

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 145/2015.

Santiago, uno de abril de dos mil quince.

VISTOS:

1.1. A fojas 1, con fecha 23 de octubre de 2013, la Fiscalía Nacional Económica (en lo sucesivo también e indistintamente la "FNE" o "Fiscalía") interpuso requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble (en adelante, indistintamente "AGGON" o la "Asociación"), y en contra de los médicos señores Francisco Baldecchi Quezada, Felipe Camposano Luzzi, Patricio Bertoglia Fuentes, Matías Cox Ureta, René Fabbri Aguilera, José Luis Lama Lama, José López García, Felipe Muñoz Muñoz, Jorge Macchiavelo Rau, Guillermo Ribbeck Vejar, Carlos Rojas Álvarez, Patricia Saavedra Gómez, Sergio Salinas Aguilar, Raúl San Martín González, Alberto Solervicens Mortara, Enrique Tirapegui Gutiérrez, Raúl Vega Muñoz, Marcelo Verdugo Chacón, Jimena del Carmen Viñuela Poirier, Víctor Caro Herrera, Mario de la Cuadra Valdés, María Angélica Bustos Montero, Jaime Osorio Uribe, Marcela Aravena Arroyo; y Alexis Arriaza González (en adelante conjuntamente, los "médicos requeridos", quienes conjuntamente con la Asociación, serán denominados las "requeridas"), afirmando que éstas habrían infringido el artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del D.L. N° 211, al celebrar y ejecutar un acuerdo destinado a fijar precios mínimos de las prestaciones médicas de consulta y procedimientos quirúrgicos de su especialidad en el sistema privado de salud en las comunas de Chillán, Chillán Viejo y San Carlos de la Provincia del Ñuble. Para estos efectos, habrían constituido la Asociación Gremial de Ginecólogos del Ñuble, a través de la cual habrían materializado el alza generalizada de precios; afectando el mercado de la salud privada en dicha zona y, en definitiva, a las pacientes que demandan estos servicios profesionales.

1.2. La Fiscalía señala que durante el año 2011, los médicos ginecólogos requeridos, representados por el Sr. Francisco Baldecchi Quezada, habrían tomado contacto con ejecutivos de distintas Isapres para negociar conjuntamente un alza de precios, de manera de uniformar el valor de los aranceles médicos de su especialidad contenidos en los convenios vigentes suscritos entre cada médico y las Isapres.

1.3. En el mes de agosto del año 2011, los médicos requeridos constituyeron la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, que agrupa a 26 médicos especialistas (de los cuales 25 son requeridos) que prestan servicios en la zona, designando como su Presidente al Sr. Francisco Baldecchi Quezada. Señala la Fiscalía



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL 1

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que según lo informado por la Asociación, a enero de 2013, sólo tres especialistas no se encontraban asociados a ella, uno de los cuales sólo registraba prestaciones de ecotomografía. Adicionalmente, en septiembre de 2013, la AGGOÑ informó a la Fiscalía sobre la existencia de tres especialistas adicionales que prestarían servicios en la Provincia del Ñuble.

1.4. Según la Fiscalía, las acciones llevadas a cabo por la AGGOÑ, a través de su Presidente, estuvieron destinadas a incrementar de manera uniforme los aranceles establecidos en los convenios individuales que ligaban a sus asociados con las instituciones de salud previsual. Sin embargo, dichas acciones no encontraron respuesta positiva.

1.5. Con fecha 23 de noviembre de 2011, se llevó a cabo la primera asamblea de la AGGOÑ, en la cual se acordó: (a) poner término de forma conjunta a los convenios individuales vigentes hasta la fecha entre cada uno de los asociados y las Isapres; (b) establecer un arancel mínimo por sobre los \$25.000 para consultas y para honorarios médicos quirúrgicos entre 4.0 y 4.4 veces el arancel de "Fonasa 1"; y, (c) que su Presidente, el doctor Francisco Baldecchi, quedaría a cargo de futuras negociaciones con las Isapres en representación de los miembros de la Asociación, asistido por la directiva en caso de resultar necesario.

1.6. El Presidente de la Asociación, cumpliendo con el mandato de la asamblea, gestionó en un breve plazo el término de los convenios individuales con las Isapres, mediante la remisión a cada una de ellas de una carta suscrita por cada uno de los miembros de la AGGOÑ.

1.7. Además, el requerido Sr. Baldecchi exhortó a los asociados a que toda comunicación posterior con las Isapres debía canalizarse por su intermedio. Asimismo, los instó a hacer efectivo el quiebre de los convenios particulares a partir del 21 de enero de 2012, fecha en que se cumplirían 30 días hábiles contados desde el ingreso de las cartas a las respectivas Isapres.

1.8. La Fiscalía señala que aun cuando el texto del acta de la primera asamblea de la AGGOÑ se refiere a una supuesta "libertad" de los asociados para acatar los aranceles mínimos, del mismo texto se desprende que tal ámbito de libertad tiene lugar sólo por sobre los precios mínimos acordados, los que en la práctica habrían sido implementados y habrían producido efectos. La Fiscalía indica que los médicos requeridos incrementaron los valores de sus consultas a una suma igual o superior a \$25.000 (con posterioridad a la fecha en que se puso término a los convenios existieron prestaciones a un precio superior a los \$25.000, pero se trataría de casos puntuales de baja significación, que no

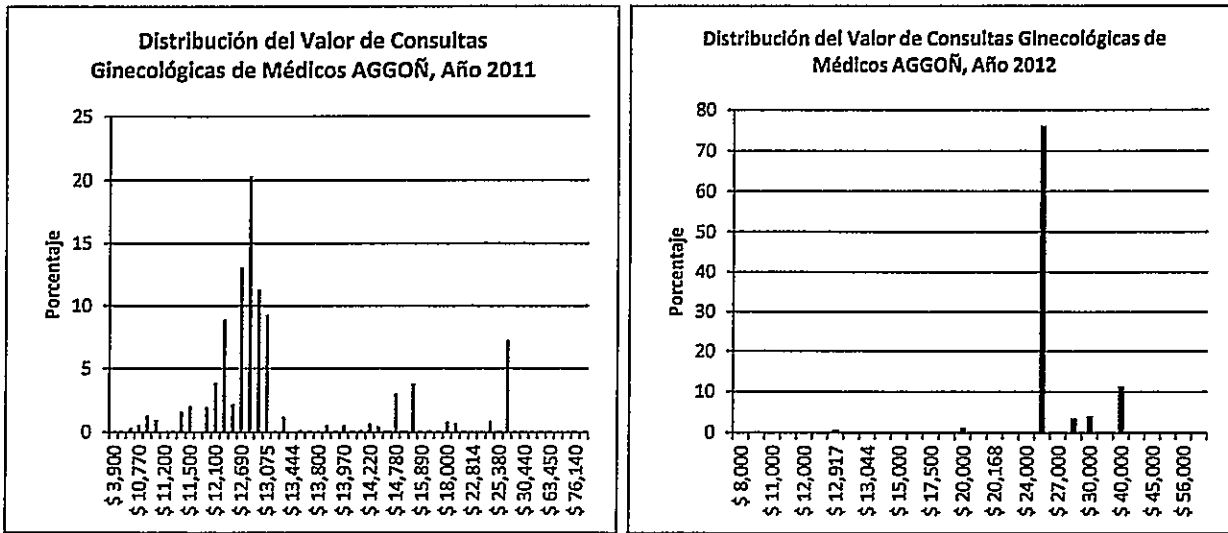


2
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

alcanzan el 7,5%), mientras que, hasta enero de 2012, antes de que el acuerdo colusorio comenzara a surtir efectos, los valores de las mismas prestaciones oscilaban, en general, en torno a \$13.000, conforme se aprecia en el Cuadro N° 1 del requerimiento:

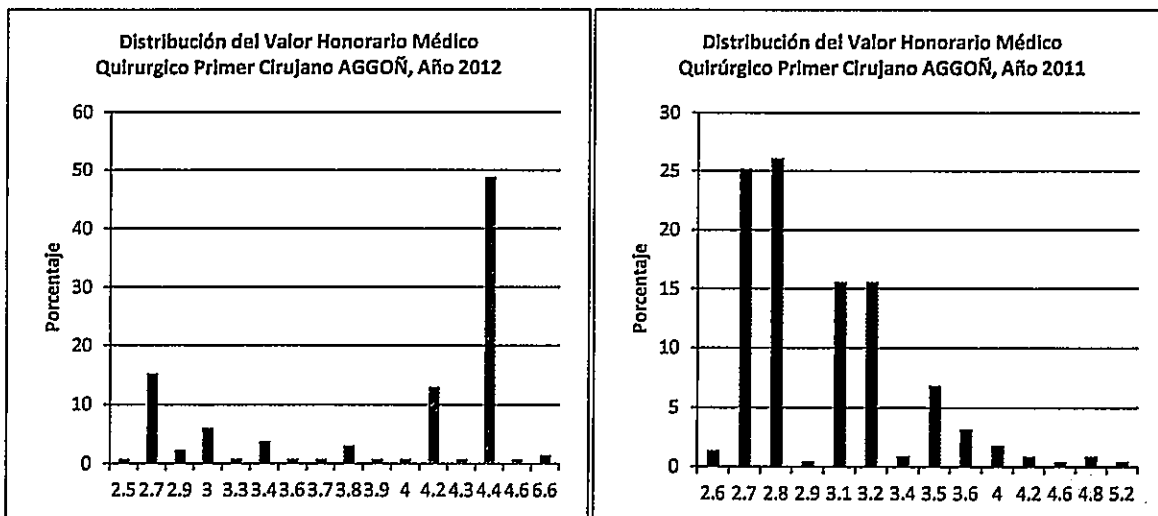
Cuadro N° 1: Distribución de precios agregada de consultas médicas, años 2011 y 2012.



Fuente: Fiscalía Nacional Económica

1.9. Por su parte, en relación a los precios de los honorarios médicos quirúrgicos, el factor se incrementó desde un arancel que oscilaba en torno a valores Fonasa Nivel 1 por 3.0, a un factor fluctuante entre 4.0 y 4.4, según se apreciaría en el Cuadro N° 2 del requerimiento:

Cuadro N° 2: Distribución de precios agregada de Honorarios Médicos Quirúrgicos primer cirujano cesárea años 2011 y 2012.



Fuente: Fiscalía Nacional Económica



La FNE afirma que el actuar colusorio no habría cesado a la fecha de presentación del requerimiento, manteniéndose el cobro de los precios mínimos acordados para las

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL 3

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

distintas prestaciones por los médicos requeridos, e incluso, en ocasiones por sobre ese mínimo. Asimismo, durante los años 2012 y 2013 habrían continuado las negociaciones conjuntas de aranceles con las Isapres, siempre conducidas por la presidencia de la AGGOÑ.

1.11. El año 2012 –señala la FNE– el Presidente de la Asociación negoció en representación de sus asociados los aranceles con la Isapre Fundación, del Banco Estado. Por su parte, durante el año 2013, tras un período de más de 12 meses sin convenios, Isapre Colmena Golden Cross suscribió convenios individuales con médicos de la AGGOÑ, accediendo a sus condiciones. Nuevamente, el encargado de llevar adelante las negociaciones fue el Sr. Francisco Baldecchi.

1.12. Como consecuencia de la conducta de las requeridas, las usuarias del sistema de salud privado debieron asumir: (a) un significativo aumento en los precios de las prestaciones de servicios médicos de la especialidad de ginecología y obstetricia, especialmente para aquellas mujeres que debieron costear un procedimiento de parto o cesárea; (b) el costo financiero de las pacientes afiliadas a Isapres correspondiente a tener que desembolsar el valor total de la consulta o del procedimiento quirúrgico respectivo de ginecología y obstetricia; y (c) los costos de transacción asociados a la realización del trámite administrativo del reembolso en dependencias de una Isapre, en los casos en que ello tuvo lugar.

