa y excluyente, en las dos siguientes premisas:

- a) Ser mis representados miembros de la AGC, y en dicha calidad, respetuosos de las decisiones aprobadas en Asambleas Generales de Asociados y de los acuerdos adoptados por la Asociación, dentro de los cuales se encontraría la adopción de aranceles referenciales para luego ser estos negociados con las Isapres.
- b) Por haber efectuado, supuestamente, una cantidad relevante de prestaciones cobrando el precio supuestamente acordado y negociado con las respectivas Isapres.

2° En virtud de ello, a continuación, efectuaremos un detallado análisis de cada una de las premisas antes indicadas, tras lo cual V.S. podrá apreciar que mis representados, en el caso de autos, no han cometido infracción alguna a las normas del DL 211.

²⁴ Jorge Grumberg Plowsky, "Los acuerdos y las practicas concertadas como medios para cometer el ilícito de colusión y las colusiones hub-and-spoke". En: Fiscalía Nacional Económica, "Reflexiones sobre el Derecho de la libre competencia", Santiago, 2018, p.20.

SSA

I.1. Falta de concurrencia del acuerdo típicamente relevante para los efectos de lo dispuesto en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211: A pesar de ser mis representados miembros de la AGC, y en dicha calidad, respetuosos de las decisiones aprobadas en Asambleas Generales de Asociados y de los acuerdos adoptados por la Asociación, esto no conlleva la concurrencia de estos a la adopción de un “acuerdo” de naturaleza anticompetitiva.-

1° Como ya se indicó, la conducta imputada por la FNE a mis representados necesariamente requiere que concurrencia de un “acuerdo” entre agentes competidores y la Asociación a la que pertenecen, con el objeto de “*suprimiendo su voluntad individual*” favorecer la imposición de una actuación colectiva frente a las Isapres.

2° Con todo, queda en evidencia la completa falta de concurrencia de los elementos típicos del ilícito de colusión así descrito, **desde el momento en que no es posible señalarse en autos que mis representados tengan la calidad de competidores entre ellos –al menos en la totalidad de estos, habida cuenta de no prestar estos servicios en el mismo mercado relevante– y que no ha existido, en los hechos, determinación alguna por parte de estos de suprimir su propia voluntad en orden a preferir los valores pactados en el arancel determinado en el seno de la AGC y luego negociado con las distintas Isapres presentes en la Quinta Región de nuestro país.**

Lo anterior H. Tribunal, lleva a la insoslayable conclusión de que el atentado a la competencia que la Fiscalía Nacional Económica pretende acomodaticiaamente construir no es tal, no verificándose por tanto la supuesta vulneración al Decreto Ley N° 211 que se pretende sancionar.

3° En efecto, y sin perjuicio de que algunos de estos libremente han aceptado valorizar las prestaciones que efectúan a partir del arancel de referencia cuestionado en autos,

579

muchos de estos –de manera voluntaria– han determinado desapegarse de cualquier arancel referencial que pudiera haber sido discutido en el seno de la Asociación, para así dar preferencia a los valores determinados por negociaciones particulares que han tenido tanto con prestadores institucionales en donde se desempeñan, como con instituciones aseguradoras privadas de salud.

4° Con todo, hacemos presente que esta última situación es cada día menos frecuente, dado que son las propias Isapres quienes impiden la negociación directa con prestadores individuales, atendido los enormes costos de transacción que tiene el mantener negociaciones periódicas “uno a uno” con un número cada día creciente de médicos cirujanos, fomentando con ello que estos o bien comiencen a desarrollarse profesionalmente dentro de un prestador institucional con el cual la aseguradora ya tengan algún tipo de acuerdo o bien, hagan ingreso a asociaciones gremiales como la requerida, quienes les aseguran el poder acceder a la oferta de pacientes afiliados que mantiene la Isapre, sin obligar de modo alguno a que respeten los aranceles que son discutidos en el seno de la Asociación.

5° En virtud de esto último H. Tribunal, debemos ser enfáticos. Es sólo en aquellos casos en donde las Isapres impiden la negociación individual de mis representados en que estos poseen incentivos para seguir las sugerencias que les son referencialmente formuladas por parte de la Asociación a la cual pertenecen.

6° No obstante, como se indicó, ello no impide que –como ocurre en los hechos– estos mantengan acuerdos particulares con distintas Isapres y prestadores de salud, los que valorizan los servicios médicos que prestan de manera independiente y no vinculante con lo que pueda determinar al efecto la AGC.

