

ANT.: Denuncia en contra de
Comercial Hipnos Ltda., Rol
N° 2258-13 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 11 FEB 2014

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

Por medio de la presente, recomendamos a Usted disponer el archivo de la Denuncia del Antecedente, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 24 de septiembre de 2013, [REDACTED] presentó una denuncia en contra de Comercial Hipnos Ltda. ("Hipnos"), sociedad que agrupa a médicos anestesistas, entre otros profesionales de la salud.
2. La denuncia da cuenta que Hipnos ha celebrado una serie de contratos con el Instituto Nacional del Torax ("el Instituto") para la prestación de los servicios de anestesiología que no son suministrados por sus profesionales dependientes. Todos estos contratos se han suscrito en el contexto de diversas licitaciones públicas y tratos directos que ha llevado a cabo tal organismo.
3. Agrega la denuncia que los mismos médicos socios de la empresa y aquellos contratados por ella para prestar los servicios convenidos con el Instituto son, a su vez, trabajadores dependientes de este último.
4. Indica que en tal contexto se ha podido constatar una serie de faltas de índole administrativas, como por ejemplo irregularidades en los procesos licitatorios convocados por el Instituto para satisfacer las necesidades de servicios de

anestesiología, tratos directos para estos mismos servicios del todo improcedentes, pagos de honorarios a suma alzada sin cumplir las formalidades que establece la Ley, anterior calidad de jefe de anestesia del instituto de uno de los socios de Hipnos, entre otras de variada índole¹.

5. Adicionalmente, indica que revisadas las licitaciones convocadas por el Instituto en la página web www.mercadopublico.cl, se habría podido constatar que el único proveedor que presentó ofertas por el servicio de anestesiología para el Instituto fue Hipnos, las cuales le fueron adjudicadas en su totalidad.
6. Finaliza el denunciante indicando que son varios los antecedentes que podrían utilizarse para indagar si existe alguna vulneración a la normativa sobre la libre competencia.

II. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

7. De acuerdo a los antecedentes descritos, corresponde determinar, en el contexto del artículo 41 del Decreto Ley N° 211, si la presente denuncia da cuenta de hechos, actos o convenciones que podrían restringir o vulnerar la libre competencia o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3 del mismo cuerpo legal.
8. De esta forma, esta Unidad citó al representante de Hipnos a prestar declaración, como asimismo a otros de compañías similares, con el fin de evaluar el funcionamiento del mercado y el de este tipo licitaciones involucradas en la denuncia.

¹ Se denuncia, además: falta de un registro de asistencia de aquellos profesionales con contrato a honorarios; que no se adjunta título profesional y certificado de especialidad en una licitación; que no se señala el valor a cancelar a cada integrante del equipo médico en las propuestas económicas de las licitaciones 5355-101-LP09 y 5355-52-LE10; que la jefatura de anestesia del Instituto ha recibido emolumentos por parte de Hipnos; órdenes de compra emitidas sin aceptación del proveedor; que el 100% de los profesionales evidencia uno o más días de inasistencia injustificada; marcaciones del sistema biométrico incompletas; el 70% de los facultativos no cumplirían la jornada laboral, en otras.

III.1. EN CUANTO A LAS FALENCIAS E IRREGULARIDADES DE ÍNDOLE ADMINISTRATIVAS

9. En primer término y como se ha indicado, el denunciante da cuenta de una serie de irregularidades administrativas vinculadas a la prestación de los servicios médicos en el Instituto por parte de sus dependientes y a los procesos licitatorios convocados por aquel para satisfacer las necesidades de servicios de anestesiología.
10. Al respecto, esta Unidad considera que no es posible apreciar cómo tales supuestas faltas de índole administrativas, las que incluso han sido objeto de un informe de auditoría preparado por la Red de Hospitales Autogestionados², podría entorpecer, restringir o vulnerar la libre competencia.
11. En efecto, esta Unidad estima que las supuestas irregularidades denunciadas no podrían tener la aptitud, en principio, de alterar el escenario competitivo en las respectivas licitaciones o en algún mercado relevante, pues éstas no se refieren a la afectación de alguna variable competitiva en los términos del DL 211. En efecto, no es posible observar, de los antecedentes tenidos a la vista, cómo estos actos podrían, por ejemplo, constituir una práctica que tuviera por fin excluir a un ofertante de las licitaciones convocadas por el Instituto o dar cuenta de una coordinación entre empresas competidoras con el fin de efectuar un reparto de mercado. De esta forma, esta Fiscalía, en la medida que los actos escapen a la esfera del DL 211, carece de la competencia para indagar tales imputaciones.
12. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que respecto de estos mismos hechos podrían existir otras reparticiones públicas que, ostentando competencia para conocer de tales asuntos, pueden corregir las supuestas inobservancias de índole administrativa ejecutadas por el Instituto en su labor diaria y en el contexto de las licitaciones que convoca para los servicios de