1.13. Según la Fiscalía, la situación descrita causó impacto público en las comunas de la Provincia del Ñuble, como Chillán, Chillán Viejo y San Carlos: la prensa local publicó que una paciente de salud privada que antes del término de los convenios pagaba alrededor de \$2.700 por concepto de copago para una consulta ginecológica (compra de un bono), desde enero de 2012 debió desembolsar su valor total (esto es, sobre \$25.000), y luego acudir a las oficinas de una Isapre a solicitar un reembolso parcial, cuyo monto habría fluctuado dependiendo del plan contratado con la Isapre, en términos tales que el copago total por el servicio se habría incrementado a \$10.800 aproximadamente.

1.14. Según los antecedentes recabados por la Fiscalía, esto tuvo como efecto que se produjera una reducción en el número de atenciones ginecológicas en relación al año anterior, particularmente en lo que se refiere a consultas médicas ambulatorias de la especialidad, lo que se tradujo en una pérdida de bienestar social. De este modo, las conductas no pueden justificarse en aras de una supuesta necesidad de contrapesar el poder negociador de las instituciones de salud previsional.

1.15. En la continuación la Fiscalía describe la industria de autos, señalando que en nuestro país el sistema de salud está integrado por instituciones privadas y públicas que prestan



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

servicios a los usuarios, convergiendo en un sistema mixto. Adicionalmente, dependiendo del financiamiento que estos últimos obtengan, pueden distinguirse entre afiliados al Fondo Nacional de Salud ("Fonasa") o a una Isapre.

1.16. Según la Fiscalía, los facultativos tienen incentivos para celebrar convenios con las distintas Isapres, pues de esta forma pueden acceder a la demanda de prestaciones por parte de los afiliados y beneficiarios de una determinada Isapre.

1.17. En lo que respecta al mercado relevante, la Fiscalía lo define como el de "servicios profesionales médicos de especialidad de ginecología y obstetricia en la Provincia de Ñuble, Región del Bío Bío". Indica que las prestaciones médicas más relevantes sobre las cuales recayeron las conductas que motivan el requerimiento fueron las consultas ambulatorias prestadas por los médicos de la especialidad de ginecología y obstetricia y los procedimientos quirúrgicos prestados por dichos especialistas, incluyendo prestaciones más comunes, como partos y cesáreas.

1.18. Afirma que los servicios ofrecidos por médicos especialistas, tales como los ginecólogos-obstetras, no tienen sustitutos cercanos, enfrentando sólo competencia directa de los restantes médicos de su misma especialidad.

1.19. Respecto de las condiciones de entrada al mercado relevante y la posibilidad de expansión de la oferta de servicios médicos como respuesta a un eventual aumento de precios, la Fiscalía cita la Sentencia N° 74/2008 de este Tribunal, la que señala que "*los servicios médicos son productos diferenciados que no compiten tan intensamente en precios dado que, en la elección de un médico, inciden factores como la confianza o la reputación del especialista, que son difíciles de formar en el corto plazo. Lo anterior, permite presumir que tomaría algún tiempo a nuevos entrantes expandir la oferta relevante frente a incrementos en los precios*". Y agrega que estos factores son particularmente importantes en el caso de esta especialidad, lo que reduce incluso más su probabilidad de sustitución.

1.20. En cuanto al mercado geográfico, indica que éste debe ser circunscrito a la Provincia del Ñuble, pues el alza conjunta de los precios de las prestaciones ginecológicas en la dicha provincia perduró en el tiempo, sin que la movilidad o sustitución geográfica por parte de la demanda condicionasen su comportamiento de precios a la baja.

1.21. Sobre la participación en el mercado de los agentes involucrados, señala que, de un universo de 29 especialistas ginecólogos-obstetras que prestan servicios en la Provincia de Ñuble, 26 pertenecen a la Asociación y 25 implementaron el acuerdo,



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

representando prácticamente el 90% de la oferta, lo cual supera ampliamente lo que el Tribunal ha calificado de proporción significativa. Afirma que de acuerdo a las distintas prestaciones médicas que se han considerado, tanto en consultas de tipo ambulatorio, como de procedimiento, los médicos requeridos alcanzan importantes niveles de participación de mercado, situación que ha persistido pese a la baja en las prestaciones ambulatorias observada durante el año 2012. Para graficar lo anterior, presenta el siguiente Cuadro N°3.

Cuadro N° 3: Participación de Mercado en Base a Número de Prestaciones

	2009		2010		2011		2012	
	AG	No AG	AG	No AG	AG	No AG	AG	No AG
Consultas Ambulatorias	95,4%	4,6%	98,2%	1,8%	94,8%	5,2%	72,5%	27,5%
Cesárea (cód. 2004006)	98,3%	1,7%	99,4%	0,6%	98,9%	1,1%	90,9%	9,1%
Total	95,5%	4,5%	98,2%	1,8%	94,9%	5,1%	73,3%	26,7%

Fuente: Fiscalía Nacional Económica

1.22. La Fiscalía afirma que el acuerdo objeto de su requerimiento cumple con todos los elementos necesarios para configurar el ilícito anticompetitivo tipificado por el artículo 3° inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N° 211: (a) confluencia de voluntades entre competidores, pues los hechos descritos, darían cuenta de un concierto de voluntades verificado entre los oferentes de prestaciones médicas ginecológicas en el sistema privado de salud en la Provincia de Ñuble; (b) que dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado (o a los menos que tienda a producir tales efectos), lo que también ocurriría, pues el objeto del acuerdo materia del requerimiento fue la eliminación de la competencia entre los agentes del mercado, mediante la renuncia conjunta a los convenios individuales con las Isapres, la fijación coordinada de aranceles mínimos para la prestación de servicios médicos ginecológicos en el sistema privado de salud en la Provincia de Ñuble, y la negociación conjunta de aranceles correspondientes a sus distintas prestaciones en el seno de una Asociación Gremial, orientada a la obtención de beneficios para sus respectivos miembros; y, (c) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado, lo que ocurriría en el caso de autos, pues el acuerdo anticompetitivo habría conferido a las requeridas poder de mercado suficiente para incrementar los precios de sus prestaciones, acordando un precio mínimo y negociando conjuntamente sus aranceles médicos en la forma antes detallada. En el juicio de la Fiscalía, a partir del acuerdo en cuestión se habría privado a los competidores de pagar precios competitivos y se habría situado a las pacientes en la necesidad de asumir los costos financieros y de transacción derivados de acceder a



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

prestaciones médicas ginecológicas exclusivamente a través del sistema de reembolso. El éxito del cartel se evidenciaría en que no obstante existir una baja en el número de prestaciones totales, los médicos habrían cobrado los aranceles mínimos convenidos e incluso algunos por sobre él.

1.23. La Fiscalía señala que con motivo de su Requerimiento contra AM Patagonia S.A.), -en su Sentencia N° 74/2008- el Tribunal declaró contraria a la competencia la conducta de más de 80 médicos de distintas especialidades que se asociaron con el objeto de constituir una plataforma de negociación y terminaron sus convenios particulares con distintas Isapres para luego alzar sus aranceles. La Fiscalía cita partes de esa sentencia, entre ellas, aquella en que el Tribunal estableció que la negociación mancomunada, sea que resulte conducida por medio de una asociación gremial o informalmente, no puede tener por objeto el *“establecimiento de un Arancel, en el sentido de uniformar los precios entre la mayor cantidad posible de profesionales”* que se desempeñan dentro del mercado relevante geográfico.

1.24. La Fiscalía afirma que la posibilidad de que algunas organizaciones gremiales generen y difundan guías o listas de aranceles referenciales para diferentes prestaciones o servicios, se limita a informaciones que tengan por fin orientar a los consumidores respecto a los “precios de mercado”, lo cual dista a lo ocurrido en el presente caso, en que se habrían establecido aranceles mínimos con el objeto de ser aplicados por los médicos que participaban en la Asociación, en distintas prestaciones de su especialidad. Así, la AGGON habría operado como una plataforma de gestión de los actos y convenciones que se reprochan en el requerimiento.

1.25. La FNE indica que las prestaciones médicas son imprescindibles para el bienestar de la salud de las personas y afirma que merecen una valoración y protección superior que otros bienes de consumo. Señala que debe considerarse el mayor precio que pagaron las pacientes que se atendieron con los médicos requeridos a partir de la materialización de los ilícitos reseñados; en particular a causa del aumento coordinado de aranceles descrito, que habría incidido en un significativo aumento de los valores totales de la consulta ginecológica, desde los \$13.000 (aproximadamente) a una suma sobre los \$25.000, y de los honorarios médicos quirúrgicos, tales como una cesárea, cuyos valores con anterioridad al acuerdo eran factorizados según el arancel Fonasa Nivel 1 por 3.0, a un factor fluctuante entre 4.0 y 4.4. Agrega la FNE que debe ponderarse la extensión de tiempo en que las conductas produjeron efectos, esto es, desde enero del año 2012 a la fecha del requerimiento.

1.26. En merito de lo descrito, la FNE solicita a este Tribunal:



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- (i) Que declare que las requeridas, han ejecutado y celebrado las conductas de las que se les acusa, en infracción al artículo 3° del D.L. N° 211;
- (ii) Que ordene a las requeridas cesar inmediatamente en el ejercicio de las prácticas denunciadas y les prohíba ejecutarlas en el futuro, ya sea directa o indirectamente, por sí o por medio de otras asociaciones gremiales o sociedades en las que participen, bajo apercibimiento de ser consideradas como reincidentes;
- (iii) Que imponga a cada uno de los médicos requeridos una multa de 30 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que el Tribunal estime ajustado a derecho;
- (iv) Que imponga a don Francisco Baldecchi Quezada, una multa de 50 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que el Tribunal estime ajustado a derecho; es decir, una multa mayor que al resto de las requeridas, dado que el Sr. Baldecchi Quezada habría sido el gestor y administrador del cartel, dirigiendo personalmente las negociaciones mancomunadas sobre aranceles, correspondiéndole una responsabilidad mayor que a los demás médicos que secundaron su iniciativa.
- (v) Que imponga a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, una multa de 100 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que el Tribunal estime ajustado a derecho; teniendo presente que dicha entidad habría operado como una plataforma facilitadora de los actos y convenciones que se reprochan en el requerimiento.
- (vi) Que ordene la disolución de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, atendido que la Asociación Gremial requerida habría sido constituida específicamente para facilitar la negociación conjunta de los incumbentes con las instituciones de salud previsional, con el objeto de uniformar aranceles en el mercado; y,
- (vii) Que condene en costas a las requeridas.

2. A fojas 107, con fecha 17 de diciembre de 2013, las requeridas contestaron el Requerimiento, solicitando su rechazo, por las siguientes consideraciones:

2.1. La Asociación requerida se constituyó en la ciudad de Chillán, con fecha 24 de agosto de 2011. Al momento de su constitución fue suscrita por sólo 19 profesionales, y su Presidente fue don Francisco Aníbal Baldecchi Quezada.



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.2. Los motivos para la creación de la AGGOÑ fueron variados y estuvieron investidos de la *buena fe* de sus asociados en la búsqueda del bienestar gremial y el fortalecimiento de su desempeño para con la comunidad, no siendo creada con un ánimo o finalidad colusiva. Por ello, en su interior existen estamentos (tales como el Comité de Ética), y por ello, en todo momento se actuó pública y no sinuosamente. Por lo mismo, se colaboró eficaz y permanentemente con la investigación del Fiscal, proporcionando en todo momento y con oportunidad toda la información solicitada por la FNE.

2.3. Según dan cuenta sus estatutos, su objeto fue "promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades profesionales de sus asociados", estableciéndose diversos objetivos específicos, siempre subordinados al objeto principal.

2.4. Uno de los aspectos que se tuvo presente al momento de crear la Asociación fue la búsqueda de condiciones profesionales adecuadas, atendida la situación de desequilibrio de poder de mercado que existiría entre los ginecólogos obstetras y las Isapres, derivada de una serie de fallas (desequilibrio que se replicaría a lo largo de todo el país), ya sea por deficiencias legales o por dificultades de fiscalización.

