

ANT.: Denuncias del H. Senador Fulvio Rossi y del Consejo Regional de Valparaíso del Colegio Médico de Chile (A.G.) por integración vertical en el mercado de la salud privada, Rol N° 2182-13 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 18 DIC 2013

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por la presente vía, informo al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de las denuncias, recomendando archivar el Antecedente, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 21 de enero de 2013, el H. Senador don Fulvio Rossi Ciocca, presentó una denuncia (en adelante, la "**Primera Denuncia**") ante la Fiscalía Nacional Económica ("**Fiscalía**" o "**FNE**"), solicitando a ésta iniciar una investigación con el objeto de: *"[d]eterminar el correcto funcionamiento del mercado de la salud privada en Chile y sus imperfecciones, particularmente en su concentración y en la integración vertical (...) entre aseguradores y prestadores, ambos sancionados por el artículo 3° del Decreto Ley N°211"*.
2. En la Primera Denuncia, se señala, en primer término, que existiría un importante nivel de concentración en los distintos segmentos que componen la prestación privada de salud, particularmente en el nivel de las Instituciones de Salud Previsional ("**Isapres**"). Agrega que esa concentración se habría iniciado en el pasado, y se habría incrementado en el tiempo. En segundo término, se indica que existiría un importante grado de integración vertical entre las Isapres y los prestadores más relevantes de salud privada (v.gr. clínicas y centros ambulatorios). A juicio del

denunciante, dicha integración infringiría el Decreto Ley N° 211 de 1973 ("DL 211"), al constituir una barrera a la entrada a posibles actores que deseen ingresar al mercado de las Isapres, quienes tendrían adicionalmente que constituir o vincularse a una red de prestadores para poder competir en el nivel del aseguramiento de salud. A su juicio, esta integración agravaría además el alineamiento de intereses entre asegurador y prestador, dada la relación de propiedad entre ambos agentes económicos.

3. Finalmente, señala que esta integración vertical contravendría también el artículo 173 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2006 del Ministerio de Salud ("DFL N° 1"), cuyo inciso 1° dispone que: *"Las Instituciones [Isapres] tendrán por objeto exclusivo el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud, así como las actividades que sean afines o complementarias de ese fin, las que en ningún caso podrán implicar la ejecución de dichas prestaciones y beneficios ni participar en la administración de prestadores"*.
4. Posteriormente, con fecha 31 de enero de 2013, el Consejo Regional de Valparaíso del Colegio Médico de Chile (A.G.) denunció a Isapre Banmédica S.A. ("Banmédica") por supuestas infracciones a la libre competencia, derivadas de su integración con algunos prestadores relevantes ("**Segunda Denuncia**"). Dada la misma naturaleza de los hechos expuestos en esta Segunda Denuncia, esta Fiscalía ordenó la acumulación de ésta a la Primera Denuncia (en adelante, en conjunto también, las "**Denuncias**")¹.
5. En lo sustancial, ambas Denuncias se fundan en el Estudio "Mercado de la Salud Privada en Chile" de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso ("**Estudio PUCV**"), elaborado a solicitud de esta Fiscalía y publicado con fecha 24 de octubre de 2012². En lo relativo a la integración vertical entre Isapres y prestadores, el Estudio PUCV concluyó, en síntesis, lo siguiente:

¹ Resolución de la FNE, de fecha 7 de febrero de 2013.

² Disponible en: <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/11/INFORME-PUCV-MERCADO-SALUD.pdf>> [fecha última visita: 1 de julio de 2013].

- i. La propiedad común de aseguradoras y prestadores generaría un alineamiento de los incentivos entre ambos agentes, circunstancia que distorsionaría la función de agencia que las Isapres, por su naturaleza de aseguradores, están llamadas a cumplir -generando un problema del tipo *agente/principal*-. Esta función consistiría principalmente en representar a sus usuarios en la negociación y adquisición de prestaciones de salud.
- ii. No obstante las eficiencias que podrían obtenerse como consecuencia de esa integración vertical -principalmente ahorro de costos de transacción, disminución de riesgos de sobreconsumo de prestaciones y/o riesgo moral-, no sería evidente que aquellas superen los riesgos asociados a esa estructura de propiedad integrada. Lo anterior, más aun cuando existirían mecanismos menos lesivos para la competencia que pudieran lograr objetivos similares de eficiencia, entre los cuales se incluirían los pagos asociados a diagnóstico o paquetización de prestaciones³.
- iii. Este fenómeno de integración vertical podría generar una tendencia a la sobre-hospitalización y, por lo tanto, al sobreconsumo de prestaciones, desde que la rentabilidad de los prestadores privados se encuentra asociada a la tasa de ocupación de sus instalaciones y al respectivo copago por esa ocupación. Es decir, lejos de cumplir con un objetivo de *contención de costos*, esta estructura integrada podría exacerbar el uso de las prestaciones de salud más allá de lo necesario para el funcionamiento eficiente de este mercado.

³ El sistema de pagos asociados a diagnósticos o paquetización de prestaciones, consiste en un mecanismo a través del cual el asegurador pagará un monto predeterminado al prestador con independencia de la cantidad de intervenciones que se realicen sobre el paciente. En Chile, en cambio, la regla general es el modelo de pago por prestación, en virtud del cual la Isapre paga al prestador -sea directamente o mediante un reembolso al afiliado- en función de cada una de las prestaciones realizadas por éste. Estudio PUCV; pp. 156-166. Para la relación entre paquetización y pago por prestaciones con el funcionamiento de los mercados de la salud, véase Patel, Kavita. "Containing Health Care Costs: Recent Progress and Remaining Challenges". Testimonio ante el Comité de Presupuestos del Senado de los Estados Unidos, de 30 de julio de 2013.

- iv. La supuesta mitigación del problema de *riesgo moral*, que sería una de las principales funciones de todo diseño de sistemas de salud, sería inconsistente con la existencia de copagos por parte de los usuarios en el caso de que éstos sean derivados a prestadores que se encuentren integrados con las respectivas Isapres. En efecto, añade, la integración vertical debería estar correlacionada con la ausencia de copagos en caso que el asegurador quiera derivar pacientes a prestadores de su propiedad, cuestión que garantizaría, al menos en parte, el traspaso a los consumidores de las eficiencias derivadas de esa forma de organización. Y,
 - v. Existirían otros riesgos derivados de esta estructura de propiedad, los que estarían vinculados a la cautividad de los usuarios respecto de los prestadores vinculados con la respectiva Isapre, cuestión que *a priori* no tendría beneficios correlativos evidentes para el sistema.
6. En lo que sigue, esta División analizará ambas Denuncias únicamente en lo relacionado a la integración vertical entre Isapres y prestadores de salud privados⁴. Al no formar parte de las Denuncias, no se evaluarán, en cambio, las relaciones verticales que típicamente se suscriben entre ambos agentes bajo la forma de los denominados *convenios de prestación o convenios preferentes* ("Convenios"), salvo cuando ello sea pertinente para este análisis⁵.

⁴ Para efectos de esta minuta, se entenderá por integración vertical a la relación de propiedad, total o parcial, entre dos agentes económicos que operan en distintos niveles de la cadena de producción, de modo tal que no se pueda asumir la existencia de una independencia competitiva entre ambos. Tirole, Jean. "The Theory of Industrial Organization". MIT Press, 1989; p. 429: "*La empresa está verticalmente integrada si controla (directa o indirectamente) todas las decisiones adoptadas por la estructura vertical*" (Traducción libre). Areeda, Phillip y Hovenkamp, Herbert. "Antitrust Law". Aspen, Tercera Edición, Tomo IIIB, 2008; p. 3: "*La integración vertical ocurre cuando la empresa se provee a sí misma algún insumo que de otro modo debiese adquirir en el mercado*" (Traducción Libre). La circunstancia de que Isapres y prestadores no tengan una relación de propiedad directa, sino que ambas se encuentren relacionadas indirectamente a través de un vínculo con un mismo conglomerado, no debiera hacer variar el presente análisis de libre competencia, salvo en lo que se dirá *infra* (sección IV y Anexo III) respecto del inciso 1° del artículo 173 del DFL N° 1. En efecto, para efectos del análisis de libre competencia, al estar dos agentes relacionados, aun indirectamente, corresponde presumir que ambos actúan como un solo agente económico.

⁵ Véase, el artículo 189 literal b), párrafo C del DFL N° 1, que regula los Convenios entre Isapre y prestadores. Estos Convenios podrían constituir una forma de *integración vertical vía contratos*, esto es, en la que no median relaciones de propiedad (y por ello también denominada *integración virtual*). En todo caso, según muestra la evidencia disponible, la existencia de una integración

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA Y SU REGULACIÓN

II.1. Antecedentes generales: objetivos y regulación del sistema

7. Tradicionalmente, los regímenes de prestación de servicios de salud se han estructurado sobre la base de seguros que buscan limitar el impacto económico que tienen las actividades de prevención y recuperación de la salud, tanto para el patrimonio público como para el de las personas⁶. Accesoriamente, otro de los objetivos de los sistemas de salud basado en seguros, sean éstos públicos o privados, es cumplir con la finalidad de *contención de costos* del sistema en su conjunto⁷.
8. Vinculado a lo anterior, los seguros de salud generalmente operan en entornos caracterizados por asimetrías de información -donde tienden a generarse problemas de *riesgo moral* y *selección adversa*-⁸ e incertidumbre. Estas características, a su vez, tienden a aumentar los costos de administración y provisión de las prestaciones de salud. En otros términos, tales fallas pueden llevar a ineficiencias productivas y asignativas, de modo

vertical en sentido estricto generalmente va acompañada de la respectiva celebración de un Convenio entre Isapre y prestador relacionado.

⁶ Goldstein, Gerald y Pauly, Mark. "Group Health Insurance as a Local Public Good" en "The Role of Health Insurance in the Health Services Sector". Ed. Rosett, Richard, 1976; p. 74.

⁷ Gerdtham, Ulf-G y Jönsson Bengt. "International Comparisons of Health Expenditure: Theory, Data and Econometric Analysis" en "The Industrial Organization of Health Care Markets". Handbook of Health Economics, Tomo 1A, Capítulo 1, 2000 (A.J. Culyer & J.P. Newhouse eds.); p. 3: "*The global interest in health expenditure can be explained by the fact that all countries put similar emphasis on cost-containment and the cost-effectiveness of health expenditure*".

⁸ El riesgo moral puede definirse como aquella situación en que un tercero distinto al demandante de un bien o servicio debe soportar los costos de su consumo. Luego, dada la ausencia de consecuencias para quien produce los costos, podría incentivarse el sobre-consumo del bien o servicio en cuestión (o la prevención de conductas que lleven a ese consumo). Shavell, Steven. "On Moral Hazard and Insurance". The Quarterly Journal of Economics, Vol. 93, No. 4, 1979; p. 541. En el caso de la prestación de servicios de salud, ese tercer pagador, quien asume los costos, será normalmente el Estado o un asegurador. Baldwin, Robert et. al. "Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice". Oxford University Press, Segunda Edición, 2012; p. 20. Por su parte, en el caso de la salud, la selección adversa dice relación con la probabilidad de que exista una mayor intensidad de uso de las prestaciones de salud (y por lo tanto de los seguros asociados) por ciertos afiliados cuyas características no son, *a priori*, totalmente observables. Akerlof, George. "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism". The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No. 3, 1970; pp. 492-494; y, Arrow, Kenneth. "Uncertainty and Medical Care". American Economic Review, Vol. 53, No.5, 1963; pp. 941-973.

análogo a lo que ocurre en cualquier otra industria que opera en ambientes con fallas de mercado⁹.

9. En Chile, la industria de los seguros de salud, que forma parte del Régimen de Prestaciones de Salud ("Régimen"), se estructura sobre la base de dos sistemas: uno público, que es administrado por el Fondo Nacional de Salud ("Fonasa"); y, uno privado, a cargo de las Isapres, las que normalmente se clasifican a su vez en *abiertas* y *cerradas*¹⁰. En términos generales, los sistemas público y privado son excluyentes entre sí para un mismo beneficiario, una vez que el afiliado elige uno u otro (vid., *infra* secciones III.2 y III.3)¹¹⁻¹².
10. Tanto el sistema público de seguros de salud, como su equivalente privado, son financiados mediante pagos periódicos -cotizaciones- que realizan los afiliados, sin perjuicio del aporte fiscal que se contempla también para el primero¹³. Esto último, considerando que el sistema público se estructura sobre la base de cuatro grupos o tramos, algunos de los cuales asumen la inexistencia de ingresos, o una reducida capacidad de pago de sus beneficiarios¹⁴.

⁹ Newhouse, Joseph. "Economics of Health Insurance". The New Palgrave Dictionary of Economics, E000228, 2008; p. 1. En el caso de los seguros, el denominado *teorema Rothschild-Stiglitz* muestra que incluso una pequeña cantidad de información imperfecta entre las partes, podría tener efectos significativos en el funcionamiento de mercados de seguros teóricamente competitivos. Véase, Rothschild, Michael y Stiglitz, Joseph. "Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information". The Quarterly Journal of Economics, MIT Press, vol. 90, No. 4; p. 648.