² Documento acompañado en la denuncia.

anestesiología, como lo son el H. Tribunal de Contratación Pública³ o la Contraloría General de la República.

13. Lo anterior, sin desmedro de la atribución de los organismos de defensa de la libre competencia para conocer actos o irregularidades administrativos que puedan ser aptos para generar un efecto anticompetitivo en el respectivo mercado relevante⁴. Más aún, el mismo TDLC ha declarado que acciones arbitrarias cometidas por un ente público licitante durante todo el proceso licitatorio -y no sólo respecto de la configuración de las bases de licitación- podrían lesionar la libre competencia y por tanto ser susceptible de sanción en tal sede⁵.
14. Así las cosas, los antecedentes aportados en la denuncia no permiten concluir, en principio, que las faltas administrativas imputadas podrían tener la aptitud de generar algún efecto anticompetitivo, sin perjuicio de las facultades y atribuciones de otros servicios y reparticiones para avocarse al conocimiento

³ La Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, indica en su artículo 24 que el H. Tribunal de Contratación Pública "*será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley*". Por su parte, el inciso 2° del indicado artículo señala además: "*La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive*".

⁴ Ha señalado el TDLC que: "*así, y tal como ha señalado la Excm. Corte Suprema (Rol N°6100-2010), no debe olvidarse que de un mismo acto pueden derivar consecuencias jurídicas de diversa naturaleza, y que el examen de legalidad ha de verificarse sólo por el órgano al que la ley ha conferido competencia en razón del tipo de la eventual trasgresión*" para agregar que: "*[e]n la especie, el asunto de autos está comprendido en la competencia de este Tribunal porque el conflicto ha sido planteado en los términos señalados en el artículo 3° del D. L. N° 211 y porque, de acreditarse los hechos que lo constituyen, sería necesaria la aplicación de alguna de las sanciones o de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que contempla dicho cuerpo legal, a fin de restituir la competencia en el mercado afectado por los mismos*". Considerando sexto, Sentencia N° 114/2011, en el contexto de una Demanda del Sr. Rossano Renzo Droghetti Lobos contra la Dirección de Compras y Contratación Pública

⁵ Ha indicado que: "*no existe norma alguna que obligue a este Tribunal a esperar un pronunciamiento del HTCP [H. Tribunal de Contratación Pública] para que pueda conocer y sancionar actos u omisiones ilegales o arbitrarios cometidos por un órgano público en el contexto de un proceso de compras públicas, si los mismos impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a producir dichos efectos, lo que es de suyo lógico, pues de lo contrario se llegaría a situaciones absurdas como las que podrían plantearse respecto de los casos de competencia desleal que conoce este Tribunal, en los que habría que esperar el juicio de la Justicia Civil sobre el carácter de desleal o no del acto antes de poder conocer el requerimiento o demanda en esta sede*". Considerando décimo tercero, Sentencia N° 132/2013, en el contexto de una Demanda de Sonda S.A. contra Servicio de Registro Civil e Identificación.

de estos y otros aspectos en la prestación de servicios de anestesiología en nuestro país.