2.5. Así, según las requeridas, el propósito de la AGGOÑ fue enfrentar los abusos derivados de la posición dominante de las Isapres, entre ellos: (i) la desafiliación unilateral e intempestiva de los médicos con quienes mantenían convenios individuales; (ii) el poder de las Isapres para decidir de manera discriminatoria qué médicos ingresan a los planes de salud; (iii) la fijación unilateral de parte de las Isapres de la cobertura de las prestaciones médicas tomando como referencia el Arancel Fonasa, sin existir la posibilidad real y genuina por parte de los médicos para negociar las tarifas a nivel individual; (iv) el pago diferido que realizan las Isapres a los médicos, con plazos de hasta 90 días, por concepto de copagos en las prestaciones médicas; y, (v) la integración vertical entre las Isapres y diversos establecimientos de salud, privilegiando la atención de los pacientes en estos últimos y cerrando el ingreso a médicos. Las requeridas afirman que las Isapres, en su calidad de intermediarios de la relación paciente-médico, buscan la mayor ventaja económica, obligando a la oferta a adecuarse a sus intereses para obtener su utilidad.

2.6. Señalan que en su constitución y desenvolvimiento fáctico la AGGOÑ habría dado cabal cumplimiento a lo establecido en el D.L. N° 211, y que esos actos resultan armónicos con lo señalado por la misma Fiscalía en su Material de Promoción N°2, denominado "Asociaciones Gremiales y Libre Competencia". Asimismo, indican que el Acta de la Primera Asamblea de la Asociación fue citada de manera parcial por la FNE en su requerimiento, pues en ella, además de establecerse los lineamientos generales de la Asociación, se seguirían las negociaciones conjuntas con dichas instituciones previsionales.



9
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

-de modo referencial y no para efectos de fijar precio a público-, se señala expresamente que: *"Se deja en claro la libertad de acción, que tiene cada colega para actuar y decidir. Cada uno debe tomar su decisión según su forma de pensar"*.

2.7. En su contestación, las requeridas efectúan una descripción general de la industria, indicando que en Chile existen tres modalidades de financiamiento de las prestaciones médicas: Fonasa (80% de los usuarios en total), Isapre (20% de la demanda de los servicios médicos) y particular.

2.8. Tanto la modalidad de Fonasa como la de Isapre pueden ser objeto del copago que la ley establece al efecto, como complemento de las bonificaciones entregadas por tales seguros de acuerdo al régimen que se encuentra cada asegurado. El cofinanciamiento que se efectúa en favor de los pacientes afiliados a Isapre puede hacerse efectivo, conforme a la ley, de dos maneras: (i) mediante la compra de bonos de atención, lo que implica que el paciente paga directamente sólo aquel monto de la respectiva prestación que, conforme a su plan de salud, no es cubierto por su Isapre; o (ii) mediante el sistema de reembolso, que opera en todos aquellos casos en que no existe convenio entre la Isapre y el respectivo médico o prestador, o en aquellos casos en que el paciente decide hacerlo por tal vía.

2.9. Similar situación ocurre en relación a los afiliados a Fonasa, ya que de no existir convenio entre el respectivo médico y este servicio público, el paciente debe pagar en forma particular la prestación de que se trate, sin el límite máximo que establece el Arancel Fonasa.

2.10. Indican las requeridas que en Chillán, y más aún en las comunas colindantes a la ciudad y que forman parte de la Provincia de Ñuble, faltan prestadores en convenio con algunas Isapres, y los que existen no superan en calidad técnica al Hospital Clínico Herminda Martín, lo que ha motivado una paulatina migración del paciente de Isapre al sistema Fonasa, o bien, desde Chillán a Concepción (e incluso Santiago), particularmente en el caso de los servicios ginecólogos obstetras en etapa de término o parto.

2.11. En lo que respecta al mercado relevante, las requeridas señalan que está constituido por las prestaciones de salud otorgadas por médicos cirujanos habilitados, consistentes fundamentalmente en consultas ambulatorias, por un lado, y procedimientos de mayor complejidad, como los partos y cesáreas, por el otro. Tal definición no descarta la existencia de cierta especialización entre los oferentes, sino que pone de manifiesto que esta no es excluyente, en el sentido que los médicos se encuentran capacitados para



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otorgar toda clase de prestaciones de salud, como consultas y partos, salvo aquellas que requieran de un conocimiento específico y complejo.

2.12. Luego, explican que en Chile no existe una Ley de Especialidades, de modo que -en general- todos los médicos cirujanos del país se encuentran en condiciones de efectuar prestaciones de salud relativas a toda clase de síntomas y patologías. Ello es altamente común tratándose de consultas, dado que los pacientes, atendidas las asimetrías de información, no tienen conocimiento preciso de la dolencia o síntoma que motiva la respectiva consulta, de modo que acuden a médicos de confianza o cuya *expertise* se aproxima a lo que el usuario percibe. En tal sentido, la oferta es amplia y diversa.

2.13. Señalan que en el caso de procedimientos más complejos, como operaciones quirúrgicas y atención de partos, la situación es diferente, ya que, atendida la complejidad y el costo de este tipo de procedimientos, es frecuente que los pacientes consideren y elijan alternativas disponibles en un territorio más extenso que el de su respectiva ciudad (como puede ser Chillán o San Carlos), sobre todo si existen ciudades cercanas de mayor tamaño, con una oferta múltiple y con la posibilidad de contar con mejor infraestructura y tecnología, como podría ocurrir con las ciudades de Concepción, Linares y Los Ángeles. Así, tratándose tanto de consultas como de procedimientos complejos, las alternativas de cara al paciente son múltiples.

2.14. En lo que respecta al mercado relevante geográfico, las requeridas señalan que existen múltiples ciudades, a distancias significativamente cortas, desde Chillán y San Carlos, que constituyen, a este respecto, reales y concretas alternativas a los servicios prestados por los profesionales residentes en dichas ciudades (sostienen que llegar a Concepción desde tales localidades no tarda más de 90 minutos en transporte público y 70 minutos en vehículo particular; a Los Ángeles no más de 70 minutos; y a Talca 90 minutos; sin perjuicio de otras ciudades cercanas). Para tales efectos, los pacientes que no cuentan con medios de transporte propios tienen a su disposición el transporte público, de modo que los costos involucrados no son económicamente relevantes. El mercado relevante geográfico que corresponde considerar, a su juicio, corresponde a un área geográfica que, teniendo la ciudad de Chillán como centro, abarca ciudades cercanas tales como Concepción, Los Ángeles, Linares y Talca.

2.15. Luego las requeridas señalan que la definición de mercado relevante que hace la (esto es, servicios profesionales médicos de especialidad de ginecología y obstetricia en la Provincia de Ñuble, Región del Bío Bío) es artificial y acomodaticia, y indica en el requerimiento, es "para efectos de apreciar la concurrencia del



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ilícito por el que se requiere". A su juicio, esta definición desconoce la realidad del comportamiento tanto de oferentes como demandantes en el mercado involucrado.

2.16. Indican que, en efecto, cualquier intento de colusión o de aplicación de precios excesivos en las ciudades de Chillán y/o San Carlos por parte de los médicos requeridos produciría el efecto de desviar la demanda hacia otros médicos, hacia otras ciudades e incluso hacia el sistema público de salud, con amplias alternativas tanto en las ciudades de Chillán y San Carlos, como en las cercanas ciudades de Concepción, Los Ángeles, Linares, Bulnes, Quillón, entre otras; de modo que no resulta idóneo incurrir en tales conductas en el mercado relevante de autos.

2.17. Luego agrega que, aun si se limitara el mercado relevante al servicio de los ginecólogos obstetras, hay muchos de ellos que no se encuentran afiliados a la AGOÑ.

2.18. Las requeridas explican que los médicos ginecólogos obstetras de Chillán prestan servicios fundamentalmente a través de convenios con Fonasa por diversas razones, entre ellas, porque el médico de la zona se inicia en el servicio público y mantiene esta vinculación de por vida, y además porque muchos pacientes de Isapre se cambian a Fonasa al término de su gestación, para usar el programa "PAD" de Parto, que es significativamente más barato (además, atienden por esta modalidad el 100% los ginecólogos de Chillán). Los precios por estos servicios son fijados por Fonasa, no siempre de manera adecuada, y deben ser aceptados por los médicos sin más. Los demás pacientes de Isapres tendrían sus partos en una de las dos clínicas privadas que existen en Chillán, o se trasladarían a establecimientos de Concepción o Santiago.

2.19. En relación a las Isapres, indica que éstas ofrecen convenio a determinados médicos, decidiendo arbitraria y soberanamente a quiénes hacerlo y cuándo terminarlos. Añade que en algunas ocasiones, las Isapres han activado y revocado convenios unilateralmente, sin que medie notificación alguna.

2.20. Señalan que no es efectivo que los médicos controlen la oferta, pues es la Isapre la que fija, modula o construye una demanda en el mercado privado. Son las Isapres quienes determinan, "conforme a sus intereses y no el de sus afiliados", cuántos médicos necesitan, por el tiempo que los necesitan, y también cuánto y cuándo pagarles.

2.21. Afirman que la posibilidad que un médico intente "negociar" individualmente con una Isapre es una utopía, por diversas razones, entre ellas porque: (i) la actividad médica absorbe prácticamente todo el tiempo del profesional; (ii) por lo general se trata de un contrato de adhesión y no existen conductos óptimos para generar un diálogo para negociar con las Isapres personalmente e intentar modificar los convenios en "provincia";



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y, (iii) las Isapres suelen desafiliar a los médicos sin aviso previo, por lo que no aceptar las condiciones que ellas imponen hace que los intentos de una eventual negociación individual sean *"una pérdida de tiempo"*.

2.22. Las requeridas señalan que el principal aspecto que se intenta negociar entre el médico y las Isapres al momento de suscribir convenios es el precio máximo que la Isapre está dispuesta a copagar a sus afiliados. Si bien los planes de salud de los pacientes adscritos a Isapre establecen ciertos porcentajes de cobertura por parte de tales aseguradoras, éstas -sin fundamento legal alguno- conminan a los médicos a cobrar por sus servicios el menor precio posible, sin atender a los costos en que ellos incurren, ni a una *"legítima remuneración"*.

2.23. En este escenario, la Asociación y los médicos requeridos se plantearon no aceptar el precio impuesto por las Isapres, y asimismo la necesidad de mantener convenios con ellas *"a cualquier precio"*, siendo que en este caso, a diferencia de Fonasa, *"no están moralmente llamados a contribuir"*.

2.24. Indican que resulta imposible que las requeridas hayan acordado *"precios mínimos"* respecto de las prestaciones que ofrecen, ya que lo que precisamente les imponen las Isapres son *"precios máximos"* y referenciales.

2.25. A mayor abundamiento, señalan que los diversos médicos que forman parte de la AGGOÑ no cobran precios iguales. En casos en que los precios a público puedan estimarse como similares, las prestaciones involucradas no son las mismas: las prestaciones varían dependiendo del caso concreto, su complejidad, paciente y otros aspectos, de modo que es imposible concertar un precio.

2.26. Afirman que resulta preocupante la imputación adicional que efectúa la FNE, al señalar que en la primera asamblea de la AGGOÑ, las requeridas acordaron poner término de forma conjunta a los convenios individuales vigentes de cada uno de los asociados con las Isapres. En efecto, de la sola lectura de la respectiva acta, se aprecian los siguientes acuerdos sobre este punto: *"Colegas proponen que los que quieran se retiren de las Isapres, ya que se consideran explotados por estos conglomerados que no han sabido remunerar y valorar los actos médicos (...)"* *"Se deja en claro la libertad de acción, que tiene cada colega para actuar y decidir. Cada uno debe tomar su decisión según su forma de pensar"*.