¹⁰ En lo esencial, Fonasa se encuentra regulado en el Capítulo III del Libro I del DFL N° 1. Por su parte, el sistema de Isapres se regula en el Libro III del mismo cuerpo legal. En relación a esta última regulación, las Isapres denominadas *abiertas*, son aquellas que, en principio, admiten la afiliación de cualquier persona, independientemente de su vínculo laboral o profesional con determinada empresa o institución. Por su parte, las llamadas Isapres *cerradas* se encuentran reconocidas en el inciso final del artículo 200 del DFL N° 1, y se definen como aquellas cuyo objeto es otorgar prestaciones únicamente a trabajadores de una determinada empresa o institución.

¹¹ Tanto el artículo 19 N° 9, inciso 1°, como el artículo 131 del DFL N° 1 consagran: "[l]a libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse".

¹² La distinción entre beneficiario y afiliado o cotizante, se encuentra en el Anexo I.

¹³ Véanse los artículos 55, 137, 171 y 185 del DFL N° 1.

¹⁴ Ver, artículos 134 y 159 del DFL N° 1. Los tramos se encuentran regulados en los artículos 160 y 161 del mismo cuerpo legal en función de los ingresos de los afiliados. En síntesis, el grupo A corresponde a personas indigentes y otros, quienes tienen un copago de 0% en sus atenciones de salud. El grupo B corresponde a cotizantes cuya renta imponible mensual es igual o inferior a los \$193.000 (o el sueldo mínimo vigente), y también gozan de un copago equivalente al 0%. El grupo C incorpora a los afiliados cuya renta imponible mensual sea igual o inferior a los \$281.780 (o el

11. Desde la perspectiva de su regulación, los seguros y prestaciones de salud presentan otras características relevantes que explican parte de la estructura e incentivos de los agentes económicos que participan en esta industria. Sin embargo, considerando que tales características regulatorias no resultan esenciales para el presente análisis, se ha estimado pertinente desarrollarlas con mayor detalle en el Anexo I de esta minuta.

II.2. Evolución de la industria

12. Al año 2011, un 76% de la población era beneficiaria de Fonasa en alguno de los tramos de éste. Del porcentaje restante, un 17% se encontraba adscrito al sistema de Isapres, mayoritariamente del tipo *abiertas*, mientras que el 7% restante corresponde a una estimación del número de personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas y de Orden, quienes utilizan su propio sistema integrado de salud¹⁵, y de aquellas personas que no están afiliadas a ningún seguro de este tipo¹⁶.

resultado de multiplicar el sueldo mínimo vigente por el factor de 1,46), y su obligación de copago máxima es de 25% en la Modalidad Institucional. Sin embargo, si el cotizante tiene más de tres o más beneficiarios, pasa al grupo B. Finalmente, el tramo D es para cotizantes con un ingreso imponible mensual superior a \$281.780 (o el resultado de multiplicar el sueldo mínimo vigente por el factor de 1,46) y su copago máximo será de 50% en la Modalidad Institucional). No obstante, si el cotizante tiene tres o más beneficiarios, pasa a formar parte del grupo C.

¹⁵ En síntesis, este sistema se compone de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile.

¹⁶ Este resultado se obtuvo a partir de la resta de la población nacional estimada por Fonasa, menos los beneficiarios de Fonasa y los beneficiarios de Isapres. Dicha cifra, en términos porcentuales, es consistente con la información de la Encuesta Casen del año 2009, que señala que un 2,4% de la población utiliza el sistema de salud de las Fuerzas Armadas y de Orden y un 3,5% no está afiliado a ningún seguro de salud.

Cuadro N° 1¹⁷
Beneficiarios por tipo de aseguradora de salud al año 2011

	N° BENEFICIARIOS	%
Fonasa Grupo A	3.896.333	22,5%
Fonasa Grupo B	4.101.041	23,7%
Fonasa Grupo C	2.234.282	12,9%
Fonasa Grupo D	2.971.097	17,1%
Total Fonasa	13.202.753	76,2%
Isapres Abiertas	2.818.597	16,3%
Isapres Cerradas	107.376	0,6%
Total Isapres	2.925.973	16,9%
Otros (FF.AA., No Inscritos y Otros)	1.196.814	6,9%
Total Población	17.325.540	100%

Fuente: Fonasa, Superintendencia de Salud y elaboración propia.

III. ANÁLISIS DE LOS MERCADOS RELEVANTES INVOLUCRADOS

13. El aseguramiento y las prestaciones de salud corresponden a dos etapas o eslabones de la cadena vertical del sistema¹⁸. En ese contexto, la sección que sigue analizará ambos desde la perspectiva de los mercados relevantes del producto y geográfico.

III.1. Definición de los mercados relevantes

14. Para evaluar el mérito de las Denuncias, esta División consideró dos mercados relevantes distintos, aunque interrelacionados y por ello conexos entre sí: (i) el de los prestadores privados, particularmente aquellos de mayor complejidad (v.gr. clínicas), los que en general tienen un carácter

¹⁷ Los beneficiarios correspondientes a "Otros", se calcularon como la resta de la población nacional estimada por FONASA, menos los beneficiarios de FONASA y los beneficiarios de ISAPRES. Dicha cifra, en términos porcentuales, es consistente con la información de la Encuesta Casen del año 2009, que señala que un 2,4% de la población utiliza el sistema de salud de las Fuerzas Armadas y de Orden y un 3,5% no está afiliado a ningún seguro de salud.

¹⁸ Evans, Robert. "Incomplete Vertical Integration in the Health Care Industry: Pseudomarkets and Pseudopolicies". Annals of the American Academy of Political and Social Science, 468, 1983; pp. 60-87. Para este autor, existiría una forma de integración incompleta entre los siguientes cinco agentes (o eslabones de transacción), cada uno con características propias: (i) pacientes (consumidores); (ii) proveedores de primera línea; (iii) proveedores de segunda línea; (iv) aseguradores, los que serían verdaderos *compradores de riesgos* asociados al uso del sistema de salud; y, (v) gobiernos, en su calidad de reguladores directos o delegantes. Aunque la distinción entre proveedores de primera y segunda línea no es clara, en principio ésta se encontraría en la interacción directa (o la ausencia de ésta) con los pacientes en la primera atención (v.gr. farmacias, médicos generalistas, hospitales con servicios de alta complejidad).

local, y que constituiría el mercado *aguas arriba*¹⁹; y, (ii) el de las Isapres denominadas *abiertas*, en este caso a nivel nacional, y que sería el mercado *aguas abajo*, al ser éstas las adquirentes de prestaciones de salud en favor de sus beneficiarios²⁰⁻²¹.

15. En el caso de los prestadores privados, se estima que éstos participan en un mercado diverso de aquel constituido por la Red de Servicios de Salud y Establecimientos de Salud públicos análogos (v.gr. Centros de Atención Primaria, Hospitales y Centros de Alta Especialidad), en parte, aunque no exclusivamente, en virtud de los términos exigidos para el acceso a estos últimos²². Lo anterior hace que, para un grupo significativo de beneficiarios de las Isapres, las prestaciones entregadas por Establecimientos de la Red de Salud no puedan considerarse como sustitutos de aquellas que otorgan los prestadores privados²³.

16. Por su parte, los prestadores de mayor complejidad presentan ciertas diferencias con aquellos de naturaleza más simple, en la medida que sólo

¹⁹ Cabe destacar que la definición de un mercado relevante asociado a prestadores institucionales, es un aspecto que ha sido reconocido como *difficil* en el derecho comparado, dada la heterogeneidad de la oferta y el distinto énfasis en la oferta que cada prestador realiza (v.gr. atenciones ambulatorias, complejas, de especialidad, etc.). Sacher, Seth y Silvia, Louis. "Antitrust Issues in Defining the Product Market for Hospital Services". International Journal of the Economics of Business, Vol. 5, No. 2, 1998; pp. 181-202.

²⁰ Fiscalía Nacional Económica. "Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales", 2012; p. 10: "Se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, 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".

²¹ Si bien el orden de ambos mercados podría invertirse, esto es considerar que las Isapres *abiertas* son un mercado relevante *aguas arriba* que es indispensable para que gran parte de la población acceda a uno más prestadores *aguas abajo*, en los hechos el análisis de libre competencia no variaría en uno u otro caso. En consecuencia, se preferirá la primera metodología de análisis, pues se estima que las Isapres cumplen el rol de adquirentes de prestaciones de salud, en representación de sus asegurados.

²² A modo de ejemplo, los artículos 36 letra I), inciso 4° y 146 del DFL N° 1, establecen genéricamente una obligación de atención preferente de los establecimientos de la Red de Servicios de Salud a favor de los beneficiarios legales (aquellos pertenecientes a Fonasa), aun en presencia de un convenio con alguna Isapre. Lo anterior, incluso bajo sanción de responsabilidad funcionaria. Finalmente, el inciso 3° del artículo 173 reitera esta regla, a propósito de eventuales Convenios que las Isapres puedan suscribir con prestadores públicos de la Red de Servicios de Salud, los que quedan limitados en cuanto al alcance de las prestaciones convenidas.

²³ Esta conclusión podría matizarse en el caso de ciertas regiones del país, en las cuales los Hospitales son demandados por afiliados de Isapres en forma menos excepcional, atendida la inexistencia de prestadores institucionales privados con capacidad para atender ciertas patologías o un mayor volumen.

los primeros se encuentran en condiciones de atender ciertas patologías de especial significancia -circunstancia que a su vez determina una mayor inversión en infraestructura y capacidad disponible²⁴⁻²⁵. En virtud de lo anterior, en lo sucesivo, la referencia a los prestadores privados de salud deberá a su vez entenderse como denominados *institucionales*, que normalmente se vinculan a clínicas y centros médicos, aunque sin descartar el caso de los laboratorios clínicos²⁶⁻²⁷⁻²⁸.

17. Asimismo, desde su perspectiva geográfica, se estima que este mercado tendría un carácter local, normalmente asociado a una ciudad o conjunto de comunas próximas entre sí, pues normalmente es ahí donde los pacientes

²⁴ Por lo anterior, es usual que se efectúen clasificaciones en tres y hasta cuatro niveles de prestadores. Así, mientras en el primer nivel se encuentran aquellos dedicados preferentemente a la medicina interna, obstetricia, ginecología y pediatría, además de cirujías de baja complejidad, en el tercer nivel se ubican aquellos con un equipo de profesionales altamente especializado, unidades de cuidado intensivo y diferentes servicios de imagenología. Véase, Banco Mundial. "Disease Control Priorities in Developing Countries". Segunda Edición, año 2006. Capítulo 66; p. 1230.

²⁵ De modo consistente, según las estadísticas disponibles para Estados Unidos, los servicios entregados por este tipo de prestadores son la principal fuente de gasto de aseguradores públicos y privados, incluso por sobre el gasto en medicamentos y equipamiento. Véase, Patel Kavita. Op. Cit.; p 2.

²⁶ El artículo 170, literal j) del DFL N° 1, define "prestador de salud" como: "[c]ualquier persona natural o jurídica, establecimiento o institución que se encuentre autorizada para otorgar prestaciones de salud, tales como: consulta, consultorio, hospital, clínica, centro médico, centro de diagnóstico terapéutico, centro de referencia de salud, laboratorio y otros de cualquier naturaleza, incluidas ambulancias y otros vehículos adaptados para atención extrahospitalaria". Por su parte, el numeral 11 del artículo 4° del mismo cuerpo legal, otorga un concepto de *prestador institucional* y de su clasificación según la complejidad del mismo, al señalar que corresponde al Ministerio de Salud: "Establecer los estándares mínimos que deberán cumplir los prestadores institucionales de salud, tales como hospitales, clínicas, consultorios y centros médicos (...) Dichos estándares se fijarán de acuerdo al tipo de establecimiento y a los niveles de complejidad de las prestaciones, y serán iguales para el sector público y el privado". Finalmente, el inciso 2° del artículo 3° de la Ley N° 20.584, define a los prestadores institucionales como: "[a]quellos que organizan en establecimientos asistenciales medios personales, materiales e inmateriales destinados al otorgamiento de prestaciones de salud, dotados de una individualidad determinada y ordenados bajo una dirección, cualquiera sea su naturaleza y nivel de complejidad (...)".

²⁷ En el pasado, la FNE también ha definido mercados relevantes en función del estrato social al cual apuntan los servicios de salud privado. Ver, por ejemplo, informe de archivo Rol N° 1357-08 FNE.

²⁸ En el mismo sentido, Competition Commission. "Private Healthcare Market Investigation. Provisional Findings Report". 28 de agosto de 2013; pp.4-5: "We focused our analysis on private hospitals and PPUs [private patient units] that provide inpatient care. We did this for three reasons. First, providers of inpatient care account for a substantial share of the revenue generated by private patients in the UK. Secondly, concentration is higher in the provision of inpatient care than in the provision of day-patient and outpatient care. Thirdly, barriers to entry and expansion into the provision of inpatient care are higher than those for the provision of day-patient and outpatient care".

buscan satisfacer sus necesidades de prestaciones de salud²⁹. Excepcionalmente, para algunas patologías de alta complejidad, podría existir una disposición a buscar prestadores institucionales en localidades más alejadas a las del domicilio del paciente. Sin embargo, no existe evidencia que permita cuantificar la incidencia de tales casos.