II.2. EN CUANTO A LA PRESENTACIÓN DE UN SOLO OFERENTE A LAS LICITACIONES CONVOCADAS POR EL INSTITUTO PARA LOS SERVICIOS DE ANESTESIOLOGÍA

15. El denunciante indica que en las siguientes licitaciones públicas convocadas por el Instituto concurrió sólo Hipnos como único proveedor de servicios de anestesiología:

Cuadro N° 1: Licitaciones convocadas por el Instituto

N° ID	Monto unitario ofertado	Cantidad de cirugías adjudicadas	Monto total
5355-101-LP09	\$1.420.000	125	\$177.500.000
5355-52-LE10	\$1.420.000	25	\$35.000.000
5355-24-LP11	\$1.450.000	125	\$185.000.000
5355-31-LP12	\$1.850.000	70	\$129.500.000

16. En primer término, y a diferencia de lo indicado por el denunciante, es importante aclarar que los servicios que fueron licitados por el Instituto, y adjudicados a Hipnos mediante los procesos indicados previamente, no se vinculan únicamente a los servicios de anestesiología, si no que a los de “*cirugías cardíacas de urgencia*”. En efecto, en tales procesos la empresa adjudicada se obligó a “*enviar a las dependencias del instituto el equipo médico calificado para participar*” en tales intervenciones.
17. Así, por ejemplo, en la licitación N° 5355-24-LP11, el valor ofertado por el proveedor incluye los siguientes profesionales aptos para efectuar cirugías cardíacas: cardiocirujanos, anestesiólogo, enfermero perfusionista, cardiólogo, arsenalera, auxiliar anestesista, auxiliar pabellones, auxiliar servicio y secretaria. En otras palabras, no se trata de licitaciones que involucren únicamente servicios de anestesiología si no que una prestación aún más compleja⁶.

⁶ Oferta económica de Hipnos, de 22 de marzo de 2010.

18. Pues bien, efectuada tal precisión, esta Unidad es de la opinión que la presentación de un solo oferente a una licitación no es indicativo por sí sola de la existencia de una conducta contraria a la libre competencia.
19. En efecto, es posible que existan otra serie de razones de variada índole que podrían explicar la presencia de un solo oferente en los procesos de licitación convocados por el Instituto; ello, junto al hecho que no se han recopilado antecedentes que den cuenta de que otros actores se han abstenido de participar en estos procesos de manera deliberada, con el fin de beneficiar a Hipnos.
20. La primera de las razones que esta Unidad ha podido identificar y que podría explicar la presentación de un oferente en las licitaciones en cuestión, se vincula con la crisis o escasez de anestesistas en el sector público de salud⁷. Según ha dado cuenta la prensa y los declarantes que han comparecido a esta Fiscalía⁸, el sistema público mostraría un fuerte déficit de anestesistas, de a lo menos 400 profesionales⁹.
21. Tal déficit de anesthesiólogos en el sector público ha aumentado los últimos años, debido principalmente, según las indicadas declaraciones, a: (i) baja formación de este tipo de profesionales en las universidades chilenas; (ii) creación del Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas (Auge), que establece diversas enfermedades que requieren intervención quirúrgica¹⁰; (iii) el aumento importante de los pabellones de cirugías construidos por las

⁷ Señala un sitio web que: "De acuerdo a la Sociedad de Anestesiología de Chile (SACH), actualmente ejercen alrededor de 1.100 anestesistas en nuestro país, 850 de ellos certificados por CONACEM o por becas ASOFAMECH". <http://medicina.uc.cl/docencia/subespecialidad-en-anestesia-regional-y-analgesia-perioperatoria>

⁸ Declaraciones de fechas 4, 5 y 20 de diciembre.

⁹ Nota de prensa titulada: "Ministro Mañalich por déficit de anestesistas: "Son una vergüenza para la profesión médica", Diario La Tercera, 5 de septiembre de 2013. Otras notas de prensa dan cuenta de la misma situación: "Director de Fonasa: "Déficit de anesthesiólogos ha retrasado cirugías de pacientes Auge", Diario el Mercurio, 24 de agosto de 2013; "Falta de anesthesiólogos en hospitales es uno de los factores de retrasos de garantías AUGE", Bio Bio, 25 de agosto de 2013.

¹⁰ Ver nota de prensa: "Director de Fonasa: "Déficit de anesthesiólogos ha retrasado cirugías de pacientes Auge", El Mercurio On-line, 24 de agosto de 2013.

clínicas e instituciones privadas del país¹¹; y, (iv) mayores salarios en el sector privado, lo que hace más atractivo para los anestesistas trabajar en tal segmento.