2.27. Así, aun cuando algunos médicos requeridos hayan adoptado la decisión de no renovar sus convenios con diversas Isapres en una misma época, ello fue una decisión individual (no colectiva) por ser esa la expresa voluntad de los profesionales que forman



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

parte de la AGGOÑ. La no renovación de los convenios con Isapres tampoco puede ser entendida como voluntad propia de la Asociación, pues ésta actuó a nombre de sus asociados, quienes prestaron individualmente su voluntad al efecto, en virtud de criterios de eficiencia. Hacen presente además que se mantuvo convenio con Isapre Fundación y se acordó otro con Colmena Golden Cross.

2.28. Las requeridas señalan que la Fiscalía considera que ciertas condiciones y procedimientos propios del mercado, como el sistema de reembolso del valor de las prestaciones médicas, constituyen una especie de objeto ilícito, en circunstancias que tal alternativa de copago es una de las que expresamente ha previsto el legislador, cuya razón de ser no se reduce solamente al hecho que determinados médicos decidan poner término a sus respectivos convenios con las Isapres, sino también a que éstas, de manera habitual y sin expresión de causa, desafilian a múltiples especialistas, o derechamente deciden no aceptar la solicitud de éstos de ser incorporados o reincorporados al sistema, debido a su poder de mercado.

2.29. Las requeridas señalan que entre los médicos requeridos existen algunos que nunca han atendido vía Isapre, algunos que nunca han tomado consultas, y otros tantos que después de años de servicio público, han mantenido una política solidaria con la comunidad y brindan atención gratuita a sectores necesitados.

2.30. Luego, indican que la Fiscalía pretende extrapolar los hechos y circunstancias, e incluso los argumentos que fueron materia de otro proceso judicial, el denominado Caso AM Patagonia (Sentencia N° 74/2008), en el cual este Tribunal decidió sancionar a diversos médicos de la ciudad de Punta Arenas en un contexto que sería por completo diferente al planteado en autos, en particular en cuanto a la definición del mercado relevante. En dicho caso el Tribunal constató el desequilibrio en las posiciones negociadoras de los médicos, por un lado, y de las Isapres, por el otro. Las requeridas afirman que este caso es diferente y que la Provincia de Ñuble no es Punta Arenas. En efecto, no existe posibilidad de que el establecimiento de un precio referencial tenga la aptitud objetiva de provocar un daño a la libre competencia y perjudicar a los pacientes en las ciudades de Chillán y San Carlos, especialmente porque estos tienen múltiples alternativas para atenderse con otros profesionales.

2.31. Ello contrastaría con lo verificado en el citado Caso AM Patagonia, en que el Tribunal estableció que: *"desde el punto de vista geográfico, [el mercado relevante] debe restringirse a Punta Arenas, atendido su evidente aislamiento geográfico y los significativos costos de transporte en que habrían de incurrir los pacientes para atenderse en un ámbito geográfico distinto"*.



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.32. Las requeridas señalan que, tal como este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia (Sentencia N° 74/2008), para configurar el ilícito de colusión "se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado".

2.33. En el caso de autos, aún en el improbable evento de estimar que existió una supuesta colusión entre las requeridas, dicho "acuerdo anticompetitivo" de modo alguno habría de afectar la libre competencia, por no ser idóneo para ello ni real, ni potencialmente. Una colusión en tal escenario no produciría otro efecto que el de desviar la demanda hacia aquellos profesionales y localidades que se no hayan adscrito a tal infracción anticompetitiva.

2.34. Afirman que en la especie no ha existido acuerdo alguno que haya tenido la *aptitud objetiva* de afectar algún elemento de la competencia, porque nunca fue esa la intención ni el actuar de las requeridas, y además porque los médicos de todo el país enfrentarían un poder omnímodo de las Isapres, lo que haría que cualquier colusión de los profesionales de la salud no produjera efecto.

2.35. Agregan que en la Sentencia N° 74/2008 el Tribunal es claro en señalar que: "... en general, el mero hecho de que un conjunto de médicos u otros profesionales se asocien con el exclusivo propósito de negociar con empresas que tienen poder de mercado, con el fin de evitar abusos de posición dominante en su contra y no de producir efectos contrarios a la competencia, no constituiría, en principio, un ilícito susceptible de reproche en conformidad al Decreto Ley N° 211".

2.36. En el caso de los médicos de Punta Arenas, los médicos condenados representaban entre un 75% y un 100% de la oferta disponible y, tal como se estableció en la citada sentencia, los servicios prestados por los médicos especialistas de Punta Arenas no tenían sustitutos cercanos, dada la situación de aislamiento de la XII Región. En la especie, los médicos afiliados a la AGGOÑ no detentan -sea individual o colectivamente, sea al interior o fuera de la Asociación- una participación de mercado que permita que una conducta concertada sea objetivamente apta para afectar la competencia en el mercado.

2.37. Las requeridas señalan que el supuesto acuerdo no fue implementado, que no se expulsó a médico alguno por no respetarlo; que no se monitoreó el



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cumplimiento del mismo; y que aun en el evento que el Tribunal concluya que existió un acuerdo, éste no produjo efectos, por cuanto sólo habría beneficiado a los médicos ginecólogos obstetras que no forman parte de la AGGOÑ, por tanto, el mercado se ajustó en forma automática. De ello se deriva que, en la especie, tampoco existió colusión de precios en relación a los pacientes.

2.38. Señalan las requeridas que no existió “una negativa injustificada de prestar los servicios”, pues éstos siempre se prestaron y se seguían prestando a la fecha del contestación del requerimiento. Tampoco existió una renuncia de “todos” los requeridos a las Isapres, pues muchos de ellos ni siquiera estaban con convenios vigentes, porque los habían desafiliado sin aviso, o porque no tenían consultas privadas.

2.39. En efecto, ninguna de las conductas imputadas por la FNE en su requerimiento se configuró en el presente caso, lo que se ve reforzado por el hecho que las características del mercado relevante de autos hacen inidóneo cualquier tipo de acuerdo colusivo como el que pretende atribuir la Fiscalía.

2.40. Las requeridas sostienen que las multas solicitadas por la Fiscalía no consideran adecuadamente las circunstancias del artículo 26 del D.L. N° 211, en especial la plena colaboración que las requeridas prestaron, de buena fe, durante toda la investigación administrativa, que duró más de un año. Indican que el supuesto beneficio económico, de existir, habría sido exiguo, y no tienen la calidad de reincidentes. Afirman que no es razonable que la Fiscalía solicite multas millonarias sin considerar la capacidad económica de las requeridas, pues ello atenta derechamente contra el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República. En efecto, las multas pretendidas por la FNE afectarían a personas naturales cuya única o principal fuente de ingresos serían las remuneraciones por sus servicios profesionales, llegando incluso a superar en más de diez veces el ingreso mensual de muchos de los médicos requeridos. Por todo ello, solicitan que en el evento de acogerse el requerimiento las multas solicitadas sean rebajadas sustancialmente. Adicionalmente, piden que se tenga en consideración el ámbito temporal de la conducta sancionada.

2.41. Además, señalan que la disolución de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, solicitada por la FNE, es una sanción excesiva que equivaldría a “la muerte civil de esta persona jurídica”.

2.42. Por todo lo indicado, las requeridas solicitan que: (i) se rechace en todas sus partes el requerimiento; (ii) se declare que las requeridas no han incurrido en infracción al D.L. N° 211; (iii) en subsidio, atendida la buena fe de las requeridas y las circunstancias particulares del presente caso y mercado, se les exima del pago de multa



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

o, en su defecto, que se rebaje ésta sustancialmente; y, (iv) que se condene en costas a la FNE.

3. A fojas 140, se recibió la causa a prueba y se fijaron los hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, que luego de las reposiciones presentadas por las partes quedaron de la forma establecida en la resolución de fojas 149:

1) *"Estructura, funcionamiento y condiciones de competencia en el o los mercados comprendidos en el requerimiento y la contestación. Participación de las requeridas en dicho o dichos mercados, desde el año 2010 a la fecha de interposición del requerimiento; y,*

2) *Existencia, objeto, efectos y características de los acuerdos imputados por el requerimiento. Personas que habrían concurrido a los mismos y circunstancias que los justificarían."*

4. Documentos acompañados por las partes:

4.1. La FNE acompañó: a fojas 151, (i) el Expediente Investigación FNE 2067-12; a fojas 202, (ii) el informe económico denominado "Mercado relevante para prestaciones ginecológicas de la provincia de Ñuble", suscrito por Valentina Paredes; a fojas 1408, (iii) Inscripción de matronas, enfermeras, y otros profesionales en el Registro Nacional de los Prestadores Individuales de Salud.

4.2. Las requeridas acompañaron: a fojas 1258, (i) el informe económico denominado "Análisis de mercado relevante de prestaciones ginecológicas en la provincia del Ñuble", suscrito por Andrea Alvarado; y (ii) el informe económico denominado "Análisis sobre la presunta existencia de colusión en el mercado en que participan los médicos afiliados a la Asociación", suscrito por Gonzalo Escobar.

5. Testimonial rendida por las partes:

5.1. Por la parte de la Fiscalía Nacional Económica: (i) a fojas 232 y siguientes, la señora Carmen Clelia Arriagada Vega; (ii) a fojas 287, la señora Valentina Amanda Paredes Haz; (iii) a fojas 380, la señora Ángela Alejandra Solís Espinoza; y, (iv) a fojas 669, doña Marlene Leonor Chávez Carrasco.

5.2. Por la parte de las requeridas: (i) A fojas 902, el señor Moisés Alejandro Retamal Vejar.

6. Exhibiciones de documentos:



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1. Según consta a fojas 354 y 698, a solicitud de la FNE las requeridas exhibieron boletas de honorarios y boletas electrónicas, correspondientes a los años 2011 y 2012.

6.2. Según consta a fojas 682, a solicitud de las requeridas, Isapre Cruz Blanca e Isapre Vida Tres exhibieron cartas de renuncia a convenios y contrapropuestas.

7. Absolución de posiciones:

7.1. A fojas 339, consta que con fecha 14 de abril de 2014, compareció a absolver posiciones el señor Francisco Baldecchi Quezada. Dicha diligencia fue solicitada por la FNE a fojas 220 y ordenada por este Tribunal a fojas 228.

8. Oficios y otros antecedentes recabados de terceros:

8.1. A fojas 1235, 1249, 1251, 1252 y 1317 constan las respuestas a oficios enviados por este Tribunal al Servicio de Salud del Maule, al Seremi de Salud de Bío Bío, al Servicio de Salud de Concepción, al Servicio de Salud de Bío Bío y al Superintendente de Salud.

9. A fojas 1270 y 1435 las requeridas y la Fiscalía, respectivamente, efectuaron observaciones a la prueba rendida en autos.

10. A fojas 995, con fecha 25 de junio de 2014, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y se fijó la fecha para la audiencia de vista de la causa, la que se efectuó el día 2 de octubre de 2014.

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que, como se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, la FNE formuló un requerimiento en contra de un grupo de 25 médicos ginecólogos obstetras y de la Asociación de la que ellos forman parte (la AGGOÑ), acusándolos de haber vulnerado el artículo 3° del D.L. N° 211, al celebrar y ejecutar un acuerdo colusorio destinado a fijar precios mínimos de venta de las prestaciones médicas de consulta y de algunos procedimientos quirúrgicos de su especialidad, efectuados en el sistema privado de salud en tres comunas de la provincia de Ñuble. De acuerdo con la Fiscalía, para efectos de incrementar dichos precios, los médicos requeridos habrían acordado además poner término de manera simultánea a los convenios individuales que los ligaban con las instituciones de salud previsional. La Asociación, por su parte, también a decir de la FNE, habría sido constituida con la única finalidad de materializar el acuerdo colusivo.