18. En cuanto a las Isapres, se considera que existen buenas razones para estimar que aquellas denominadas *abiertas* pertenecen a un mercado diverso a aquellos en que participan: (i) Fonasa; (ii) las Isapres *cerradas*; y, (iii) los seguros disponibles para las Fuerzas Armadas y de Orden. Así, esta División coincide con el análisis efectuado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") en el pasado, en cuanto a las diferencias que existirían, especialmente entre el sistema público administrado por Fonasa y aquel privado que es gestionado por las Isapres³⁰.
19. Más concretamente, Fonasa y las Isapres *abiertas* no formarían parte de un mismo mercado relevante, en virtud de las siguientes razones:
20. En primer término, porque, para un grupo relevante de afiliados a las Isapres, los servicios de aseguramiento ofrecidos por Fonasa no son percibidos como sustitutos perfectos, aun en caso de alzas significativas y no transitorias en el valor de las primas cobradas por las Isapres. Parte de esa explicación se encuentra justamente en el acceso a las prestaciones médicas que uno y otro sistema ofrecen, dado el tope de cobertura de Fonasa, los copagos que serían exigibles a sus cotizantes y la imposibilidad de incrementar la cobertura de este seguro público en función de mayores ingresos del cotizante³¹.

²⁹ Ver al respecto los informes de archivo Rol N° 1357-08 FNE y N° 1737-10 FNE.

³⁰ El TDLC concluyó que esa diferencia se daría al menos para gran parte de los beneficiarios que tienen ingresos superiores a los \$400.000. Sentencia N° 57/2007 (Caso *Isapres*). Considerando Quincuagésimo Tercero. En el mismo sentido, Agostini Claudio et. al. "Colusión en el Mercado de Isapres: Modelación y Evidencia Empírica". Documento de Investigación 1-190, ILADES-Georgetown University, Universidad Alberto Hurtado, 2007; p. 6.

³¹ Como lo señalara el TDLC, en el caso de Fonasa, los beneficios esperados por peso cotizado están inversamente relacionados con el monto de la cotización, dado que existe un único plan de salud disponible para el total de afiliados. Por lo tanto, al aumentar el ingreso del cotizante, manteniendo constante el resto de variables relevantes, se incrementa el precio que se paga por el seguro de Fonasa mientras que la cobertura se mantiene constante o incluso decrece. En cambio,

21. En efecto, tal como se observa en el Cuadro N° 2, a diciembre de 2012, la cotización legal promedio en las Isapres *abiertas* fue de \$61.416 mensuales, lo que corresponde a una renta promedio de \$877.369³²:

Cuadro N° 2
Cotización legal promedio y renta promedio asociada a diciembre de 2012

Isapre	Cotización Legal Promedio (7%)	Renta Promedio asociada
Colmena Golden Cross	\$71.165	\$1.016.638
Cruz Blanca S.A.	\$62.603	\$894.334
Vida Tres	\$65.885	\$941.221
Ferrosalud	\$18.044	\$257.776
Masvida S.A.	\$66.336	\$947.651
Isapre Banmédica	\$59.234	\$846.198
Consalud S.A.	\$52.818	\$754.541
Promedio Isapres abiertas	\$61.416	\$877.369

Fuente: Superintendencia de Salud.

22. Esto contrasta con la cotización legal promedio de los cotizantes de Fonasa, la que fue de \$23.257 mensuales, equivalentes a una renta promedio de \$332.240³³.
23. En segundo término, la naturaleza misma de Fonasa como seguro solidario, por oposición a las Isapres -que incorporan ciertos sesgos en su selección-, hace que Fonasa se transforme en una especie de *asegurador final* respecto de aquellos cotizantes que no son percibidos como demanda viable por las Isapres, sea por su capacidad económica o por el riesgo intrínseco asociado a su aseguramiento (considerando la facultad de éstas de no otorgar cobertura a las preexistencias de los beneficiarios)³⁴⁻³⁵. Esto

en el sistema Isapres, el cotizante tendrá acceso a un mejor plan de salud (mayor cobertura) a medida que su ingreso aumenta (manteniendo constante el resto de variables relevantes). Sentencia N° 57/2007 (Caso *Isapres*). Considerando Cuadragésimo Tercero.

³² La excepción, en términos de renta promedio, es Ferrosalud. Sin embargo, su participación marginal en el sistema (menos del 1%) no la hace un sustituto eficaz en relación al seguro de Fonasa. Antes, confirma que, para los cotizantes en Fonasa, la oferta de Ferrosalud no constituye una alternativa necesariamente viable.

³³ Fonasa. Boletín Estadístico 2011-2012. Cabe destacar que esta medición corresponde a cotizantes y no beneficiarios. En consecuencia, no se incluyen beneficiarios del Grupo A de Fonasa que no cotizan.

³⁴ Véanse los artículos 189, letra b), párrafo C), numeral 5 y 190, numeral 6, ambos del DFL N° 1,

permitiría entender que la racionalidad de uno y otro sistema es distinta, lo que a su vez sería indicio de que ambos no compiten entre sí³⁶.

24. En cuanto a las Isapres del tipo *cerradas* y aquellos seguros especialmente destinados a las Fuerzas Armadas y de Orden, su sola naturaleza hacen que éstos no puedan considerarse como sustitutos razonables para la gran mayoría de los beneficiarios de las Isapres³⁷.
25. Ahora bien, desde su perspectiva geográfica, la oferta de las Isapres denominadas *abiertas*, puede considerarse de alcance nacional.
26. Finalmente, se estima que ambos mercados -Isapres *abiertas* y prestadores privados- son *conexos* entre sí, al constituir éstos dos etapas dentro de la cadena vertical de la oferta de servicios de salud.

III.2. Mercado *aguas arriba*: prestadores privados de servicios de salud

27. A nivel comparado, la competencia entre prestadores privados de servicios de salud, particularmente aquellos de mayor complejidad, ha sido caracterizada como *naturalmente imperfecta*, dadas las fallas de mercado intrínsecas que se dan en la relación entre la oferta de esos agentes, y su

³⁵ Agostini, et. al. Op. Cit.; pp. 4-7. En el mismo sentido, Newhouse, Joseph. Op. Cit.; p. 1, en relación a la lógica de diseños de sistemas de salud con un componente universal, que requerirían ciertos grados de provisión pública. Véase también Barbos, Andrei y Deng, Yi. "The Impact of a Public Option in the Health Insurance Market". Enero, 2013; pp. 3-4: "*Our empirical results suggest that, in equilibrium, the public option will serve approximately two thirds of the health insurance market. The private insurer will skim the market by offering higher deductibles and lower premiums to attract the relatively healthier consumers who do not expect high medical expenses but are mandated to purchase an insurance policy. Consequently, the private insurer will run a substantially positive profit. The public plan will take the residual part of the market, having to demand higher premiums to cover the expected higher expenditures. Thus, both the private and the insurer stay in the market despite the severe degree of adverse selection that the distinct objectives of the two insurers incur on the public option in equilibrium*". Dentro de las propuestas de Barbos y Deng para incrementar el bienestar social en un contexto de aseguradores privados y un asegurador público, se encuentra el incentivar la eficiencia de este último o limitar las ganancias de los primeros a un tope máximo. Ambas medidas tenderían a hacer bajar las primas a pagar por los asegurados en ambos sistemas. *Ibid.*; p. 23.

³⁶ Véase *supra*, Nota N° 30.

³⁷ Según la información disponible, a la fecha existirían seis Isapres *cerradas*: San Lorenzo Isapre Ltda., Isapre Fusat Ltda., Isapre Chuquicamata Ltda., Isapre Río Blanco Ltda., Isapre Fundación Ltda. e Isapre Cruz del Norte Ltda. En su conjunto, dichas entidades no superarían el 3% de participación.

demanda³⁸. Entre las distintas condiciones que podrían contribuir a disminuir la intensidad competitiva en este nivel, destaca, para efectos de este análisis³⁹, la alta heterogeneidad o diferenciación que existiría tanto en la oferta, como en su demanda⁴⁰⁻⁴¹.

28. Al respecto, se ha señalado que, al diferir ampliamente en calidad, reputación, ubicación geográfica, comodidades y otras condiciones, la diferenciación de la oferta es una condición intrínseca de esta industria y valorada por la demanda (incluyendo variables no siempre cuantificables, como tiempos de viaje, comodidades y reputación o percepción de calidad)⁴². Todo lo anterior sería consistente con la noción de que los prestadores tienden a competir, en cierto nivel, a partir de variables que no necesariamente están vinculadas con la eficacia de la prestación, sino que con aspectos accesorios que, sin embargo, permiten incrementar los costos de atención del paciente⁴³.

29. Ahora bien, las condiciones anteriores producirían, a lo menos, los siguientes efectos: (i) la sustituibilidad entre prestadores, aun respecto de aquellos que formalmente ofrecen servicios análogos, tendería a reducirse; (ii) lo anterior, podría incrementar el grado de poder de mercado de un prestador en particular; y, (iii) si en la elección del prestador institucional

³⁸ Dranove, Dave y Satterwaithe, Mark. "The Industrial Organization of Health Care Markets" en Handbook of Health Economics, Tomo 1B, Capítulo 20, 2000 (A.J. Culyer & J.P. Newhouse eds.); p. 1095.

³⁹ Se debe destacar que, en el pasado, la FNE ya ha señalado que existen fallas de mercado que permiten a los prestadores de salud cobrar precios muy elevados por sus medicamentos e insumos médicos a sus pacientes. Lo anterior, principalmente debido a asimetrías de información y cautividad de los pacientes hospitalizados. Ver, a modo de ejemplo Informes Rol N° 1636-10 FNE y N° 1737-10 FNE.

⁴⁰ Entre otros, véase Gaynor Martin y Vogt, William. "Antitrust and Competition in Health Care Markets" en Handbook of Health Economics, Capítulo 27, Op. Cit.; p. 1411. Para el caso chileno, véase también el Informe de Critería Research. "Estudio Cuantitativo: Dimensiones de valor en la elección de prestadores de salud", de 3 de octubre de 2009. En éste se muestra, entre otras cosas, la consideración, uso y preferencia de los usuarios en relación a los prestadores de salud, así como la diferencia en percepciones de precio y calidad que existirían para los distintos prestadores.

⁴¹ Los efectos de la integración vertical en la intensidad competitiva de este mercado serán analizados *infra*, en la sección IV.

⁴² Greaney, Thomas. "Symposium: Issue in the Evolution of Health Care Antitrust", 2004; pp. 864-865; y, Gaynor y Vogt, Op. Cit.; p. 1410.

⁴³ Estudio PUCV; p. 81.

influye un agente con ciertas ventajas informacionales en relación al beneficiario, como es el caso de un asegurador de salud, existe una capacidad de derivación o inducción de demanda de ese agente hacia ciertos prestadores, cuestión que exacerbaría un eventual poder de mercado *aguas arriba*⁴⁴.

30. Por otra parte, desde el punto de vista de las barreras a la entrada, este mercado presentaría algunas condiciones estructurales que dificultarían el ingreso de nuevos actores y, con ello, el disciplinamiento de eventuales comportamientos anticompetitivos de incumbentes con cierto poder de mercado:
31. En primer término, existen ciertas condiciones regulatorias o legales asociadas a la prestación de servicios médicos. Normalmente, tales condiciones se encuentran asociadas al cumplimiento de objetivos de salud pública que garanticen una prestación adecuada desde el punto de vista médico y epidemiológico⁴⁵.
32. En segundo término, los prestadores institucionales efectúan gastos en publicidad (y eventualmente investigación y desarrollo), que buscan posicionarlo y diferenciarlo en relación a otros, cuestión que supone costos hundidos que pueden ser relevantes⁴⁶. Y,
33. En tercer término, existiría una necesidad de contar con una escala mínima eficiente, vinculada al número de pacientes y prestaciones demandadas, particularmente para prestaciones complejas. En efecto, la prestación de

⁴⁴ Esta capacidad de derivación se ha constatado en el caso de las Isapres. Ver, a modo de ejemplo, Estudio PUCV; pp.168-169.

⁴⁵ Véase, entre otra, la siguiente regulación: (i) Decreto N° 161, de 19 de noviembre de 1982, que establece el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, en particular sus Títulos II, IV y V; (ii) Decreto Supremo N° 15, de 3 de julio de 2007, que aprueba el Reglamento del Sistema de Acreditación para los Prestadores Institucionales de Salud, en particular su Título II; y, (iii) Decreto Exento N°18 del Ministerio de Salud, de 19 de marzo de 2009, que aprueba los Estándares Generales del Sistema de Acreditación para Prestadores Institucionales de Salud. En virtud de estos instrumentos, la Superintendencia de Salud ha publicado los respectivos Manuales de Acreditación para Prestadores Institucionales de Salud y sus Pautas de Cotejo.

⁴⁶ Ver, por ejemplo, informe Rol N° 1357-08 FNE. En el mismo sentido, véase, Sutton, John. "Sunk Costs and Market Structure", The MIT Press, 1991, parte IV: "How Setup Costs and Advertising Interact"; pp.263 y siguientes.

servicios de salud pareciera mostrar cierta correlación entre la efectividad de las prestaciones en relación al volumen o número de procedimientos llevados a cabo⁴⁷. Tal circunstancia podría dificultar el ingreso de nuevos prestadores privados. Asimismo, esta misma característica normalmente hará necesaria la suscripción de Convenios con una o más Isapres (incluso en ausencia de un *staff* de médicos residentes que forme parte de ese Convenio)⁴⁸, cuestión que podría transformarse en una barrera artificial en caso que las Isapres que compiten *aguas arriba* con esos mismos prestadores, a través de oferentes relacionados, se nieguen a suscribir tales Convenios o lo hagan en forma desventajosa respecto de esos terceros⁴⁹.