22. La segunda razón que ha podido identificar esta División, la configura las restricciones de tiempo que muestran las sociedades que agrupan a los diversos anesthesiólogos.
23. En efecto, las sociedades que agrupan a personas que desempeñan labores profesionales ven limitada su capacidad de participar en diversos procesos en distintos hospitales puesto que, dada la calidad de personas naturales de los médicos que en ellas trabajan, no tendrían disponibilidad horaria ilimitada para labores adicionales. En efecto, un número importante de los médicos que trabaja en estas sociedades son al mismo tiempo dependientes de hospitales y/o clínicas, por tanto en el tiempo restante desempeñan sus funciones por medio de aquellas. En otras palabras, no todos los anestesistas o sociedades de médicos son eventuales oferentes de una licitación, sino que sólo aquellos que cuenten con disponibilidad en el horario establecido por el Hospital licitante¹².
24. En tercer lugar, esta Unidad ha identificado, y considera que podría ser la razón más relevante, que el grado de especialidad que implican las intervenciones quirúrgicas que efectúa el Instituto restringe aún más la oferta de anestesistas y cirujanos que podrían competir con Hipnos.
25. Tal como se dijo más arriba, las licitaciones convocadas por el Instituto no sólo incluirían servicios de anesthesiología, si no que requerían la prestación de

¹¹ Según declaración de fecha 5 de diciembre de 2013, entre el año 2010 y 2011 se habrían construido cerca de 114 pabellones en diversas clínicas.

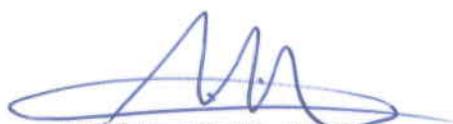
¹² Adicionalmente, se ha argumentado por algunos declarantes el hecho de que los anestesistas vean limitadas su cantidad de horas máximas que pueden prestar en la red pública (cupos ministerial) podría eventualmente justificar que muchos de ellos, a través de sociedades, presten servicios a sus mismos hospitales en los que trabajan, puesto que de otro modo no podrían hacerlo por disposición legal. La Ley establece un máximo de 44 horas de jornada laboral para un médico, o 28 horas de turno semanales más otras 22 de horario común. De esta forma, un hospital puede contratar un anestesista por "44" o "22/28". Tal regulación se encuentra en los D.F.L. N° 01, de 2001 y N° 01, de 2005, ambos del Ministerio de Salud, y Ley N° 19.664, de 11 de febrero de 2000.

intervenciones quirúrgicas mayormente complejas, a saber, cirugías cardíacas de urgencia o de lista de espera. Tales cirugías, que dentro del sector público son efectuadas mayoritariamente por el Instituto, no podrían ser prestadas si no por profesionales sumamente capacitados para el efecto¹³.

26. Cabe destacar, igualmente, que de las declaraciones que pudo recabar esta Unidad no se constataron elementos adicionales a los ya indicados y que podrían haber alterado de manera artificial el escenario competitivo en los procesos licitatorios convocados por el Instituto.
27. De esta forma, y sin perjuicio de las facultades de otros organismos públicos de conocer de aspectos administrativos referentes a la denuncia y de otras eventuales fallas e irregularidades que puedan constatarse respecto del mercado de los servicios de anestesiología, en lo respecta a las normas que regulan la libre competencia, esta Unidad no ha identificado indicios que ameriten la realización, por el momento, de mayores diligencias investigativas.

En definitiva y salvo mejor parecer del señor Fiscal Nacional Económico, esta Unidad sugiere archivar los antecedentes.

Saluda atentamente a usted,



MARIO YBAR ABAD
SUBFISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)



¹³ Señala la página web del Instituto: "El Instituto es actualmente centro de referencia nacional de las patologías torácicas de alta complejidad, lo que significa recibir pacientes derivados de cualquier centro hospitalario del país (tanto de atención pública como privada). Esto implica que existe un flujo constante de pacientes desde y hacia el hospital, pudiendo programar las asistencias y asegurar mejores y mayores prestaciones. A su vez, el ser centro de referencia presenta la fortaleza en el potencial de aprendizaje y stock de experiencia, así como en la imagen pública de ser un centro altamente especializado" www.torax.cl