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Segundo. Que en su contestación las requeridas concluyen *“de manera categórica que no incurrieron en el ilícito de colusión que les atribuye la FNE”* (fojas 117, párrafo 23). Para fundamentar su posición plantean una serie de argumentos que, en su entender, justificarían su conducta (todos los cuales serán analizados en consideraciones posteriores de esta sentencia), siendo el principal de ellos el hecho que *“de buena fe han estimado indispensable y eficiente negociar de manera conjunta con [las Isapres] – muchas veces, incluso, a petición de ellas mismas–, el valor referencial y máximo que tales instituciones de salud previsional están dispuestas a copagar en relación a los honorarios médicos, a fin de intentar cubrir al menos los costos que implica prestar servicios de salud en el sistema privado”* (fojas 117, párrafo 25, cursivas en el original);

Tercero. Que el artículo 3º, letra a), del D.L. N° 211 señala que se consideran como hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia *“los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”*. Esta disposición no es más que una especificación de lo dispuesto en el inciso primero de dicho artículo, que en su parte pertinente señala que será sancionado todo aquel que *“ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”*;

Cuarto. Que, de conformidad con la normativa señalada, para sancionar una conducta colusoria se debe acreditar: la existencia de un acuerdo sobre una variable relevante de competencia (tales como afectar precios y cantidades, o repartirse mercados); que éste se ha materializado entre competidores; y que ha otorgado poder de mercado a quienes forman parte de él. En lo sucesivo el análisis indaga si se cumple en el presente caso con cada uno de estos requerimientos;

Quinto. Que, como es sabido, en materia de libre competencia el término “acuerdo” es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, “acuerdos o pactos de caballeros”, pautas de conducta, circulares, entre otros (véase, en este sentido, P. Areeda y H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Publishers, 2ª ed., 2003, 1400a). Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más instrumentos o incluso en una seguidilla de meros actos materiales. En términos generales, la supresión de la voluntad individual de dos o



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

más agentes competidores y su cambio por una voluntad colectiva unificadora de sus decisiones es, en sede de libre competencia, considerado un "acuerdo", cualquiera sea el modo en que éste se manifieste;

Sexto. Que en el presente caso la naturaleza expresa del acuerdo es manifiesta; a tal punto que ni siquiera fue controvertida por las requeridas. Como se mostrará a continuación, él fue adoptado bajo el alero de una asociación gremial, y su contenido queda ratificado por una serie de actuaciones posteriores de las propias requeridas;

Séptimo. Que, en efecto, en el Acta de la Primera Asamblea de la AGGOÑ, de fecha 23 de Noviembre de 2011, que rola a fojas 144 del Expediente de Investigación de la FNE Rol N°2067-12, cuya versión pública fue acompañada por la FNE en el tercer otrosí de la presentación de fojas 151, se consigna explícitamente lo siguiente:

"A las 22:45 hrs. se discute situación contractual con las Isapres, quienes se han negado durante todo el año 2011, ha [sic] discutir temas de aranceles con nuestros representantes, ignorando nuestras peticiones.

Colegas proponen que los que quieran se retiren de las Isapres, ya que se consideran explotados por estos conglomerados que no han sabido remunerar y valorar los actos médicos. El arancel será libre, pero sobre \$25.000 pesos para consultas y 4,0 o 4,4 para cirugías.

Se deja claro la libertad de acción, que tiene cada colega para actuar y decidir. Cada uno debe tomar su decisión según su forma de pensar. La mayoría decide que la gestión de negociación se canalice a través del presidente de la Asociación Gremial, Dr. Francisco Baldecchi Quezada y acompañado por la directiva si se requiriese.";

Octavo. Que según consta en el mismo documento antes singularizado, la declaración transcrita fue acordada sin oposición alguna por parte de los médicos requeridos, lo que ratifica la existencia de una voluntad común, adoptada libremente, para actuar de forma colectiva en el mercado. Dicha actuación conjunta, por lo demás, se encuentra acreditada en el proceso con abundante prueba documental consistente en correos electrónicos acompañados por la Fiscalía. Sólo por citar un ejemplo, a fojas 291 del Tomo I del Expediente de Investigación Rol N°2067/12, rola uno de fecha 28 de diciembre de 2011, cuya versión pública fue acompañada por la FNE en el tercer otrosí de la presentación de fojas 151, enviado por el señor Baldecchi a la señora Silvana Leticia, ejecutiva de Isapre Fundación, en el que junto con señalar que *"En reunión ampliada de la AG de noviembre del presente año se acordó, tomar la decisión de poner fin de todos los convenios vigentes con todas las isapres"*, indica asimismo que, respecto



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de dicha Isapre, "El acuerdo en dicha Asamblea fue solicitar: valor consulta electiva \$20000. Honorarios quirúrgicos: Fonasa nivel 1 x 4,4. Sin otro particular y atento a sus comentarios, se despide Dr. Francisco A. Baldecchi Q. Presidente de la A.G.G.O.Ñ.". Nótese que la diferencia entre el precio a cobrar por consulta mencionado en el email y aquel mencionado en el Acta referida en la consideración precedente sólo se debe al menor tamaño de la Isapre específica a la cual estaba remitido el correo. Sin perjuicio de esta situación excepcional (que, como veremos, no tiene incidencia mayor en el presente caso), lo relevante es que la sola existencia de esta declaración ratifica la existencia de un acuerdo;

Noveno. Que también ha quedado acreditado en autos que el acuerdo fue adoptado a instancias del líder de la AGGOÑ, señor Francisco Baldecchi Quezada. Esto queda suficientemente demostrado, por ejemplo, en la absolución de posiciones del propio señor Baldecchi, en la cual no sólo reconoció haber presidido todas las Asambleas de la AGGOÑ –incluida aquella en que se explicitó el acuerdo– (fojas 363), sino también haber participado en la redacción y revisión final de las cartas enviadas al menos a cinco Isapres, haberlas firmado y haber hecho entrega de las mismas (fojas 366 y 366 vuelta). De modo similar, existen declaraciones de diversos testigos ante la Fiscalía (por ejemplo, a fojas 277 y 277 vuelta del cuaderno principal; y en citas de fojas 540, 552 y 553 del Tomo II del Expediente de Investigación FNE Rol N°2067/12, cuya versión pública fue acompañada en el tercer otrosí de la presentación de fojas 151) que confirman el liderazgo ejercido por el señor Baldecchi a efectos de aunar las voluntades de las requeridas;

Décimo. Que las requeridas han aludido (fojas 122) al supuesto carácter voluntario del acuerdo, esto es, que no era vinculante, del cual se desprendería la inexistencia de un acuerdo de actuación conjunta y, por tanto, la imposibilidad de efectuar un reproche a sus actuaciones en esta sede. Esto por cuanto implícitamente la voluntariedad implicaría que cualquier comportamiento similar que se observare entre quienes suscribieron el acuerdo respondería sólo a una suerte de paralelismo consciente no sancionable en sede de libre competencia. El fundamento de esta alegación es que en la parte transcrita del Acta indicada en la consideración quinta precedente se establece que se habría dejado en "libertad de acción" a cada firmante para "actuar y decidir". Asimismo, relacionado a este punto, las requeridas han indicado, en la contestación al requerimiento a fojas 134, que no es efectivo que haya existido un acuerdo colusorio, lo que se debería demostrar, entre otras razones "(...) 5) Porque no se sanciona o expulsa a ningún médico alguno por no respetar el supuesto acuerdo; 6) Porque no se monitorea el cumplimiento del acuerdo (...)". Es decir, no se cumpliría con los dos supuestos



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

económicos que, a juicio de las requeridas, exige la colusión, como son el monitoreo y la sanción en caso de desviación de parte de quienes adoptan un acuerdo colusorio;

Undécimo. Que respecto a los argumentos de las requeridas, es necesario recordar, primero, que el mero hecho que un acuerdo de precios diga ser referencial o voluntario no es relevante para efectos del análisis de competencia, pues las conductas anticompetitivas en general –y la colusión en particular– responden a parámetros objetivos (esto es, si el acuerdo recae en variables competitivas, si el alza de precios efectivamente se produjo o no y si dicho acuerdo le otorgó poder de mercado a los participantes de él), sin que el carácter no vinculante del acto pueda ser utilizado como eximente de responsabilidad. Segundo, que en los casos en que esté acreditada la existencia de un acuerdo colusorio, no es requisito indispensable para que este Tribunal pueda sancionarlo que exista monitoreo y castigos o sanciones entre sus miembros, respecto de aquellos que se desvían de lo acordado. A mayor abundamiento, debe considerarse que en materia de colusión, el vocablo “sanción” no necesariamente equivale a los castigos conocidos por el derecho, sino que puede referirse incluso a medidas aparentemente más “inocuas”, como por ejemplo, el regreso a la situación de competencia, eliminándose de hecho y de manera automática el acuerdo previo (véase, por ejemplo, R. Marshall y L. Marx, *The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings*, The MIT Press, 2012);

Duodécimo. Que ha quedado establecida, entonces, de manera clara y concluyente, la existencia de un acuerdo en el presente caso, esto es, la presencia de una voluntad común de actuación en el mercado que ha suprimido a la toma de decisiones de manera individual;

Decimotercero. Que en lo que respecta a sus partes, la letra a) del inciso segundo del artículo 3º del D.L. N° 211 requiere que ellas sean “competidores”, calidad que en este caso resulta indiscutible respecto de los médicos requeridos, pues se trata de 25 profesionales que poseen la especialidad de ginecología y que, a mayor abundamiento, prestan sus servicios en la provincia de Ñuble. El rol específico de la AGGOÑ en el acuerdo se explicará en las consideraciones quincuagésimo cuarta y siguientes;

Decimocuarto. Que, como tercer requisito para configurar una conducta colusoria en el derecho chileno, el artículo 3º inciso segundo letra a) del D.L. N° 211 exige que el acuerdo entregue poder de mercado a los competidores. Como se verá, este concepto está intrínsecamente vinculado al hecho que, como también menciona la disposición citada, el acuerdo debe recaer sobre alguna de las variables competitivas allí



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

referidas, por lo que, desde un punto de vista metodológico, resulta conveniente tratar primero este último aspecto;

Decimoquinto. Que a partir de la prueba indicada en las consideraciones séptima y octava quedan de manifiesto dos cuestiones relevantes relativas al objeto del acuerdo. Primero, que se procedería a la cancelación por parte de los médicos requeridos de los convenios suscritos por ellos con las Isapres. Esta situación, como se verá, eliminó en la práctica la opción de pago más barata, permitiendo con ello un fuerte aumento efectivo del precio promedio percibido por los médicos requeridos al atender a sus pacientes, ya sea por la vía de consultas o de prestaciones quirúrgicas. Segundo, la prueba también deja en evidencia que lo convenido colectivamente fue imponer un "piso" al precio que los médicos requeridos debían cobrar en el futuro a sus clientes que pagaran sin bonos; nuevamente, tanto respecto de consultas médicas como respecto de prestaciones quirúrgicas. El valor mínimo a cobrar en el caso de las primeras fue fijado en 25 mil pesos, mientras que en el caso de las segundas fue acordado en un rango de entre 4,0 y 4,4 veces el arancel Fonasa;

Decimosexto. Que, en vista de lo anterior, en términos de la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del D.L. N° 211, el acuerdo consistió efectivamente en "fijar precios" (expresión que en materia de libre competencia es relativamente genérica, incluyéndose en ella acuerdos para estabilizar, bajar o plegarse a precios, entre otras, y pudiendo hacer alusión incluso a acuerdos que indirectamente permiten controlar esta variable). Sin embargo, sin perjuicio de lo reprochable que en sí mismo resulta el acordar el establecimiento de precios mínimos, en el presente caso la evidencia muestra que el acuerdo de fijación de precios fue más complejo y tuvo un doble componente: por un lado, efectivamente se acordó concertadamente un precio mínimo a cobrar, más alto que el previamente cobrado en promedio; por otro, a la vez se adoptaron acciones que permitieron maximizar el beneficio de dicha fijación. Este acuerdo complejo, en los dos ámbitos señalados, permitió vulnerar la más básica regla protegida en este sede, conforme a la cual es sólo el mercado el que, salvo excepción legal de por medio, determina el precio de un bien o servicio;