34. En este contexto, resulta útil analizar algunas características de la provisión de estos servicios por los prestadores previamente definidos, incluyendo las participaciones de mercado de los principales oferentes.
35. Desde el punto de vista cuantitativo, a mayo de 2013 existían 51 prestadores institucionales acreditados ante la Superintendencia de Salud⁵⁰. A su turno, si se consideran únicamente los prestadores registrados bajo el denominado *estándar general*, el número se reduce a 39; de éstos, 22 se encuentran calificados en el nivel de complejidad alta⁵¹.

⁴⁷ Gaynor, Martin. "What Do We Know About Competition and Quality in Health Care Markets?". CMPO Working Paper Series No. 06/151, 2006; pp. 26-27.

⁴⁸ Cabe indicar que de acuerdo a tomas de declaración efectuadas en el marco de la Investigación F1-13, otra dificultad para un entrante podría ser la escasez de médicos y otros profesionales de la salud.

⁴⁹ La relación entre integración vertical y riesgos de cierre de mercado, se analizará *infra* en la sección IV, a propósito de las Denuncias.

⁵⁰ Decreto Supremo N° 15/2007 citado *supra* (Nota N° 45).

⁵¹ Superintendencia de Salud. "Estadísticas de Prestadores Acreditados a mayo de 2013". Los Estándares Generales para Atención Abierta y Cerrada se encuentran recogidos en el Decreto Exento N°18/2009, en relación con el Decreto N° 161, de 19 de noviembre de 1982, que establece el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, ambos citados *supra* (Nota N° 45) y con el Decreto N° 283, de 26 de julio de 1997, que establece el Reglamento sobre Salas de Procedimiento y Pabellones de Cirugía Menor. En términos generales, bajo la señalada regulación, los *Prestadores Institucionales de Atención Cerrada* constituyen aquellos establecimientos que atienden a pacientes cuyo estado de salud requiere de atención profesional médica y de enfermería continua. Por su parte, los *Prestadores Institucionales de Atención Abierta*, pueden ser Salas de Procedimientos (locales o recintos de establecimientos públicos o privados de salud destinados a efectuar procedimientos de salud, de diagnóstico o terapéuticos, en pacientes ambulatorios, y que no requieren de hospitalización) o Pabellones de Cirugía Menor (locales o

36. En cuanto al monto de prestaciones otorgadas por estos agentes, las cifras disponibles muestran que el año 2010 la facturación total alcanzó aproximadamente los \$1.334.968 millones, de los cuales cerca de \$727.184 millones correspondieron a prestaciones hospitalarias y \$607.783 millones a prestaciones ambulatorias⁵². Cabe destacar que las atenciones hospitalarias fueron bonificadas en un 72% por las Isapres, mientras que aquellas ambulatorias lo fueron en un 59%. A modo de comparación, esto se encuentra por debajo de las tasas de bonificación del sistema público, tanto para prestaciones hospitalarias (77%) como ambulatorias (82%)⁵³.
37. Según la información entregada por la Superintendencia de Salud, al año 2010, 21 prestadores concentraron el 54,6% de los montos totales facturados por las distintas prestaciones realizadas⁵⁴, según muestra el cuadro N° 3 siguiente. Se hace presente que esta cifra ha sido corregida en función de las relaciones de propiedad entre los distintos prestadores, según se muestra a continuación:

recintos destinados a realizar intervenciones quirúrgicas médicas u odontológicas, que no requieren la hospitalización del paciente, al que se le aplica sedación y/o anestesia local).

⁵² En contraste, los prestadores públicos facturaron, en el mismo período, aproximadamente \$21.811 millones por concepto de prestaciones hospitalarias, y \$14.695 millones por atenciones del tipo ambulatorias. Superintendencia de Salud. "Prestaciones de Salud Curativas en el Sistema Isapre, año 2010". Junio de 2011; pp. 9-10.

⁵³ *Ibíd.*; pp. 9-10.

⁵⁴ Cabe destacar que otra medición que se utiliza en esta industria es el número de camas disponibles.

Cuadro N° 3
Participaciones de mercado de los principales prestadores según montos totales facturados al año 2010

Lugar	Prestador (*)	% Participación
1	Clínica Santa María + Servicios Médicos Santa María + Clínica Dávila + Vida Integra + Servicios Integrados de Salud	13,4%
2	Clínica Alemana	8,8%
3	Clínica Las Condes	7,5%
4	Megasalud + Clínica Tabancura + Avansalud + Avansalud Vespucio	5,9%
5	Hospital Clínico Universidad Católica	4,9%
6	Clínica Indisa + Indisa Diagnóstico	3,9%
7	Hospital del Cobre + Fundación de Salud El Teniente	3,7%
8	Hospital Clínico Universidad de Chile	2,9%
9	Clínica Reñaca + Clínica Antofagasta	2,1%
10	Clínica Sanatorio Alemán (**)	0,8%
11	Fundación Arturo López Pérez	0,7%
12	Otros	45,4%
Total		100%

(*) Se utiliza nombre de fantasía para individualizar a cada prestador.

(**) En el caso de la Clínica Sanatorio Alemán, ésta se encuentra en un proceso de venta de parte de su propiedad. Sin embargo, debido a que dicha venta aún no se ha concretado, su participación se reporta conforme a la estructura propietaria actual.

Fuente: Elaboración propia, a partir de información de Superintendencia de Salud, 2011, Op. Cit.; p. 11.

38. Si las participaciones se dividen según el tipo de prestación (hospitalaria o ambulatoria), éstas tienden a variar. Lo anterior, particularmente respecto de las participaciones en prestaciones hospitalarias, las que evidencian una mayor concentración en ocho prestadores:

Cuadro N° 4
Participaciones de mercado de los principales prestadores según montos totales facturados al año 2010 en prestaciones hospitalarias

N°	Prestador (*)	Participación (%)
1	Clínica Santa María + Clínica Dávila	16%
2	Clínica Alemana	14%
3	Clínica Las Condes	12%
4	Hospital Clínico Universidad Católica	6%
5	Clínica Indisa	5%
6	Hospital Clínico Universidad de Chile	4%
7	Clínica Tabancura	3%
8	Clínica Reñaca	2%
Total acumulado		62%

Fuente: Elaboración propia, a partir de información de Superintendencia de Salud, 2011, Op. Cit.; p.11.

(*) Se utiliza nombre de fantasía para individualizar a cada prestador

39. A partir de lo anterior, puede concluirse que, en principio, ninguno de los prestadores contaría por sí mismo con una posición preponderante en la industria, pero eventualmente sí la tendría en determinados mercados relevantes, definidos de acuerdo (i) al segmento socioeconómico; (ii) la zona geográfica correspondiente; y, (iii) los niveles de especialización o atención de patologías⁵⁵. Más aun -según se mostró *supra*-, existen ciertos factores que pudieran incidir en que exista una demanda más cautiva de pacientes por aquellos prestadores verticalmente integrados con Isapres, circunstancia que no permite descartar *a priori* algún grado de poder de mercado que pueda ser una fuente potencial de ilícitos anticompetitivos. En este sentido, según se ha dicho, la FNE ya ha identificado la existencia de importantes asimetrías de información y cautividad de los pacientes hospitalizados, cuestión que también podría dar lugar a abusos del tipo explotativo por parte de los prestadores.

III.3. Mercado aguas abajo: Isapres abiertas

40. En Chile existen actualmente siete Isapres del tipo *abiertas*: Banmédica S.A. ("Banmédica"), Colmena Golden Cross S.A. ("Colmena"), Isapre Consalud S.A. ("Consalud"), Cruz Blanca Salud S.A. ("Cruz Blanca"), Ferrosalud S.A. ("Ferrosalud"), Isapre Masvida S.A. ("Masvida") y Vida Tres S.A. ("Vida Tres"). Al pertenecer a un mismo conglomerado, Banmédica y Vida Tres constituyen un solo agente económico para los efectos del análisis de libre competencia, con lo cual el número de actores en este mercado se reduce, en la práctica, a seis.

41. Según se observa del cuadro N° 5 siguiente, a diciembre del año 2012, el conglomerado compuesto por Banmédica y Vida Tres posee la mayor participación de mercado en términos de beneficiarios y cotizaciones percibidas. Le siguen Consalud y Cruz Blanca, quienes alternan la segunda posición, según ésta se mida en número de beneficiarios (Consalud) o cotizaciones percibidas (Cruz Blanca). Por su parte, Colmena y Masvida se

⁵⁵ Véase, en este sentido, el Informe de Critería Research, citado *supra* (Nota N° 40), en particular §3.3 y §3.6.

ubican en el tercer segmento de participaciones, aun cuando la primera posee una mayor participación en términos de cotizaciones percibidas, dado el segmento socioeconómico de mayores ingresos al cual apunta. Finalmente, se constata que Ferrosalud posee una baja penetración, la que sería más propia de una Isapre del tipo *cerrada*.

Cuadro N° 5
Participación aproximada de Isapres *abiertas* a diciembre de 2012

Isapres	Beneficiarios		Cotización percibida	
	Afiliados	Beneficiarios (Afiliados + Cargas)	Legal	Legal + Voluntaria
Banmédica / Vida Tres	25,6%	25,4%	25,2%	26,9%
Colmena	16,2%	16,0%	18,7%	18,5%
Consalud	22,3%	22,7%	19,2%	19,9%
Cruz Blanca	20,8%	20,7%	21,2%	20,3%
Ferrosalud	0,8%	0,6%	0,2%	0,4%
Masvida	14,3%	14,5%	15,4%	14,0%
Total Isapres abiertas	100%	100%	100%	100%

Fuente: Elaboración propia, a partir de información de Superintendencia de Salud, año 2012.

42. En términos de concentración, este mercado presenta un índice Herfindahl-Hirschman de aproximadamente 2.055 puntos, medido en términos de beneficiarios, y de cerca de 2.070 puntos, si éste se mide por cotización total percibida. Es decir, se trataría de un mercado moderadamente concentrado⁵⁶.
43. En cuanto a las barreras a la entrada, existirían ciertas condiciones que limitarían la probabilidad y oportunidad de entrada a este mercado. Así lo destacó el TDLC en el pasado y lo ratificó el Estudio PUCV, en lo pertinente⁵⁷.
44. En síntesis, las principales barreras de entrada existentes en este mercado, estarían dadas por:

⁵⁶ Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. FNE. Octubre, 2012.

⁵⁷ Sentencia N° 57/2007 (Caso *Isapres*). Considerandos Quincuagésimo Séptimo y Sexagésimo Quinto. Estudio PUCV; p.37.

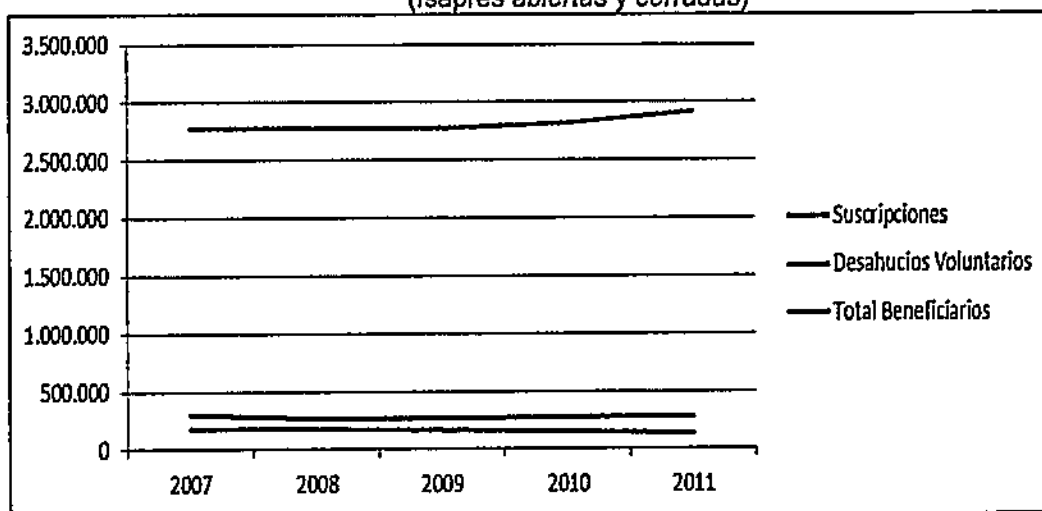
- i. La necesidad de contar con una escala mínima eficiente, dada por el número de cotizantes que conforman la cartera de cada Isapre⁵⁸.
- ii. La exigencia de contar con un número relevante de prestadores institucionales de prestigio y calidad -normalmente a través de la celebración de Convenios- que hagan atractiva la oferta aseguradora de esa Isapre⁵⁹. En algunos casos, ello también incluye la necesidad de contar con Convenios con prestadores individuales (normalmente especialistas), particularmente en aquellos casos en que los prestadores institucionales no cuentan con un *staff* de médicos residentes.
- iii. La existencia de costos de cambio, los cuales se verían exacerbados por: (a) disposiciones normativas, que exigen una permanencia mínima de un año a los afiliados; (b) la regulación sobre preexistencias; y, (c) el muy alto número de planes disponibles por cada asegurador, circunstancia que dificultaría la comparación de planes por parte de los usuarios y fomentaría, en cambio, su permanencia en la misma Isapre⁶⁰. Muestra de lo anterior son las estadísticas sobre movilidad que exhibe el sistema de Isapres - incluyendo eventuales migraciones a Fonasa-, que serían cercanas a un 4%, según da cuenta el gráfico que sigue:

⁵⁸ Sentencia N° 57/2007 (Caso *Isapres*). Considerando Sexagésimo Primero.