I.2. Sobre la engañosa imputación de haber efectuado mis representados una cantidad relevante de prestaciones que, como consecuencia del “acuerdo” imputado” habrían sido cobradas a un precio colusivo.-

1° Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, en orden a entender que en el caso de autos no se configuraría el acuerdo anticompetitivo pretendido por la Fiscalía Nacional Económica, dada la falta de sumisión de la voluntad individual de mis representados a las decisiones que en materia de aranceles de referencia pudiera determinar la AGC, es necesario asimismo hacernos cargo de la engañosa imputación efectuada por la FNE a mis representados, al momento de que les reprocha que, como consecuencia de la ejecución del supuesto acuerdo anticompetitivo imputado, estos habría efectuado una “cantidad relevante” de prestaciones médicas cobradas a un precio colusivo.

2° En relación con esto último, sorprende a esta defensa la forma como de manera absolutamente imprecisa determina lo que sería “un numero de relevante” de prestaciones médicas, cobradas a un precio que estima ilegítimo, ello, en circunstancias de que la inmensa mayoría de las prestaciones médicas efectuadas en el mercado relevante de autos se encuentran amparadas por acuerdos particulares de las Isapres con prestadores institucionales (en virtud de las distintas modalidades de atención y cobertura descritas con anterioridad en este escrito).

3° En dicho sentido, como se acreditará, es sólo una porción menor del total de prestaciones médicas efectuadas por cada uno de mis representados las que serían cobradas al valor referencial sugerido por la Asociación Gremial y sólo corresponde a aquellos casos en donde mi representado no ha podido acceder a algún tipo de convenio particular con la Isapre respectiva, habida cuenta de su negativa a negociar particularmente con cada médico individualmente considerado.

861

4° Es más H. Tribunal, cada vez que mis representados se han visto en la necesidad de recurrir al arancel referencial de la Asociación gremial, ha sido en beneficio de los propios afiliados de las respectivas Isapres, toda vez que al seguir la referencia dada por la AGC, habida cuenta de los términos particulares de las negociaciones de esta con la aseguradora privada de salud, el copago que en definitiva paga el paciente es menor al que habría de pagar si alguno de mis representados hubiera valorizado la prestación médica a partir de la valorización particular de estos.

5° En otras palabras H. Tribunal, al preferir mis representados el recurrir al arancel de referencia determinado en el seno de la AGC, en perjuicio de un sistema de valorización alternativa como pudiera ser la definición de aranceles particulares, lo que ellos estaban haciendo era beneficiar a sus pacientes, procurando que el copago que tuvieran que en definitiva efectuar, fuera el menor posible de acuerdo a los términos que sus propios planes de salud les permitían.

IV. CONCLUSIONES.-

H. Tribunal, a lo largo de la presente contestación ha quedado en evidencia que la conducta de mis representadas no puede ser de manera alguna reprochable desde el punto de vista de la Libre Competencia, toda vez que existen poderosos argumentos de carácter jurídico y económico para rechazar el requerimiento de autos.

En efecto como se señaló a lo largo de toda esta presentación, en el caso de autos malamente puede sancionarse a mis representados toda vez que es del todo incorrecto señalar que estos posean la calidad de competidores entre ellos –al menos en la totalidad de estos, por no prestar estos servicios en el mismo mercado relevante– razón por la cual cualquier supuesto acuerdo basado en el respeto de decisiones aprobadas por instancias de administración de la Asociación Gremial a la cual pertenecen, no posee la aptitud necesaria para infringir las normas protectoras de la libre competencia.

562

Lo anterior H. Tribunal, sumado al innegable hecho de no haber renunciado mis representados en momento alguno a la libertad de valorizar las prestaciones que efectúan de manera autónoma y con el único objeto de beneficiar a sus pacientes, lleva a la insoslayable conclusión de que el atentado a la competencia que la Fiscalía Nacional Económica pretende acomodaticiamente construir no es tal, no verificándose por tanto la supuesta vulneración al Decreto Ley N° 211 que se pretende sancionar.

POR TANTO; en mérito de lo expuesto precedentemente y en virtud de lo dispuesto por los artículos 20 del Decreto Ley N° 211 y demás disposiciones normativas atinentes.

AL H. TRIBUNAL SOLICITO, se sirva tener por contestado el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en estos autos en contra de mis representados, solicitando que sea rechazado en todas sus partes, con expresa condena en costas.

OTROSÍ: Sírvase H. Tribunal tener por acompañada versión electrónica de esta presentación, en cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N° 7 de fecha 25 de mayo del año 2006.