Decimoséptimo. Que, en efecto, la implementación del acuerdo de precios de cara a los pacientes hubiera sido más difícil o producido menores efectos en el mercado si las requeridas no hubieran actuado colectivamente frente a las Isapres. Fue la imposibilidad de utilizar el pago con bonos lo que permitió a las requeridas "forzar" a un aumento de las atenciones pagadas sin bonos, de modo tal que los usuarios de atenciones quirúrgicas ginecológicas se vieron obligados a pagar



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

directamente al médico el precio particular, que era más alto. Como resultado, ambas acciones (precio mayor e imposibilidad de pagar con bonos producto de la cancelación de los convenios con las Isapres) derivaron en un precio por paciente –o precio promedio ponderado– significativamente más elevado, según se mostrará en las consideraciones vigésima segunda y siguientes. En otros términos, la actuación de las requeridas frente a las Isapres, *conjuntamente* con el acuerdo de precios mínimos a cobrar a los pacientes, fueron en este caso parte de un mismo acuerdo colusorio;

Decimoctavo. Que, finalmente, el D.L. N° 211 exige que el acuerdo confiera poder de mercado a aquellos competidores que son parte del mismo. Como ha señalado la doctrina, el poder de mercado es un término que *“se refiere a la habilidad de una firma (o un grupo de firmas, actuando conjuntamente) para elevar el precio por sobre el nivel competitivo sin perder muchas ventas tan rápidamente como para que el incremento de precio no sea rentable y deba ser rescindido”* (W. Landes y R. Posner, *“Market Power in Antitrust Cases”*, Harvard L. Rev., 94[5], 1981, p. 937). En casos de colusión, el grado de poder de mercado conferido que se requiere acreditar es menor al que se exige en un caso de abuso de posición dominante, tal como ha ratificado la jurisprudencia de este Tribunal (véanse, por ejemplo, las Sentencias N°74/2008, c.3 y N°79/2008, c.15) y como es confirmado, además, por la modificación introducida por la Ley N° 20.361 al referido artículo 3° letra a) del D.L. N° 211;

Decimonoveno. Que el poder de mercado puede ser calculado de dos formas: de manera directa, utilizando métodos económicos (como, por ejemplo, el llamado “Índice de Lerner”), o de manera indirecta, recurriendo al establecimiento de un mercado relevante, cálculo de cuotas de mercado y elasticidades de oferta y demanda de cada servicio. A este último método, al cual se acude cuando existen dificultades para utilizar el primero, se ha referido recientemente la Excma. Corte Suprema, cuando señala que el mercado relevante es *“imprescindible para establecer uno de los requisitos esenciales del ilícito anticompetitivo, esto es que el acuerdo colusorio permita obtener poder de mercado”* (Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 20 de enero de 2015, Ingreso N° 21.536-2014, c.10). En cualquier caso, el objetivo último del examen es establecer, de la forma que resulte más adecuada al caso concreto, si el acuerdo le otorgó o no el poder de mercado necesario para establecer responsabilidad en materia de libre competencia, tal como exige el D.L. N° 211. En términos prácticos, y concordante con la definición de poder de mercado antes indicada, ello implica indagar, en el caso de un acuerdo de precios como el de autos, si el alza de precios que se produjo fue, en los hechos, consecuencia directa de dicho acuerdo, y si fue sostenible por un determinado período de tiempo;



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL²⁴

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo. Que en el presente caso, dado que lo acordado fue "fijar el precio" (en el sentido amplio del derecho de la competencia, según se ha explicado en la consideración decimosexta) de dos tipos de prestaciones médicas diversas -consultas y operaciones quirúrgicas-, el análisis debe ser realizado de manera separada para cada una de ellas;

Vigésimo primero. Que cabe aclarar que el análisis estadístico que resumen las consideraciones que siguen fue realizado utilizando una variación de la última versión de la base de datos acompañada por la Fiscalía y no objetada por las requeridas. A juicio de este Tribunal, dicha base no representa de la mejor manera posible el número de prestaciones efectivamente realizadas, ya que resulta injustificado que, disponiéndose de información sobre consultas proveniente tanto de boletas (provista por los médicos) como de reembolsos (provista por las Isapres) durante el período 2011-2013, se haya eliminado de la base toda la información relativa a estos últimos. Por tanto, en su cálculo este Tribunal eliminó información, ya sea de boletas o de reembolsos, sólo en los casos en que resultaba evidente que la información aparecía duplicada. No obstante, esta modificación ha tenido consecuencias mínimas en los resultados cuantitativos que se exponen en las consideraciones siguientes, y ningún impacto cualitativo. Asimismo, además de lo anterior, en el análisis de este Tribunal las series de precio han sido ajustadas considerando el IPC de servicios médicos, cuando así fuera necesario, a efectos de obtener precios comparables a octubre del año 2013;

Vigésimo segundo. Que en primer lugar, en lo que respecta a las consultas, más allá de las diferencias en los valores mostrados en los documentos a que se hizo alusión en las consideraciones séptima y octava, existe en el proceso evidencia clara y concluyente de que el acuerdo fue efectivamente implementado en el mercado. Como da cuenta el cuadro N° 4 siguiente, basado en información entre los años 2009 y 2013, que rola a fojas 202 y 1261, los precios de los servicios prestados por los médicos ginecólogos requeridos fueron efectivamente ajustados al alza;

Cuadro N° 4: Consultas hechas por los médicos requeridos

Período	Pre-Acuerdo	Acuerdo
N° de Consultas	30.457	10.210
Consultas por mes*	832,3	667,8
Precio promedio	\$ 15.790	\$ 26.657

Las consultas por mes han sido calculadas considerando los datos existentes hasta abril de 2013. Los datos posteriores a esa fecha son boletas esporádicas aportadas por algunos médicos, las que, de ser utilizadas, distorsionarían el número de consultas promedio.



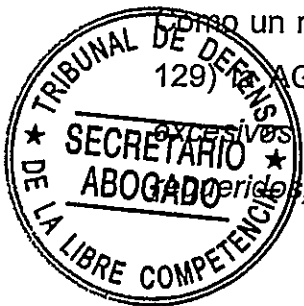
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo tercero. Que debe notarse que, como se adelantó, la mayor parte de la variación general de precios promedio fue producida por un cambio en el tipo de consultas prestadas por los médicos requeridos, las cuales variaron desde atenciones con bonos, que eran más baratas (\$14.284 en promedio antes del acuerdo), a consultas sin bono, que eran más caras (\$24.663 en promedio antes del acuerdo). En efecto, los datos que constan en autos muestran que, previo al acuerdo, los médicos requeridos atendían con bono a un 85,5% de sus pacientes y sin bono a un 14,5%, mientras que con posterioridad al mismo, dichas cifras cambiaron radicalmente, bajando a sólo un 1% de las atenciones con bono y subiendo a un 99% las sin bono. Asimismo, los precios cobrados por las requeridas igualmente mostraron alzas: de 22,3% en el caso de consultas con bonos y de 8,4% en el caso de consultas sin bonos. Todo esto produjo que el precio promedio -ponderado por el número de atenciones de los médicos requeridos, con y sin bonos- subiera de \$15.790 a \$26.657 (esto es, un aumento de 69%), que es lo mostrado en el Cuadro N° 4. Este incremento es ciertamente significativo si se considera que, de acuerdo a los datos existentes en el expediente, el mismo precio promedio cobrado por los médicos no requeridos subió sólo de \$14.246 a \$14.986 (esto es, un aumento de sólo 5,2%);

Vigésimo cuarto. Que, a este respecto, es conveniente recordar que en materia de libre competencia no es relevante que los precios cobrados a los usuarios finales (en este caso, los pacientes) hayan o no sido uniformes, como argumentan las requeridas (por ejemplo, a fojas 117, párrafo 26). En esta sede, el único parámetro relevante de control es si hubo un acuerdo y si éste les confirió poder de mercado, esto es, en el caso concreto, si les permitió elevar los precios que en promedio pagaban los usuarios, sea que usaran o no bonos de Isapres para ese fin, por sobre el nivel competitivo y de una manera sostenible, lo que indudablemente ha ocurrido en el presente caso;

Vigésimo quinto. Que las requeridas han argumentado que los pacientes habrían contado con alternativas "viabiles" de atención en caso que se encontraran disconformes con el alza de precios supra-competitiva. Estas alternativas consistirían, a su juicio, en la existencia de médicos ginecólogos no afiliados a la AGGOÑ; la existencia de esa misma clase de especialistas en localidades relativamente cercanas entre sí; la posibilidad de atender ciertas patologías por parte de médicos generales y de especialistas, indistintamente; y la posibilidad de contar con atención en el sistema público de salud.

Como un resumen de esta idea, en su escrito de contestación del requerimiento (fojas 129) AGGOÑ indica que "cualquier intento de colusión o de aplicación de precios excesivos en las ciudades de Chillán y/o San Carlos por parte de los ginecólogos requeridos, produciría el efecto de desviar la demanda hacia otros médicos, hacia otras



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ciudades e incluso, hacia el sistema público de salud". Sin perjuicio de haberse demostrado que el acuerdo innegablemente confirió poder de mercado a las requeridas, pues los precios fueron efectivamente ajustados al alza, en lo que sigue este Tribunal también se hará cargo de estas alegaciones y defensas;

Vigésimo sexto. Que como primera defensa los requeridos señalan que existen médicos ginecólogos no afiliados a la AGGOÑ cuya presencia podría disciplinar los efectos negativos del acuerdo. La evidencia indica que efectivamente los médicos que no participaron del acuerdo aumentaron el precio de sus consultas en un 5,2% y vieron incrementado el número de éstas en un 198% durante el primer año de dicho acuerdo, en comparación con el año inmediatamente anterior. Sin embargo, ello no fue suficiente para contrarrestar los efectos negativos del acuerdo, pues, en la práctica, éste alcanzó a casi un 90% de la oferta de ginecólogos existente en la provincia de Ñuble. De hecho, la intención que se tuvo en vista al constituir a la AGGOÑ fue agrupar en ella a la totalidad de los médicos que prestaban esos servicios en dicha área. Así por ejemplo lo declara el testigo Moisés Retamal Véjar, cuya declaración rola a fojas 902 y siguientes, quien indicó que *"en la última asociación gremial, se invitaron a todos los ginecólogos que ejercen en la plaza con libre libertad de asistir [...]"*.