⁵⁹ Sentencia N° 57/2007 (Caso *Isapres*). Considerando Quincuagésimo Noveno. En el mismo sentido, Agostini, Claudio et. al. Op. Cit.; p. 9.

⁶⁰ Sentencia N° 57/2007 (Caso *Isapres*). Considerandos Sexagésimo Primero a Sexagésimo Tercero. En el mismo sentido, Agostini, Claudio et. al. Op. Cit.; pp.10-11.

Gráfico N° 1
Desahucios voluntarios en relación a suscripciones y beneficiarios del sistema, período
2007-2011
(Isapres abiertas y cerradas)



Fuente: Elaboración propia, a partir de información de Superintendencia de Salud.

- iv. La integración vertical entre el mercado asegurador y el prestador, la cual constituye una de las condiciones con una mayor potencialidad anticompetitiva, y que se analizará *infra* (sección IV)⁶¹.

45. La existencia de estas condiciones, que dificultan o inhiben la desafiabilidad de las Isapres incumbentes, son consistentes con la nula entrada que se ha evidenciado en este mercado durante los últimos 16 años, tal como lo constató el TDLC en el pasado. Lo anterior, además, en un contexto de progresiva concentración de la industria, que desde el año 1996 a la fecha ha pasado de 20 oferentes a 6⁶².

46. Sin perjuicio de que, en principio, no existiría ningún actor con una marcada preponderancia en relación a otro, se debe tener presente que la afiliación obligatoria a un asegurador y los costos de cambio existentes en esta industria, descritos *supra*, tienden a disminuir la intensidad competitiva entre Isapres y contribuyen a generar las condiciones para que cada asegurador ejerza cierto poder de mercado respecto de sus afiliados⁶³. Lo

⁶¹ Sentencia N° 57/2007 (Caso Isapres). Considerando Sexagésimo.

⁶² Sentencia N° 57/2007 (Caso Isapres). Considerando Quincuagésimo Octavo.

⁶³ En este sentido, Agostini, Claudio et. al. Op. Cit.; p. 11. Esto es además consistente con la teoría económica sobre reducción de la intensidad competitiva en un ambiente de costos de cambio.

anterior podría verse exacerbado, considerando la segmentación por estratos socioeconómicos a los que cada Isapre apuntaría, según fue desarrollado en el Estudio PUCV y como se muestra en el cuadro siguiente⁶⁴⁻⁶⁵:

Cuadro N° 6
Orientación por renta imponible promedio a diciembre de 2011

Isapre	Promedio Grupo Ingresos
Colmena	Alto
Masvida	
Vida Tres (*)	
Cruz Blanca	Medio-Alto
Banmédica (*)	
Consalud	Medio-Bajo
Ferrosalud	

Fuente: Elaboración propia y Estudio PUCV, en base a estadísticas Superintendencia de Salud.

(*) En el caso del Grupo Banmédica, su presencia es en dos segmentos, a través de las Isapres Banmédica y Vida Tres.

47. En suma, si bien a nivel individual no se observaría un actor con participación preponderante en el mercado de Isapres *abiertas*, la existencia de importantes costos de cambio para los afiliados, sumado a ciertas condiciones desfavorables para el ingreso de potenciales entrantes y la diferenciación de servicios de acuerdo a segmentos socioeconómicos, podrían otorgar cierto poder de mercado a cada una de las Isapres en relación a sus beneficiarios.

48. Estas circunstancias, según se verá en la sección siguiente, podría exacerbar problemas de competencia que se derivarían de una integración vertical entre los mercados del aseguramiento y la prestación de salud.

Véanse, entre otros: Farrell, Joseph y Shapiro, Carl. "Dynamic Competition with Switching Costs". The RAND Journal of Economics, Vol. 19, No. 1, 1988; pp. 123-137.

⁶⁴ Lo anterior, sin perjuicio de que algunas Isapres diferencien su oferta en función de los distintos niveles de rentas de sus afiliados. Los efectos de esa diferenciación no se analizan en esta minuta.

⁶⁵ Estudio PUCV; pp. 96-97.

IV. ANÁLISIS DE LAS DENUNCIAS

IV.1. Antecedentes generales: existencia de integración vertical

49. Según se indicó *supra* (sección I), las Denuncias se sustentan en la supuesta ilicitud que se derivaría de la integración vertical entre Isapres y prestadores de salud, la que tendría como fuente, y/o sería causa de, el nivel de concentración que se exhibe a nivel de Isapres. Dicha ilicitud, afirman ambas presentaciones, no sólo contravendría el DL 211, sino que además el inciso 1° del artículo 173 del DFL N° 1.
50. Tal como se indicó también, en la actualidad, prácticamente todos los dueños de una Isapre participan, en alguna forma, en la propiedad de los principales prestadores de salud del país. El Anexo II de esta minuta presenta una descripción de esa integración vertical a esta fecha.
51. En virtud de lo anterior, en lo sucesivo, el presente análisis entenderá que dicha integración vertical existe, y que ella constituye una forma generalizada de organización en esta industria, sin perjuicio de lo que pudieran resolver las autoridades competentes respecto a una eventual infracción al artículo 173, inciso 1° del DFL N° 1, en el marco de sus potestades regulatorias.

IV.2. Integración vertical, mercado de la salud y libre competencia

52. En cualquier industria, la integración vertical constituye, al menos teóricamente, un mecanismo potencialmente eficiente para reducir los costos de transacción entre agentes económicos⁶⁶. Entre otras razones, esta forma de organización permitiría solucionar problemas económicos como la denominada *doble marginalización*⁶⁷, y también para alinear los

⁶⁶ Véase, a modo de ejemplo, Williamson, Oliver. "Las Instituciones Económicas del Capitalismo". Fondo de Cultura Económica, 1989; pp. 93-137.

⁶⁷ Motta, Massimo. "Competition Policy. Theory and Practice". Cambridge University Press, 2004; pp. 307-308. Para un detalle del problema de doble marginalización, véase Spengler, Joseph. "Vertical Integration and Antitrust Policy". Journal of Political Economy, 1950, No. 58; pp. 347-352.

esfuerzos del productor y del distribuidor en presencia de una relación del tipo *agente-principal*⁶⁸.

53. Sin perjuicio de lo anterior, la integración vertical también puede representar riesgos para la libre competencia, particularmente cuando ésta incide en uno o más segmentos del mercado con una estructura competitiva limitada⁶⁹. En efecto, en tales casos, la integración vertical puede ser utilizada, por ejemplo, como un mecanismo de *cierre de mercado* o de incremento artificial de costos de los rivales *aguas arriba* o *aguas abajo*⁷⁰. Incluso más, tal situación puede verse agravada cuando el actor dominante utiliza estrategias de subsidios cruzados, lo que a su vez puede incrementar eventuales efectos distorsionadores para la competencia en los diferentes segmentos del mercado, sean éstos más o menos competitivos⁷¹. Justamente es en base a este diagnóstico que el TDLC ha llamado la atención sobre los riesgos que involucraría este tipo de integración, normalmente cuando incide en infraestructuras tipo *cuello de botella* con algún grado de poder de mercado. Por lo anterior, en algunos de esos casos, el TDLC ha instado por la aplicación de medidas preventivas o correctivas en el marco de sus potestades legales⁷².

⁶⁸ Church, Jeffrey. "Vertical Mergers" en ABA Section of Antitrust Law, Issues in Competition Law and Policy, 2008; pp. 1480-1481.

⁶⁹ Areeda, Phillip y Hovenkamp, Herbert. Op. Cit.; p. 11.

⁷⁰ Comisión Europea. "Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas", C 265/07, de 18 de octubre de 2008; §30.

⁷¹ A modo de ejemplo, así lo señaló la Corte Europea de Justicia en el Caso *Telia-Sonera* (Asunto C-52/09), de 17 de febrero de 2011 (hipótesis de estrangulamiento de márgenes por actor verticalmente integrado); §85-§88.

⁷² Así consta en las siguientes decisiones: (i) Resolución N° 2/2005 (Caso *Bellsouth/Telefónica*); (ii) Sentencia N° 29/2005 (Caso *Transbank*); (iii) Resolución N° 11/2005 (Caso *SAAM*); (iv) Sentencia N° 45/2006 (Caso *Voissnet I*); (v) Sentencia N° 47/2006 (Caso *Sal Lobos*); (vi) Resolución N° 22/2007 (Caso *Hidroaysén I*); (vii) Resolución N° 25/2008 (Caso *Aeropuertos*); (viii) Sentencia N° 69/2008 y Sentencia N° 108/2010 (Casos *Coppec I y II*); (ix) Informe N° 5/2009 e Informe N° 6/2009 (Casos *Espigones I*); (x) Sentencia N° 88/2009 (Caso *Cellulink*); Resolución N° 34/2011 (Caso *Coppec/Terpel I*); (xi) Sentencia N° 121/2012 (Caso *Naviera Valdivia*); e, (xii) Informe N° 9/2013 (Caso *Licitación Puerto Montt*). En su Sentencia N° 124/2012 (Caso *CCS II*), el H. Tribunal realizó un análisis consistente, aunque rechazó el Requerimiento de la FNE por no haberse acreditado una intención o incentivo exclusorio. En particular, considerando vigésimo séptimo: "[h]abiendo establecido el especial deber de cuidado que tiene la CCS en sus conductas por ser una empresa dominante, que es poseedora de una facilidad esencial en el mercado aguas arriba, y que, además, participa en el mercado aguas abajo, es necesario revisar si las acciones efectuadas por ésta corresponden a conductas contrarias a la libre competencia".

54. Respecto del mercado de la salud, el análisis de la integración vertical, desde la perspectiva de sus efectos para la competencia, no se aparta en términos generales de aquel descrito para cualquier otra industria -aunque sí es relevante considerar de qué manera dicha integración incide en las fallas de mercado propias de este mercado-. Es decir, el análisis generalmente versa sobre un posible cierre de mercado en cualquiera de los segmentos. Sin perjuicio de lo anterior, según se ha mostrado *supra* (secciones III.2 y III.3), tampoco pueden descartarse *a priori* eventuales efectos explotativos en perjuicio de usuarios del sistema privado de salud⁷³.
55. Ahora bien, como se señaló al inicio, uno de los objetivos principales de todo sistema de salud es propender hacia la denominada *contención de costos*. Bajo este paradigma, la integración vertical entre asegurador y prestador podría propender hacia esa finalidad, al incentivar:
- i. La reducción de costos de transacción entre aseguradoras y prestadores, en la medida que los costos de coordinación, vía Convenios con terceros no relacionados, resulten mayores que aquellos;
 - ii. El alineamiento de objetivos de quienes, en esa relación asumen el rol de agente (prestador) y principal (aseguradora), específicamente en lo que se refiere al control de gasto de prestaciones.
 - iii. La reducción de la doble marginalización, al optimizar la función de ingresos de manera integrada; y,

⁷³ Teóricamente, las Isapres pueden modificar anualmente los precios de los planes de salud de sus afiliados, con las limitaciones previstas en la ley. Véase, el inciso 3° del artículo 197 y artículo 198 del DFL N° 1. En la práctica, es un hecho público y notorio que esta facultad ha sido limitada por la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, en interpretación de los derechos constitucionalmente consagrados de los afiliados. Luego, el ámbito posible de explotación de poder de mercado de las Isapres, en lo referente a sus afiliados, podría estar limitado a la circunstancia contingente de que el afiliado ejerza acciones de protección ante los Tribunales Superiores de Justicia para evitar el alza en el precio del respectivo plan de salud.

- iv. Eventuales economías de escala, de las que se beneficiaría, a lo menos, el prestador integrado⁷⁴.

56. Ahora bien, por su propia naturaleza y estructura, este mercado se encuentra especialmente afecto a riesgos para la competencia. A modo de ejemplo, la integración vertical podría exacerbar los siguientes problemas que resultan propios del mercado de la salud:

- i. *Cierre de mercado*. La posibilidad de que un modelo de integración vertical otorgue o incremente la aptitud de excluir a potenciales entrantes en cualquiera de los segmentos del mercado, ha sido considerado a nivel comparado como el principal problema de esta forma de organización⁷⁵⁻⁷⁶. Este riesgo se sustentaría en las siguientes circunstancias:

⁷⁴ Gaynor, Martin y Town, Robert. Op. Cit.; p. 101: "As in the general case, vertical integration can serve to achieve efficiencies. It can eliminate double marginalization, hold-up problems, transaction costs, and information asymmetries (improved monitoring). In the case of hospitals and insurers, there are also important spillover effects which integration can internalize. Insurers and hospitals make decisions over many matters like pricing, information systems, etc. which affect each other. Integration can allow for efficient coordination on such choices". Para la relación con posibles economías de escala, ver McGuire, Alistair et. al. "The Economics of Health Care", Routledge, 1988; p. 177.

⁷⁵ A modo de ejemplo, Competition Commission. "Private Health Care Market Investigation". Annotated issues statement, de 28 de febrero de 2013, en que se pronunció respecto del rol de uno de los principales aseguradores del Reino Unido, The British United Provident Association Limited (BUPA); §154-§157: "In the statement of issues, we noted that Bupa, through ownership of the Cromwell Hospital in London, is vertically integrated. We also noted that Bupa and possibly some other PMIs may also own some primary care facilities. At that stage, we said that we did not consider that these vertical linkages were likely to lead to significant harm to competition but that we would keep an open mind to any potential vertical theory of harm as our investigation progressed. Vertical linkages do not necessarily give rise to competition concerns, but we would be concerned if there was a viable mechanism whereby a vertically-integrated firm could foreclose competitors either in the upstream or downstream market (...) We have concerns regarding the ownership by private hospital groups of primary care and outpatient diagnostic centres principally, but not exclusively, in London. These concerns centre on the possibility that such facilities might lead to patient referrals predominantly being made to hospitals in the same group or for testing or treatment for reasons other than the patient's best interest. This could be a concern if it was likely to foreclose rivals from a significant proportion of customers, or from a significant group of customers that may be particularly important to rival hospitals if they are to compete effectively (eg. policyholders at large corporate clients). Whilst the ownership of primary care or outpatient diagnostic centres does not in itself establish a competition problem, we would nevertheless want to consider the matter further". En todo caso, cabe destacar que en su Provisional Findings Report, de 28 de agosto de 2013, la Competition Commission señaló que: "We did not receive evidence of Bupa's vertical linkages through its ownership of the Bupa Cromwell Hospital or any other insurers which might own primary care facilities being likely to lead to significant harm to competition". Sin embargo, parte de esta conclusión se puede deber a que el hospital Bupa Cromwell posee entre un 5% a un 10% de participación de mercado, siendo en consecuencia un actor más bien menor (p.186).

(a) Aguas arriba, en un contexto de cautividad de muchos de los afiliados, el asegurador tendría la capacidad para *inducir demanda* o, lo que es lo mismo, castigar a aquellos asegurados que prefieran alternativas de libre elección, con prestadores distintos al relacionado (v.gr., a través de un mayor uso de planes de prestador preferente, en perjuicio de aquellos de libre elección)⁷⁷. Es decir, en ausencia de una regulación que obligue a las aseguradoras a entregar condiciones no discriminatorias a todos los prestadores institucionales y en presencia además de una baja competencia en el nivel *aguas abajo*, podrían existir incentivos para que las Isapres incrementen artificialmente la demanda por sus propios prestadores, en desmedro de terceros competidores *aguas arriba*, con los eventuales riesgos exclusorios que ello conllevaría en ese nivel⁷⁸⁻⁷⁹. Es decir, los comportamientos potencialmente exclusorios podrían consistir en una negativa de venta, un aumento artificial de costos a los prestadores competidores y/o, eventualmente, en conductas de *sabotaje* no consistentes en precios, entre otras.

(b) Aguas abajo, para hacer viable su entrada o expansión, la escala mínima eficiente de afiliados que un asegurador necesita podría verse bloqueada o encarecida, en el evento de que dichos aseguradores no puedan acceder a determinados prestadores que gozan de una posición preponderante (v.gr. por existir alguna forma de exclusividad), o lo hagan en condiciones sustancialmente menos favorables que la Isapre relacionada

⁷⁶ Véase, Ohlhausen, Maureen (Comisionada, Federal Trade Commission). "Protecting Consumer Welfare in the U.S. Health Care Sector", Berlín, 13 de septiembre de 2013; pp.5-6. Para mayor información, véase Complaint ¶¶ 1-2, 22-25, Reading Health Sys., Dkt. No. 9353 (F.T.C. Nov. 16, 2012).

⁷⁷ Para una definición de los planes con prestador preferente, véase el Anexo I de esta minuta.

⁷⁸ Greaney, Thomas. "Managed Competition Integrated Delivery Systems and Antitrust". Cornell Law Review, Vol. 79, 1994; pp. 1539-1540.

⁷⁹ De hecho, al menos teóricamente, a través de las modalidades de *planes cerrados* y *planes preferentes*, es la propia regulación la que admite el derecho de las Isapres a no ofertar las mismas condiciones económicas a todos los prestadores que cumplan con los requisitos establecidos por aquellas. Para un mayor detalle, véase *infra*, Anexo I.

(v.gr. Convenios que no emulen la relación con el asegurador integrado). O, de modo alternativo, exigiría de ese entrante un ingreso en el segmento de prestadores⁸⁰. Este riesgo se incrementaría en caso de que pueda obtenerse evidencia de que existan prestadores del tipo "*must have*", tal y como se ha analizado en el derecho comparado⁸¹. Lo anterior, pues a mayor relevancia del prestador, más probable sería que una estrategia exclusoria de competidores en el mercado *aguas abajo* sea efectiva (a través de precios más caros a aseguradores)⁸².

Cabe destacar que dada la cautividad identificada, las barreras a la entrada existentes en ambos segmentos y, en general, los restantes elementos que hacen más imperfecta la competencia en éstos. Por otra parte, tampoco resulta evidente que pueda existir competencia eficaz entre redes verticalmente integradas de prestadores y aseguradores, o que ello constituya en general el modelo de competencia que tienda a maximizar el bienestar de los beneficiarios y pacientes.

- ii. *Problemas de agente-principal*. En este caso, entre el usuario y su Isapre escogida, pues los objetivos de esta última podrían estar alineados con los del prestador relacionado (o en un escenario de integración hacia abajo con el *staff* médico)⁸³, quien a su vez podría tener incentivos a incrementar las prestaciones de un tratamiento por sobre los niveles óptimos, o cobrar tarifas explotativas que no serían disuadidas a través del rol que teóricamente debe cumplir el

⁸⁰ Gaynor, Martin y Town, Robert. Op. Cit.; p. 102: "*The traditional concern with vertical integration, however, is that it can serve to enhance or extend market power. An integrated insurer-hospital firm may find it profitable to exclude rival insurers from access to the hospital, or charge them prices higher than the internal transfer price of the integrated form (raising rivals' costs) (...)*".

⁸¹ Es decir, que constituyan contratantes indispensables para los aseguradores, con lo cual podría existir cierto poder de mercado sin contrapeso de parte de estos últimos. Véase, Competition Commission, 28 de agosto de 2013, Op. Cit.; p.223. Adicionalmente, la Competition Commission constató que en presencia de una alta concentración en los prestadores, a nivel local, existía una correlación con mayores precios cobrados por éstos a los aseguradores. *Ibid.*, p.228 y p.231.

⁸² *Ibid.*, pp.212 y siguientes. En el mismo sentido, Ohlhausen, Maureen, Op. Cit.; p.3.

⁸³ A modo de ejemplo, esto ocurriría en caso de que se entreguen incentivos a los médicos que pertenecen al *staff* del prestador para derivar pacientes hacia prestadores relacionados de la Isapre.

asegurador. De esta manera, una de las fallas de mercado existente, que consiste en la asimetría de información entre prestador y paciente, se puede ver incrementada cuando la Isapre no tiene sus incentivos alineados con los del usuario⁸⁴. Relacionado con lo anterior, los copagos en el nivel prestador podrían actuar como dobles rentas para un mismo agente económico. En efecto, si bien la exigencia de un copago para el usuario puede ser un mecanismo justificable desde la perspectiva de la reducción del llamado *riesgo moral*, en un contexto de integración vertical y de pago por prestaciones (por oposición a pagos asociados a diagnósticos u otras formas de paquetización de servicios), un mismo agente económico, cuyo poder de mercado se ha incrementado en virtud de esa integración, podría tener incentivos a fijar copagos por sobre el nivel que permitiría un funcionamiento eficiente de ambos segmentos.

- iii. *Diferenciación de servicios y cautividad.* La integración vertical de aseguradoras y prestadores institucionales reduciría las alternativas disponibles para los usuarios al momento de escoger en cuál de estos prestadores atenderse, aumentando la diferenciación de los servicios. Este aspecto probablemente es más relevante en el caso de patologías de complejidad, donde la posibilidad de escoger a un especialista o prestador determinado, se vuelve primordial para el asegurado, dada la mayor confianza que podría existir en la relación entre el paciente y un médico especialista en concreto, o un prestador en particular⁸⁵.

⁸⁴ Véase, al respecto, Superintendencia de Salud. "Coberturas Financieras de los Planes de Salud de Isapres Planes Individuales Isapres Abiertas Base 2012", de Junio de 2013; p.5.

⁸⁵ El bajo uso del régimen de Garantías Explícitas de Salud (GES) por los usuarios de Isapres, vis-à-vis aquellos usuarios adscritos a Fonasa/Régimen General de Garantías de Salud (*razón de uso*), confirmarían esta conclusión. Según cifras de la Superintendencia de Salud, la razón de uso de las GES -es decir, la diferencia de intensidad de uso que los beneficiarios de Isapres hacen del GES en relación a aquellos de Fonasa que utilizan el Régimen General de Garantías de Salud (AUGE)- aumentó para las principales 15 patologías durante el período enero-julio de 2012, en relación a igual período del año anterior. Ello, con excepción de tres de ellas, en que esa razón se redujo en una baja proporción (Atención de Urgencia del Traumatismo Cráneo Encefálico moderado o grave, Infección Respiratoria Aguda Infantil y Cataratas), además del Trauma Ocular grave, en que la razón se mantuvo. "Casos GES (AUGE) acumulados a junio 2012". Disponible en: <<http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/w3-propertyvalue-3821.html>>. [Fecha última visita: 24 de julio de 2013].

57. Justamente, dadas sus características, sus fallas intrínsecas y su estructura regulatoria, según ha sido descrito en las secciones anteriores, teóricamente el mercado chileno de la salud privada puede ser más proclive a presentar riesgos anticompetitivos como los descritos *supra*, como consecuencia de la integración vertical existente entre asegurador y prestador⁸⁶.

IV.3. Aspectos adicionales relacionados con las Denuncias

58. El análisis desarrollado hasta ahora, muestra que la integración vertical en el sector salud, particularmente en lo que dice relación con la integración entre prestadores e Isapres, tiende en principio a producir efectos ambiguos o indeterminados. Es decir, que no resulta posible dirimir en términos absolutos, y de modo abstracto, si la integración entre Isapres y prestadores genera efectos negativos en términos de bienestar, que justifiquen la intervención de los organismos de defensa de la libre competencia⁸⁷.

59. Lo que sí puede concluirse, en cambio, es que la propia naturaleza del mercado chileno de la salud puede conllevar riesgos intrínsecos para la libre competencia derivados de esa forma de integración. Sin embargo, a la fecha, esta Fiscalía no tiene evidencia concreta de que exista una exclusión como consecuencia de la integración vertical.

60. De ahí que, en ausencia de un caso específico de efectos anticompetitivos derivados de la integración vertical, que esta Fiscalía pueda analizar -por ejemplo, una operación de concentración futura, en la cual se puedan determinar sus riesgos y beneficios para la libre competencia y sopesar ambos-, se estima que un análisis en abstracto, como el solicitado en las Denuncias, debiera más bien darse en el contexto de eventuales cambios

⁸⁶ Bitrán, Eduardo y Paraje, Guillermo. "Integración Vertical". El Mercurio, 4 de febrero de 2013. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/blogs/2013/02/04/8958/integracion-vertical.aspx>>. [fecha última visita: 11 de julio de 2013].

⁸⁷ Gaynor, Martin. "Is Vertical Integration Anticompetitive? Definitely Maybe (But That's Not Final)". Journal of Health Economics, Vol. 25, No. 1, 2006; pp. 1-28.

legislativos y regulatorios, del tipo *ex ante*, en una línea similar a la propuesta por el Estudio PUCV encargado por esta Fiscalía.

61. En este mismo orden de ideas, cuando ambas Denuncias solicitan de esta Fiscalía un juicio normativo acerca del posible incumplimiento del artículo 173, inciso 1° del DFL N° 1 por parte de las Isapres, lo que se está requiriendo es que este Servicio cumpla un rol que excede sus potestades, pues la interpretación de la normativa sectorial corresponde al Ministerio de Salud y a la Superintendencia de Salud.
62. En efecto, que la mencionada disposición prohíba absolutamente la integración vertical entre Isapres y prestadores, o que en cambio sólo exija una separación jurídica de tipo formal entre ambas actividades -pudiendo entonces existir una relación de propiedad indirecta entre las mismas- es una materia que no corresponde a esta Fiscalía dirimir, más allá de que resulte patente que se trata de una materia interpretativamente compleja y, en todo caso, de aplicación limitada⁸⁸. En el Anexo III de esta minuta se analiza la materia con algún mayor detalle, a la luz de la Historia Fidedigna del Establecimiento de esa disposición, así como de algunas experiencias del derecho comparado.
63. En cualquier caso, esto no obsta, a que la discusión acerca de cuál es el ámbito admisible de integración vertical entre asegurador y prestador, sea una cuestión que deba resolverse a través de la labor legislativa⁸⁹.

⁸⁸ En efecto, el artículo 1° transitorio de la Ley N° 20.015, establece que: "*Aquellas Instituciones de Salud Previsional que, a la fecha de publicación de la presente ley, sean también prestadores de atenciones de salud, deberán constituir, dentro del plazo de un año contado desde dicha publicación, una nueva Institución de Salud Previsional, mediante la creación de una persona jurídica distinta, la que se entenderá, para todos los efectos legales, como continuadora legal de aquélla en lo que dice relación con el giro de financiar prestaciones y beneficios de salud regulados por la ley N°18.933, especialmente para lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N°19.895*".