Vigésimo séptimo. Que, junto a lo anterior, se debe considerar que, como ya señalara este Tribunal en su Sentencia 74/2008, consideración octava, los servicios ofrecidos por médicos especialistas no tienen sustitutos cercanos; por lo que un médico especialista sólo enfrenta competencia directa por parte de los demás médicos que prestan su misma especialidad (sin perjuicio que ciertas dolencias particulares puedan también ser atendidas por médicos generales). Esto se explica en el hecho que de la especialización derivan una serie de características particulares de la atención, que producen un grado relativamente alto de dependencia por parte del paciente demandante de los servicios médicos especializados;

Vigésimo octavo. Que como segunda defensa, las requeridas hacen mención a una posible sustitución de tipo geográfico entre médicos ginecólogos. A este respecto, se debe tener presente que aun cuando la provincia en que se desempeñan profesionalmente los requeridos (Ñuble) no se encuentra en una situación de aislamiento, la probabilidad de que, considerando los costos de transporte y de tiempo, se produzca masivamente una sustitución por prestadores de otras ciudades del país como consecuencia del aumento de precios, en las magnitudes que han señalado para las consultas médicas, es baja. De hecho, la FNE presentó evidencia (a fojas 202), no desvirtuada por las requeridas, que muestra que la disminución en las consultas



27
ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

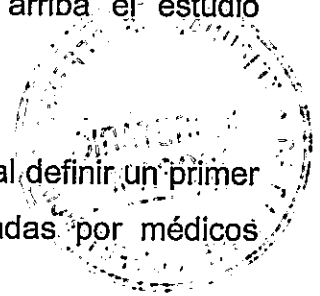
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

practicadas por ginecólogos en la provincia del Ñuble no fue compensada por un mayor número de consultas hechas por médicos ginecólogos en las otras provincias de la región;

Vigésimo noveno. Que igual situación se aprecia respecto de una posible sustitución entre ginecólogos y médicos generales dentro de la provincia del Ñuble, para el servicio de consultas ginecológicas –argumento que corresponde a la tercera defensa de las requeridas en esta materia–. En efecto, de acuerdo a la evidencia mostrada en el informe económico acompañado por la FNE a fojas 202, que tampoco fue desvirtuada por las requeridas, se observa que la caída en las consultas de estos especialistas no incrementó las mismas prestaciones de otros médicos similares en la zona;

Trigésimo. Que la cuarta y última defensa dice relación con la posibilidad de que los pacientes sean atendidos en el sistema público de salud. Al respecto, se debe considerar que la existencia de dos sistemas diferenciados en el mercado de los seguros de salud –uno público constituido por Fonasa y otro privado constituido por las Isapres– tampoco permite disciplinar al acuerdo colusivo. Esto, por cuanto el primer sistema no sólo abarca cerca de un 80% de los afiliados al sistema de salud, que –en términos generales– pertenecen a una estrato socioeconómico distinto a los pacientes del segundo; sino además porque ambos sistemas cuentan con normativas y funcionamientos radicalmente distintos. Estas diferencias permiten inferir de manera razonable que la movilidad de afiliados entre uno y otro sistema, y particularmente del privado al público, es baja. Esto concuerda con lo fallado anteriormente por este Tribunal, quien ha resuelto que “[...] si bien en principio se podría considerar que Fonasa y las Isapres abiertas proveen un servicio sustituto de seguro de salud –en cuyo caso ambos sistemas serían parte de un mismo mercado relevante–, dicha afirmación pierde parcialmente validez al constatarse las diferentes características de los servicios provistos por uno y otro sistema, ya descritas. Dadas las diferencias existentes entre los servicios provistos por el seguro privado y el público, en cuanto a los beneficios netos esperados por peso cotizado, al menos para una parte importante de la población no existirá la posibilidad de contratar un seguro privado (por ejemplo, aquellas personas con bajos ingresos y/o alto riesgo observable); mientras que para otra parte de la población Fonasa no será una alternativa relevante de elección (por ejemplo, personas con altos ingresos y bajo riesgo observable)” (Sentencia N° 57, c. 46). A la misma conclusión arriba el estudio acompañado por la FNE a fojas 202;

Trigésimo primero. Que todo lo anterior permite a este Tribunal definir un primer mercado relevante en autos: el de las consultas médicas prestadas por médicos



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ginecólogos en la región del Ñuble y demandadas por pacientes que no están asegurados a través del sistema público de salud (Fonasa). Es posible reafirmar, entonces, que al menos en lo que respecta a las consultas, el acuerdo confirió poder de mercado a los médicos requeridos, cuestión que se desprende del hecho que fueron capaces de elevar el precio promedio ponderado de las consultas por sobre el nivel que ellos recibían previamente en el mercado relevante del producto y geográfico antes definido, por un tiempo relevante, como consecuencia directa del acuerdo suscrito entre ellos;

Trigésimo segundo. Que en segundo término, en lo que a atenciones quirúrgicas se refiere, el poder de mercado que el acuerdo confirió a quienes lo suscribieron puede ser derivado tanto de la prueba documental como de la evidencia económica existente en el proceso;

Trigésimo tercero. Que en lo que respecta a la prueba documental, a fojas 116 – 117 del Tomo I del Expediente de Investigación Rol N°2067/12, cuya versión pública fue acompañada por la FNE en el tercer otrosí de la presentación de fojas 151, rola la correspondencia electrónica, de fecha 5 de marzo de 2012, entre el requerido señor Felipe Camposano Luzzi y la señora Paola Tapia Arriagada. En un primer correo electrónico (que habría sido aportado a la Investigación de la FNE por la médico no perteneciente a la Asociación), el requerido señor Camposano le informa a la señora Tapia respecto a los aranceles por una cirugía (histerectomía) como primer ayudante, dando cuenta de un factor de 4,4 aplicado sobre el arancel Fonasa, señalando expresamente que eso *"es harto pero eso fue lo acordado por la asociación"*. Este correo fue respondido al día siguiente por la señora Tapia, confirmando que el factor acordado por las requeridas era 4,4. El correo señala lo siguiente: *"Felipe creo que según lo que averigüé con el Dr. De la Cuadra y Dr. Caro el valor es de aranceles quirúrgicos de FONASA NIVEL 1 POR FACTOR DE 4,4. Atte. Paola"*. (El "Dr. De la Cuadra" correspondería al requerido señor Mario de la Cuadra Valdés y el "Dr. Caro" al requerido señor Víctor Caro Herrera). Finalmente, en un último correo de la secuencia, el señor Camposano rectifica el valor dado anteriormente, confirmando el arancel acordado de Fonasa Nivel 1 por factor de 4,4: *"Paola. No encontraba el valor informado por Fonasa al segundo cirujano. Al fin lo encontré. El valor finalmente es de 220.000 (considerando el factor 4.4. en Fonasa nivel 1) Ahí es más razonable. Lo encontraba super caro el anterior."*

La información [sic] aparecen en la página Fonasa en nuevas prestaciones. Atento a sus comentarios. Atte.;"



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL 29

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo cuarto. Que en lo que respecta a la prueba económica, la evaluación de la obtención de poder de mercado producto del acuerdo para las intervenciones quirúrgicas requiere considerar diversas opciones plausibles de sustitución (en otras palabras, analizar la posibilidad de disciplina impuesta sobre los médicos requeridos). Como cuestión metodológica, tanto en esta estimación como en la de las variaciones de precios se ha asumido razonablemente que en cada intervención quirúrgica generalmente participan múltiples personas que cumplen distintas funciones. Por tanto, con el objeto de contar con una serie de precios que sea comparable, este Tribunal en su análisis ha mantenido solamente los datos correspondientes a la prestación de mayor valor dentro de cada intervención quirúrgica, pues con alta probabilidad ella pertenece al primer cirujano en caso de haber múltiples prestaciones;

Trigésimo quinto. Que, considerando lo anterior y eliminando los datos a una distancia mayor a dos desviaciones estándar de la media, es posible constatar un aumento significativo en los precios de las intervenciones quirúrgicas. De esta forma, se puede observar (a continuación en el cuadro N° 5) que el acuerdo llevó a un aumento de precios para el primer cirujano en partos normales y cesáreas de 0,69 y 0,42 aranceles Fonasa respectivamente, lo que a la fecha del acuerdo correspondían a \$82.182 y \$50.024;

Cuadro N° 5: Variación de precios en intervenciones quirúrgicas, cobrados por médicos requeridos

Código	Precios (en aranceles FONASA)				
	Precio Pre-Acuerdo	Aumento de Precio	t	N total	N Acuerdo
2004003	2,833426	0,6921657	3,72	82	10
2004006	2,991404	0,424177	7,83	676	90

* El estadígrafo "t" se computa como el cociente entre los aumentos de precio y el error estándar de la estimación de éstos, los que en este caso son de 0,186 y 0,054 respectivamente. El "N total" son las observaciones asociadas a cada código para los años 2009 a 2013, mientras que el "N Acuerdo" son el número de observaciones ocurridas después del 20 de Enero de 2012, también para cada código.

Trigésimo sexto. Que, al igual que en el caso de las consultas, resulta relevante estudiar la posibilidad de sustitución de médicos ginecólogos por médicos de otras especialidades. Para esto, este Tribunal ha considerado en el análisis las intervenciones asociadas a los códigos Fonasa 2004003 y 2004006, los cuales están relacionados con partos y reflejan procedimientos estandarizados y de alto costo, en los cuales es más probable que, además de médicos ginecólogos, participen también médicos de otras especialidades, lo que justifica una posible mayor disposición de los usuarios a buscar alternativas;

Trigésimo séptimo. Que el examen estadístico realizado por este Tribunal muestra cierta evidencia que sustenta una posible sustitución entre médicos ginecólogos y



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

médicos de otras especialidades para el caso de partos, tanto normales como cesáreas. Este resultado es consistente con el del informe presentado por las requeridas a fojas 1258. En efecto, utilizando los datos aportados por la FNE, es posible observar que la proporción de partos en donde intervino al menos un ginecólogo varió fuertemente en la provincia del Ñuble, cayendo 20 puntos porcentuales luego de la fecha en que supuestamente se debían eliminar los convenios y manteniéndose relativamente estable en el resto de la región (cae sólo 5 puntos porcentuales), tal como se puede ver en el cuadro N° 6 a continuación:

Cuadro N° 6: Presencia de ginecólogos en partos antes y después del acuerdo

	Presencia de al menos un ginecólogo	
	Pre-Acuerdo	Acuerdo
Ñuble	93%	73,3%
Resto	40,3%	35,0%

Trigésimo octavo. Que la conclusión anterior se confirma realizando un análisis econométrico de "diferencias en diferencias" o "diff-in-diff" que consiste en comparar los cambios en los precios existentes antes y durante el acuerdo en la provincia del Ñuble, con esos mismos cambios en las otras provincias de la región del Bío Bío. Para ello se han considerado dos períodos equivalentes, el primero entre el 21 de abril de 2011 y el 20 de enero de 2012 (pre acuerdo), y el segundo entre el 20 de julio de 2012 y el 20 de abril de 2013 (etapa de vigencia del acuerdo). Los resultados se pueden ver en el Cuadro N° 7, en particular en su última columna, donde se muestra que, considerando al resto de la región como un contrafactual, el acuerdo tuvo un impacto significativo en la reducción del número de médicos ginecólogos presentes en los partos realizados en la provincia del Ñuble. Es de notar que las diferencias entre los resultados que muestran los cuadros 6 y 7 se deben a que, como se ha indicado, en este ejercicio econométrico se restringió la muestra a períodos equivalentes para así aislar otros efectos que pudiesen afectar la estimación;

Cuadro N° 7: Diff-in-diff (presencia de médico ginecólogo en partos, antes y después del acuerdo, en Ñuble y en el resto de la región)

	Período 1			Período 2			DIFF-IN-DIFF (2) - (1)
	No-Ñuble	Ñuble	Diff (1)	No-Ñuble	Ñuble	Diff (2)	
ginecólogo	0,374	0,926	0,551	0,324	0,653	0,329	-0,223
Error Estándar	0,012	0,034	0,036	0,012	0,047	0,049	0,061



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo noveno. Que, al igual que como se hizo para el caso de las consultas, en el caso de las prestaciones quirúrgicas es también relevante analizar la posibilidad de que exista una sustitución con otras ciudades. En este caso esta posibilidad pareciera ser, *prima facie*, más alta que en el caso de las consultas, considerando que los diferenciales de precios pueden ser relevantes en relación a los costos de transporte y otros, que implica el traslado a otra ciudad. De hecho, este punto generó controversia entre las partes. Por un lado, la FNE presentó (a fojas 202) un análisis mostrando que en el período posterior al acuerdo la demanda por prestaciones quirúrgicas realizadas por médicos ginecólogos disminuyó tanto en la provincia del Ñuble como en la del Bío Bío, no siendo esto consistente con la sustitución indicada. Por otro lado, las requeridas presentaron un estudio (a fojas 1258) que controvierte lo señalado por la FNE;

Cuadragésimo. Que el informe de las requeridas tiene por objeto mostrar la existencia de una supuesta sustitución geográfica apreciable en la prestación de intervenciones quirúrgicas ginecológicas, así como de un cambio relevante acaecido luego de la fecha del acuerdo imputado. Modificando levemente la metodología del informe a efectos de corregir el mismo problema identificado en la consideración trigésimo cuarta precedente, se obtiene que la proporción de pacientes de la provincia del Ñuble que fueron atendidas quirúrgicamente en la misma provincia bajó desde un 90,3% a un 81,2% luego de la fecha de celebración del acuerdo, no ocurriendo lo mismo en las otras provincias de la región. Dado esto, y contrastándolo con el resultado del informe presentado por la Fiscalía, no es posible descartar la existencia de algún grado de sustitución entre las intervenciones quirúrgicas efectuadas en la provincia del Ñuble con las llevadas a cabo en las provincias de Bío Bío y Concepción;