⁸⁹ A modo de ejemplo, una experiencia interesante en este sentido es la Ley N° 1122, de 5 de enero de 2007, de Colombia, cuyo artículo 15, inciso 1°, establece que: "*Regulación de la integración vertical patrimonial y de la posición dominante. Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS [Instituciones Prestadoras de Salud] más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud*". Esta disposición fue objetada por razones de constitucionalidad, al estimarse por el reclamante que ella conllevaba una restricción irrazonable y desproporcionada de la libertad de empresa y de la libertad de competencia económica consagrados en los artículos 333 y 334 de la Constitución. La Corte Constitucional de

64. Ello, naturalmente, no inhibe la intervención de la FNE, al amparo del DL 211, en aquellos casos en que se constaten riesgos específicos y concretos derivados de alguna integración vertical entre una Isapre y uno o más prestadores en particular, o la comisión de algún ilícito anticompetitivo en virtud de tal integración y de la naturaleza propia del mercado de la salud (como por lo demás resulta usual a nivel comparado)⁹⁰.
65. Lo anterior tampoco obsta a que esta Fiscalía pueda, cuando se estime necesaria su intervención, actuar como entidad técnica en una eventual discusión sobre cambios normativos que pudieran hacerse al DFL N° 1, y que busquen mitigar o eliminar los riesgos que la señalada integración vertical pudiera generar para la competencia en el mercado de la salud privada, dada su estructura y regulación actual⁹¹.

Colombia, mediante su Sentencia C-1041, del año 2007, confirmó la constitucionalidad de esa disposición: "[en] el entendido de que las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados. En todo caso, se atenderán los eventos de urgencia".

⁹⁰ A modo de ejemplo, en Holanda, el Ministerio de Salud convocó el año 2009 a una Comisión de Expertos Independientes que, entre otras cosas, analizó los riesgos relacionados a la integración vertical entre aseguradoras y prestadores. La referida Comisión concluyó que no existían razones *a priori* para considerar que tal integración daría lugar a abusos que afectarían la competencia en el mercado, y que en todo caso existían instrumentos suficientes para contrarrestar tales conductas, entre los cuales incluyó el régimen de defensa de la libre competencia y la regulación sectorial. En relación a un nuevo interés del Ministerio de Salud por prohibir la integración vertical, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en su Estudio Económico del año 2012, señaló que: "*Vertical integration between insurers and providers may be another effective measure to reduce information asymmetries. On the other hand, such integration could reduce insurers' incentives for providing transparent information on the quality of care. On balance, the government is proposing a prohibition of such vertical integration to prevent insurers from foreclosing by directing their customers to their own providers with temporary exemptions for starting a new innovative provider and for securing provision of essential services. However, the proposal would reduce the room for effective competition and limited vertical integration can allow insurers to gather valuable information from suppliers. Indeed, in terms of competition the proposal is unnecessary as the Competition Authority can already prohibit vertical mergers that lead to dominant positions (...)*"; pp. 33-34. Para un mayor detalle, véase Sauter, Wolf. "The impact of EU competition law on national healthcare systems". TILEC Discussion Paper DP 2012-032, agosto 2012; p. 33. Por su parte, en Estados Unidos, la Federal Trade Commission señaló en su oportunidad que: "*[a]ntitrust has a role to play in ensuring that vertical integration in health care markets is accomplished in the most procompetitive fashion posible*". Varney, Christine. "Efficiency Justifications in Hospital Mergers and Vertical Integration Concerns". Healthcare Antitrust Forum, mayo 1995.

⁹¹ Entre otros, aunque no exclusivamente, podría evaluarse la introducción de reformas asociadas a: (i) un Plan Garantizado de Salud (PGS) para un conjunto de prestaciones recurrentes y de alto impacto económico (sin perjuicio de la posibilidad de planes adicionales o complementarios para esas mismas prestaciones); (ii) una reducción sustancial del número de planes de salud (incluyendo los Planes Complementarios) ofrecidos por las Isapres respecto de las coberturas

66. En cambio, se considera que cualquier otra actuación de esta Fiscalía sería innecesaria e ineficaz para prevenir riesgos potenciales para la libre competencia, respecto de los cuales se carece de información en cuanto a su probabilidad y verosimilitud.

V. CONCLUSIONES

67. Dados los antecedentes tenidos a la vista, en opinión de esta División las conductas descritas no ameritarían el inicio de una investigación, al no haber identificado hechos, actos o convenciones específicos o concretos que se estimen contrarios al DL 211, y que en consecuencia sean susceptibles de corregirse o sancionarse en sede de libre competencia. Lo anterior, más aun considerando que las cuestiones propias de la estructura actual del mercado, podrían ser más eficazmente abordadas a través de reformas legislativas y regulatorias, en línea con lo planteado por el Estudio PUCV.

68. Lo señalado es sin perjuicio de que esta Fiscalía debiera mantener una estrecha supervigilancia de eventuales efectos anticompetitivos concretos que pudieran derivarse de la integración vertical entre Isapres y prestadores de salud, dados los riesgos intrínsecos que ésta conlleva

adicionales, con el objeto de reducir asimetrías de información y la cautividad de los afiliados, fomentando una mayor comparabilidad a nivel de precios; y, (iii) un Fondo Solidario de Compensación entre Isapres y Fonasa (modelo universal y solidario, por posición a aquel descrito *supra* que se reduce únicamente al sistema de Isapres), que viabilice la sustituibilidad de este último. En este sentido, las denominadas "Soluciones Integrales a Problemas de Salud", actualmente vigentes, permitirían una mayor transparencia y comparabilidad en los precios cobrados por los prestadores, al constituir una modalidad de cobro asociada a un valor único que comprende un conjunto de prestaciones (paquetes) destinadas a tratar en forma integral un diagnóstico o patología determinada. Véanse: Normas Técnicas de la Asociación de Clínicas de Prestadores de Salud Privados A.G., Clínicas de Chile A.G., y la Asociación de Isapres A.G. sobre Soluciones Integrales a Problemas de Salud y la Circular N° 200, de 10 de septiembre de 2013, de la Superintendencia de Salud, que: "Imparte Instrucciones sobre la Forma de Cobro y Bonificación de las 20 Soluciones Integrales a Problemas de Salud". En relación a la reducción de asimetrías de información y al impacto positivo de las paquetizaciones en la función de contención de costos generales del sistema, ver Patel, Kavita. Op. Cit.; pp. 4-9. Respecto a la necesidad de una mayor transparencia de precios en planes de salud y prestaciones, véase Emanuel, Ezekiel et. al. "A Systemic Approach to Containing Health Care Spending". New England Journal of Medicine No. 367, septiembre de 2012; pp. 949-954. En el mismo sentido, Muir, Morgan et. al. "Price Transparency in the Healthcare Market". UCSF/UC Hastings Consortium on Law, Science and Health Policy, marzo de 2013.

(particularmente de *cierre de mercado* a nivel de Isapres) y que existirían como consecuencia de la estructura y características de esta industria.

Por lo anterior, salvo su mejor parecer, esta División sugiere no iniciar una investigación en relación con los hechos descritos en las Denuncias.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES


BMH

ANEXO I

Algunas características de la regulación del sector salud

Se exponen a continuación algunas características y definiciones contenidas en la regulación del sector salud:

1. *Beneficiarios y afiliados o cotizantes.* El DFL N° 1 precisa los afiliados al Régimen y las obligaciones que éstos tienen de financiar las prestaciones de salud mediante el pago de cotizaciones (obligatorias y/o voluntarias) y los respectivos copagos por las prestaciones recibidas⁹². Asimismo, define al conjunto de beneficiarios, entre los que se incluyen los afiliados, que representan la totalidad del universo de sujetos con derecho a acceder a las prestaciones de salud, así como la modalidad para ejercer dicho acceso⁹³.
2. *Régimen General de Garantías de Salud y Garantías Explícitas de Salud.* A partir de la reforma introducida por la Ley N°19.966, del año 2004, las prestaciones de salud y su aseguramiento se rigen por un régimen de garantías básicas o mínimas de salud, las que son obligatorias tanto para el sistema público como para el privado⁹⁴. En el caso del sistema público, éste se denomina Régimen General de Garantías de Salud ("AUGE") y, salvo en casos debidamente calificados, es otorgado por Fonasa a través de los prestadores públicos pertenecientes a la Red Asistencial de Servicios de Salud y otros Establecimientos de Salud (v.gr. Establecimientos de Autogestión de Red)⁹⁵. En síntesis, el AUGE busca garantizar el derecho a las acciones de prevención, protección y curación de la salud definidos por la propia Ley N° 19.966, su Reglamento y demás normas complementarias,

⁹² Véase, entre otros, los artículos 135, 158 del DFL N° 1.

⁹³ Así consta en los artículos 134, 136 y 137 del DFL N° 1. En el caso de las Isapres, este acceso en calidad de afiliado (con sus respectivos beneficiarios) se materializa mediante la suscripción del respectivo contrato de salud y el Plan de Salud Complementario, según lo dispone el artículo 189 del mismo cuerpo legal.

⁹⁴ Véase el artículo 24 de la Ley N° 19.966.

⁹⁵ Véanse los artículos 17, 18, 31 y 141 del DFL N° 1 en relación con el artículo 25 de la Ley N° 19.966.

así como la forma de remuneración a los prestadores que formen parte de este régimen⁹⁶.

3. Por su parte, el sistema privado incorpora este conjunto de prestaciones mínimas bajo la denominación de Garantías Explícitas de Salud ("GES"), que se encuentra bajo la administración de las Isapres. El GES se basa, como mínimo, en el acceso a las mismas prestaciones definidas para el sistema AUGE, a través de los prestadores con los cuales la Isapre respectiva tenga un Convenio⁹⁷. De este modo, cualquier beneficio adicional al GES, que fuese convenido entre la Isapre y el afiliado, deberá pactarse en un Plan de Salud Complementario que debe suscribirse entre las partes ("**Plan Complementario**")⁹⁸.
4. Finalmente, cabe destacar que el GES tiene cierto componente de solidaridad, aunque sólo al interior del sistema privado de salud y, por lo tanto, no resulta extensible al sistema público⁹⁹.
5. *Modalidades de prestaciones de salud.* Las prestaciones que forman parte del AUGE son otorgadas a través de la denominada Modalidad de Atención Institucional ("MAI"), que supone la celebración de convenios con los

⁹⁶ Véase el artículo 11 de la Ley N° 19.966. Entre las garantías más relevantes, el artículo 138 letra b) del DFL N° 1, consagra el derecho a las prestaciones relacionadas con la denominada *asistencia médica curativa* (consulta, exámenes y procedimientos diagnósticos y quirúrgicos, hospitalización, atención obstétrica, tratamiento, incluidos los medicamentos contenidos en el Formulario Nacional). A su turno, los incisos 1° y 2° del artículo 2° de la Ley N° 19.966, establecen que: "*El Régimen General de Garantías contendrá, además, Garantías Explícitas en Salud relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que señale el decreto correspondiente. El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios. Las Garantías Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan*". Actualmente, los denominados Problemas de Salud y Garantías Explícitas de Salud, se regulan en el Decreto Supremo N° 04, de 5 de febrero de 2013.

⁹⁷ Así lo dispone el artículo 2° de la Ley N° 19.966 y los artículos 189 letra a) y 205 del DFL N° 1.

⁹⁸ Véase el artículo 192 del DFL N° 1.

⁹⁹ El párrafo 6° del Título II del Libro I del DFL N° 1 creó un sistema de compensaciones obligatorias entre Isapres, denominado Fondo de Compensación Solidario Previsional, cuya finalidad es solidarizar los riesgos en salud entre los beneficiarios de las Isapres, con relación a las prestaciones que conforman el GES. Este Fondo compensa entre sí a las Isapres por la diferencia entre la prima comunitaria que se determine para el GES y la prima ajustada por riesgos que corresponda.

prestadores públicos que conforman la Red Asistencial¹⁰⁰. En el caso del sistema privado, el GES será otorgado a través de los prestadores con los cuales cada Isapre suscriba el respectivo Convenio¹⁰¹.

6. Sin perjuicio de lo anterior, tanto el sistema público como el privado contemplan también la denominada Modalidad de Libre Elección ("MLE")¹⁰². En el caso de Fonasa, la MLE operará respecto de aquellos prestadores inscritos en dicha institución y que hubiesen suscrito un Convenio con ésta, en el cual se acepta el arancel fijado por Fonasa, con excepción de las prestaciones por concepto de "día cama" y "derecho de pabellón", que sí admiten un mayor copago directo por el beneficiario¹⁰³. Los montos de las prestaciones que Fonasa financia varían bajo esta modalidad, aunque en general no exceden del 80% del valor definido en el referido arancel¹⁰⁴. De este modo, la MLE constituye una excepción a la MAI, que normalmente se utiliza por elección del propio afiliado¹⁰⁵.
7. Para el sistema privado, la Isapre puede convenir con el afiliado cualquiera de las siguientes modalidades -o *planes*- para regular los beneficios adicionales al GES: (a) *plan de libre elección*, que es aquel en que la elección del prestador de salud es resuelta discrecionalmente por el beneficiario; (b) *plan cerrado*, que es aquel cuya estructura sólo contempla el financiamiento de todas las atenciones de salud a través de determinados prestadores individualizados en el Plan Complementario, con los cuales la Isapre tiene Convenio, no previéndose el acceso por el

¹⁰⁰ Véanse los artículos 36 letra n) y 50 letra b) del DFL N° 1, que regulan los Convenios bajo MAI entre prestadores, los Servicios de Salud y Fonasa, en relación con el artículo 25 de la Ley N° 19.966.

¹⁰¹ El artículo 27 de la Ley N° 19.966, dispone que: "*Para tener derecho a las Garantías Explícitas en Salud, los beneficiarios de la ley N°18.933 [beneficiarios de Isapres] a quienes se les haya diagnosticado alguna de las enfermedades o condiciones de salud cubiertas por dichas Garantías Explícitas, deberán atenderse con alguno de los prestadores de salud que, para tales efectos, determine la Institución de Salud Previsional a la que se encuentren afiliados, de acuerdo al plan contratado para estos efectos (...)*".

¹⁰² En lo sustancial, la MLE se encuentra regulada en los artículos 142 y 143 del DFL N° 1.

¹⁰³ Véase el artículo 143 literal c), inciso 4° del DFL N° 1.

¹⁰⁴ Ver, artículo 159 del DFL N° 1 y *supra*, Nota N° 14. En cuanto al financiamiento de las prestaciones bajo esta modalidad, ver el artículo 143 del DFL N° 1.

¹⁰⁵ Según lo establece el artículo 27 de la Ley N° 19.966.

beneficiario a las prestaciones bajo la MLE, salvo en casos excepcionales y calificados; y, (c) *plan con prestadores preferentes*, que es aquel cuya estructura combina, al menos teóricamente, la atención bajo la MLE y el financiamiento de beneficios a través de determinados prestadores previamente individualizados en el Plan Complementario, y con los cuales la Isapre tiene Convenios suscritos¹⁰⁶. Cabe destacar que la normativa no limita el número de *planes* que puede ofrecer una misma Isapre, sino que sólo establece deberes de registro y publicidad en relación a éstos. Asimismo, se establece una regla de no discriminación de los beneficiarios que forman parte de cada Plan Complementario¹⁰⁷.

8. *Potestades regulatorias*. Finalmente, se debe tener en cuenta que esta industria posee distintos reguladores sectoriales, tanto respecto de la organización y funcionamiento del sistema público como del privado¹⁰⁸. Destacan, a este respecto, las potestades del Ministerio de Salud, por sí o por intermedio de las respectivas Subsecretarías de Redes Asistenciales y Salud Pública¹⁰⁹ -en algunos casos, además, con la intervención del Ministerio de Hacienda-, de Fonasa¹¹⁰ y de la Superintendencia de Salud¹¹¹.

¹⁰⁶ Véanse, los artículos 170 letra k) y 189 del DFL N° 1, en relación con el artículo 27 de la Ley N° 19.966.

¹⁰⁷ Véanse, los artículos 170 letra m), 172, 189, 197, 216 N° 8 y 217 del DFL N° 1. Al igual como sucede con la MLE en relación al AUGE, el artículo 192 dispone que: "*Todos los beneficios distintos a los contemplados en las Garantías Explícitas en Salud que otorgue la Institución de Salud Previsional deberán estar incluidos en el Plan de Salud Complementario*". Es decir, los planes convenidos ente Isapre y afiliado, constituyen una alternativa a la prestación mínima impuesta por el régimen de GES.

¹⁰⁸ En términos generales, el Libro I del DFL N° 1, en sus artículos 1° a 130, establece la organización, funciones y potestades de los distintos organismos públicos de salud que participan de la regulación de esta industria.

¹⁰⁹ Según lo disponen los artículos 4 a 15 del DFL N° 1.

¹¹⁰ Véanse los artículos 49 a 56 del DFL N° 1.

¹¹¹ Véanse los artículos 106 a 130 del DFL N° 1.

ANEXO II

Integración Vertical en el Mercado de la Salud Privada

GRUPO	Banmédica	Cruz Blanca	Consalud	Colmena	Ferrosalud	Masvida
ISAPRE	Banmédica Vida Tres	Cruz Blanca	Consalud	Colmena Golden Cross	Ferrosalud	Masvida
CENTROS HOSPITALARIOS	Clinica Santa María	Clinica Reñaca	Clinica Tabancura	Centro Médico Dial	Clinica Central	Clinica Las Lilas
	Clinica Dávila	Clinica Antofagasta	Clinica Bicentenario			Clinica Universidad de Concepción
	Clinica Vespucio	Clinica San José de Arica	Clinica Avansalud			Clinica el Loa
	Clinica Biobío		Clinica Iquique			Clinica Los Andes de Puerto Montt
	Clinica Ciudad de Mar		Clinica Elqui			
	Clinica Alameda		Clinica Curicó			
			Hospital Clínico del Sur			
			Clinica Puerto Montt			
			Clinica La Portada			
			Clinica Integral de Rancagua			

CENTROS HOSPITALARIOS (con participación minoritaria)	Clinica Los Carrera Clinica Los Leones Clinica Iquique	Hospital Clínico Viña del Mar	Clinica UC San Carlos de Apoquindo Clinica Magallanes Clinica Integral de Rancagua Hospital Clínica del Sur Clinica Puerto Montt Clinica Elqui Clinica Curicó Clinica Lircay Clinica Valparaiso Clinica Atacama Hospital Clínico de Temuco		Clinica Isamédica Clinica Magallanes Clinica Chillán
	Vida Integra	Integramédica Otros centros de menor tamaño	Arauco Salud Megasalud Onco Red	Centro Médico Plusmédica	
CENTROS AMBULATORIOS			Centro Salud Mental		

				Centro Médico y Diagnóstico Atacama			
				Otros centros médicos regionales			
HOSPITALIZACIÓN DOMICILIARIA	Home Medical	Clinical Service			Dial Médica Golden Cross		
RESCATE DOMICILIARIO	Help						

Fuente: Elaboración propia en base a información pública disponible en Diario Oficial y Memorias Anuales a agosto de 2013.

ANEXO III

Sobre el posible sentido y alcance del inciso 1° del artículo 173 del DFL N° 1

1. Aunque la interpretación acerca del sentido y alcance del inciso 1° del artículo 173 del DFL N° 173 es una materia que escapa a las potestades y competencias de esta Fiscalía, es útil considerar algunas circunstancias asociadas a la Historia Fidedigna acerca de su Establecimiento, a través de la Ley N° 20.015, que fijó su actual texto (Boletín N° 2981-11).
2. Muestra ésta que, si bien ambas interpretaciones son técnicamente posibles, la evidencia pareciera favorecer aquella interpretación que entiende que el cumplimiento del inciso 1° del artículo 173 se satisface mediante la separación jurídica de Isapres y prestadores, las que en consecuencia pueden encontrarse bajo un controlador común.
3. Así, a modo de ejemplo, durante la tramitación del referido proyecto de ley ante las Comisiones unidas de Hacienda y de Salud de la H. Cámara de Diputados, se introdujo una indicación que consagraba un nuevo artículo 22 en el siguiente sentido: *"Las instituciones tendrán por objeto exclusivo administrar la cotización para la salud de sus afiliados y contratar con los prestadores el otorgamiento de las prestaciones de salud asociadas a las enfermedades y condiciones de salud del régimen de garantías en salud y las prestaciones o beneficios complementarios a éste"*. Distintas opiniones de parlamentarios, efectuadas durante la tramitación del mencionado proyecto, daban cuenta de que esa disposición se satisfacía con la sola separación jurídica de ambas unidades económicas¹¹².

¹¹² Véase, a modo de ejemplo: Segundo Trámite Constitucional. Senado, 13 de mayo de 2003. Cuenta en Sesión 65, Legislatura 352. Informe de la Comisión de Salud: "[e]n cuanto a la integración vertical, la mayoría de la Comisión consideró que se trata de algo legítimo, en la medida que prestadores y aseguradores operen con independencia, persigan cada uno los objetivos que les son propios y cuenten con gerencia y contabilidad separadas, de manera de evitar subsidios ocultos o ahorro de costos cruzados. Se hizo presente que la figura de la integración es de carácter jurídico y su finalidad es prevenir el fraude tributario. Por otra parte, una norma legal que pretenda prohibirla puede ser fácilmente eludida por la vía contractual". En el mismo sentido, Senado, 20 de mayo de 2003. Legislatura 348, Sesión 55. Discusión en Sala. H. Senador Viera-Gallo: "Un segundo punto alude a que las ISAPRES estén más separadas de los prestadores, con el objeto de que no haya una integración vertical absoluta. En muchos casos, las instituciones de salud previsional son dueñas de clínicas y de centros médicos y, además, la contabilidad de la ISAPRE y de la clínica es una sola, con lo cual la confusión en el uso de los

4. Lo anterior se ratifica al analizar la existencia de otros proyectos de ley, actualmente en tramitación, que modifican el actual inciso 1° del artículo 173 del DFL N° 1 para incluir una prohibición absoluta de integración vertical, que vaya más allá de la mera separación formal. Al respecto, véanse los siguientes Boletines:

- i. N° 8792-11, de 22 de enero de 2013 (en primer trámite constitucional), iniciado por moción de los H. Senadores señor Rossi, señora Rincón y señores Girardi, Gómez y Ruiz-Esquide, que: *"[m]odifica el artículo 173 del decreto ley N° 1, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes Nos 18.933 y 18.469, con el objeto de impedir y sancionar la integración vertical de instituciones previsionales de salud y prestadores de beneficios de salud".* La nueva disposición que se propone tiene el siguiente texto: *"Las Instituciones tendrán por objeto exclusivo el financiamiento de las prestaciones y beneficios de salud. No podrán constituir empresas relacionadas, filiales o coligadas, con el objeto de desarrollar actividades de prestación. Asimismo, no podrán explotar, a cualquier título, derechos sociales o acciones de sociedades ni formar parte de contratos de asociación o cuentas en participación en empresas del mencionado rubro"; y,*
- ii. N° 7955-11, de 28 de septiembre de 2011 (en primer trámite constitucional), iniciado por moción de los H. Senadores señores

dineros es muy grande. Por lo menos, debe procurarse que sean empresas distintas, sociedades jurídicas diferentes. Sin embargo, siempre se va a plantear el problema de un holding, donde al final estén las ISAPRES, por una parte, y los prestadores, por otra. Pero debe evitarse que funcionen con un mismo rol tributario o con una misma personalidad jurídica". Finalmente, véase también: Senado. Segundo informe de la Comisión de Salud. Senado, de 25 de enero de 2005. Cuenta en Sesión 31, Legislatura 352: *"La Honorable Senadora señora Matthei afirmó que le parece razonable obligar a las entidades que otorgan prestaciones y a las que las financian a llevar contabilidades separadas, pero que resulta indefendible pretender que no tengan el mismo dueño. Declaró que no se puede ni se debe prohibir la integración vertical ni la horizontal. Los Honorables Senadores señores Boeninger y Ruiz-Esquide coincidieron en que no hay norma limitativa de alianzas estratégicas o comerciales que no pueda ser eludida o burlada. Lo importante es que si existen convenios entre aseguradores y prestadores éstos sean transparentes y las partes en esos acuerdos sean administradas separadamente, para evitar subsidios cruzados que no beneficiarían a los usuarios. El Honorable Senador señor Viera-Gallo añadió que no será la Institución de Salud Previsional la que nombre a sus propios directores o a los de las entidades prestadoras integradas, sino los propietarios de tales organizaciones".*

Girardi, Chahuán, Letelier, Rossi y Ruiz-Esquide, que: “[m]odifica el sistema privado de salud”. Este proyecto de ley busca agregar en el mencionado inciso 1° del artículo 173 la frase: “o tener participación societaria o accionaria directa o a través de terceros en instituciones de cualquier naturaleza que presten servicios de salud”.

5. En el derecho comparado, es útil considerar la Primera Directiva del Consejo de la Comunidad Europea, de 24 de julio de 1973, sobre Coordinación de las Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas Relativas al Acceso a la Actividad del Seguro Directo Distinto del Seguro de Vida, y a su Ejercicio (73/239/CEE), cuyo artículo 8.1.b establece, de modo similar al actual DFL N° 1, que: “El Estado miembro de origen exigirá que las empresas de seguros que soliciten autorización: limiten su objeto social a la actividad de seguro y a las operaciones que se deriven directamente de ella, con exclusión de cualquier otra actividad comercial”.

6. Al respecto, el Tribunal de Justicia Europeo señaló que: “[e]s importante subrayar que la prohibición que se hace a las empresas de seguros de ejercer actividades comerciales ajenas a los seguros, enunciada en la letra b) del apartado 1 del artículo 8 de las Directivas 73/239 y 79/267, modificado, pretende, en particular, proteger los intereses de los asegurados frente a los riesgos que podrían derivarse del ejercicio de dichas actividades para la solvencia de estas empresas. De ello se deduce que la disposición antes citada no impide a las empresas de seguros poseer acciones de sociedades anónimas que ejercen su actividad comercial fuera del sector de los seguros y a cuyo patrimonio se hallan limitados los riesgos financieros”¹¹³.

¹¹³ Sentencia de 20 de abril de 1999. Asunto *Försäkringsaktiebolaget Skandia* (C-241/97). Párrafo Cuadragésimo Séptimo. Esto sería consistente con la idea de que lo exigido actualmente por el DFL N° 1 sería una separación formal o meramente jurídica.