Cuadragésimo primero. Que no obstante esta sustitución geográfica, ya se ha mostrado que existió un aumento efectivo en los precios cobrados por los requeridos, tal como consta en el Cuadro N° 5. En consecuencia, dicha sustitución es manifiestamente imperfecta y no fue suficiente para eliminar por completo la pérdida de bienestar social causada por el acuerdo colusorio de autos, con lo cual queda en evidencia que el acuerdo también le otorgó poder de mercado a quienes lo suscribieron respecto de las intervenciones quirúrgicas ginecológicas;

Cuadragésimo segundo. Que finalmente, en lo que respecta a la posibilidad de que los pacientes reciban atenciones quirúrgicas en el sistema público de salud, baste aquí reiterar íntegramente el razonamiento realizado respecto de las consultas en la consideración trigésima;



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo tercero. Que todo lo anterior permite definir un segundo mercado relevante en la presente causa, más amplio que el anterior, consistente en las intervenciones quirúrgicas ginecológicas prestadas por médicos cirujanos en la región del Bío Bío y demandadas por pacientes que no estén asegurados en el sistema público de salud. No obstante esta definición más amplia, en este mercado, tal como se ha consignado hasta aquí, existe evidencia suficiente y clara que permite establecer el poder de mercado que el acuerdo confirió a las requeridas;

Cuadragésimo cuarto. Que por lo demás, en adición a todo lo anterior, es posible inferir de manera razonable que las alzas de precios, tanto en las consultas como en prestaciones quirúrgicas, se debieron únicamente a la existencia del acuerdo y no pueden, por el contrario, ser atribuidas a explicaciones alternativas. Por ejemplo, no existe evidencia en autos de que las alzas sostenidas de precios puedan ser atribuidas a un incremento en los costos de los insumos médicos de los servicios prestados en los mercados relevantes definidos en las consideraciones trigésimo primera y cuadragésimo tercera, cuestión que, de haber sido cierta, debió haber sido probada por las requeridas;

Cuadragésimo quinto. Que, asimismo, tanto respecto de consultas como de prestaciones quirúrgicas, aunque el requerimiento indica que las alzas se habrían mantenido al menos hasta la fecha de su presentación (no habiendo sido esta afirmación desvirtuada por las requeridas), tampoco existe constancia en autos que los precios hayan disminuido con posterioridad, sea por acciones voluntarias de quienes concurren al acuerdo o por presiones competitivas de otros agentes que efectivamente hayan sido capaces de disciplinar a los anteriores. Esto permite reafirmar la sustentabilidad en el tiempo del poder de mercado antes establecido;

Cuadragésimo sexto. Que todo lo anterior permite concluir que el acuerdo adoptado por los médicos ginecólogos efectivamente les confirió poder de mercado en los dos tipos de prestaciones que fueron objeto de aquél. En efecto, el acuerdo de precios fue efectivamente materializado por un grupo de especialistas competidores entre sí, quienes fueron capaces de alzar colectivamente y de manera sostenida los precios de atención por sus servicios en el mercado relevante correspondiente (especialmente en el de las consultas ginecológicas);

Cuadragésimo séptimo. Que, en consecuencia, la clara y concluyente prueba existente en el proceso resulta suficiente para reprochar la conducta de las requeridas en esta sede y someterlas a las sanciones correspondientes, a lo cual procederá este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en virtud de la facultad resolutoria de esta Sentencia;



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

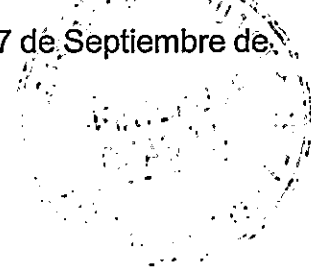
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo octavo. Que la suficiencia probatoria a que se alude precedentemente se ve reafirmada al considerar que, en materia de libre competencia, no es relevante para el análisis de licitud de una conducta el efecto del alza de los precios cobrados por los especialistas en sus ingresos, sino que este aspecto debe ser considerado al momento de analizar la sanción a aplicar, como parte del beneficio económico obtenido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 del D.L. N°211;

Cuadragésimo noveno. Que, de igual modo, no es relevante para efectos del reproche probar la afectación directa (o indirecta) que puedan haber sufrido los pacientes. De todos modos, atendida la forma de funcionamiento del sistema privado de salud, es posible inferir que las alzas de precios afectaron directamente tanto a los clientes no asegurados, quienes son perjudicados en forma directa a través del aumento del precio de la consulta, como a aquellos clientes que cuentan con seguro (esto es, afiliados a una Isapre), quienes también se vieron afectados por el aumento de precio, y como consecuencia del mismo habrían tenido que efectuar un copago mayor (o se vieron afectados a un reembolso menor). En este sentido, la conclusión a la que ha arribado este Tribunal en la consideración cuadragésimo sexta es plenamente concordante, además, con el hecho que ni en el Acta señalada en la consideración séptima, ni en ninguna otra prueba acompañada al proceso, se hace distinción entre tipos de clientes atendidos, lo que da cuenta de la intención de aumentar el valor cobrado a todo paciente que pagase directamente al médico, estuviese o no afiliado a una institución de salud previsual;

Quincuagésimo. Que, a mayor abundamiento, el hecho que la afectación directa que puedan haber sufrido los pacientes no sea relevante para efectos del reproche concuerda con la jurisprudencia nacional, tanto de este Tribunal como de la Excm. Corte Suprema. Por una parte, en esta sede se ha establecido que, para establecer la ilicitud de una conducta, “[...] basta con que exista un acuerdo de precios... con la aptitud de afectar la libre competencia para que el mismo deba ser declarado ilícito, con independencia de los resultados que éste haya producido en el o los mercados afectados por la conducta colusiva” (véanse, por ejemplo, sentencias N° 133/2014, 136/2014, 137/2014 y 141/2014). Por otra parte, la Excm. Corte Suprema ha ratificado que “no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afecten la libre competencia...”

(entre otras, véase Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de fecha 7 de Septiembre de 2012, Infraseo N° 2578-12, c.85 N° 6);



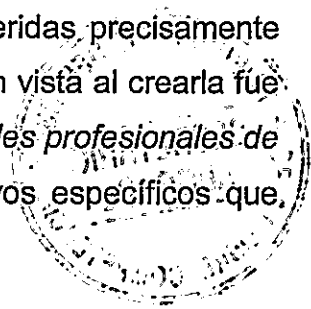
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo primero. Que, como parte de su defensa, las requeridas han argumentado que el acuerdo tenía por único objeto aumentar su poder negociador frente a las instituciones de salud previsional, por lo que mal podría sancionárseles por dicha conducta. Es decir, su conducta se encontraría "justificada" por este razonamiento;

Quincuagésimo segundo. Que en materia de libre competencia, la posibilidad de presentar una causal de justificación implica conferir la oportunidad a quien efectuó la conducta colusoria, de demostrar que existen efectos pro-competitivos que podrían compensar las consecuencias negativas para la competencia derivadas de su actuar. Atendida que la materia de que se trata es la más grave en esta sede, estas causales deben ser interpretadas de manera altamente restrictiva y, en todo caso, ser sustanciales y plausibles;

Quincuagésimo tercero. Que, sin embargo, como ha quedado establecido en las consideraciones precedentes, en el presente caso no sólo existió un acuerdo para aumentar el precio desembolsado tanto por pacientes afiliados y por no afiliados a las Isapres (lo que descarta que el supuesto intento de aumentar un poder negociador haya sido el único objeto del acuerdo, pues el incremento de los precios se manifestó incluso si no mediaba acción coercitiva alguna de parte de las Isapres), sino que, además, existió un desplazamiento de los pacientes en beneficio de los ginecólogos que sólo pudo ser posible por la actuación conjunta de cara a las Isapres. En otros términos, la actuación conjunta frente a estas entidades es parte del acuerdo y no puede ser, por el contrario, separada del mismo. Por tanto, el argumento de las requeridas no puede en caso alguno ser considerado bajo la forma de una "causal de justificación";

Quincuagésimo cuarto. Que establecida la responsabilidad de los médicos requeridos, resta referirse al rol efectivo que habría cumplido la AGGOÑ. De conformidad con el Requerimiento, los médicos requeridos habrían utilizado a dicha entidad gremial, conformada por ellos mismos, como vehículo para permitir el acuerdo de precios antes referido. La Fiscalía indica que la AGGOÑ no tendría otro objetivo que la materialización del acuerdo colusivo, como daría cuenta el hecho que desde su constitución no ha ejercido ninguna otra actividad que no fuera relacionada con dicho acuerdo, y que, además, cualquier otra finalidad de interés gremial declarada durante su constitución resultaría accesoria al acuerdo de precios. Por su parte, las requeridas precisamente enfatizan estas otras finalidades, indicando que el objetivo tenido en vista al crearla fue *proporcionar la racionalización, desarrollo y protección de las actividades profesionales de sus asociados*", estableciéndose en sus estatutos diversos objetivos específicos que, *habían estado subordinados al objeto principal* (fojas 111);



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo quinto. Qué este Tribunal ya se ha referido a la posibilidad de que la responsabilidad de las asociaciones gremiales sea perseguida en forma separada de la de sus miembros. No sólo la amplitud del sujeto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211 permite esto, sino que, como fue manifestado en la Sentencia N°139/2014 de este Tribunal (véanse especialmente las consideraciones 282 y siguientes), el artículo 26° del D.L. N° 2.757 establece expresamente que “[l]a realización o celebración por una asociación gremial de los hechos, actos o convenciones sancionados por el artículo 1° del decreto ley N° 211, de 1973, constituirá circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los que participen en tal conducta”. Como se aclaró en esa oportunidad, aunque dicha norma se refiere al tipo penal contemplado en el texto original del D.L. N° 211, luego suprimido por la Ley N° 19.911, lo relevante es que el legislador nacional calificó como especialmente grave la participación de asociaciones gremiales en la comisión de ilícitos anticompetitivos, cuestión que igualmente deberá ser considerada en el presente caso;

Quincuagésimo sexto. Que la misma atención especial frente las actuaciones de las asociaciones gremiales se observa en el derecho comparado. Como ha explicado la OCDE, *“las asociaciones gremiales están, por su propia naturaleza, expuestas a los riesgos de cometer ilícitos anticompetitivos, a pesar de que tienen muchos aspectos pro competitivos. La participación en actividades de una asociación gremial o profesional entrega una amplia gama de oportunidades para que empresas que están en la misma línea de negocios se reúnan periódicamente y discutan sobre asuntos comerciales de interés común”* (OCDE, “Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations” (DAF/COMP(2007)45), Noviembre 2008. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf>). Estas entidades pueden ser, y han sido, sujetos de responsabilidad de forma separada e independiente a sus miembros. En el derecho norteamericano -sólo por citar otra muestra-, las asociaciones gremiales han sido consideradas responsables directamente por acordar precios (véase, entre otros, *Georgia v. Pa. R.R.*, 324 US 439, 456, 460-61 [1945]), e incluso en algunos casos (*NCAA v. Bd. of Regents of the Univ. of Okla.*, 468 US 85, 99 [1984]), han sido demandadas por haber negociado precios de productos o servicios a nombre de sus miembros;

Quincuagésimo séptimo. Que la prueba de autos muestra de manera clara y concluyente que el actuar de los miembros fue concertado a través de la AGGON. Resulta irrelevante para efectos de la reprochabilidad de esta entidad si su propósito declarado era exclusivamente o no incurrir en un actuar ilícito, o si su actuación en los hechos se condirió o no con sus objetivos (sin perjuicio de que estos sean factores a



ES COPIA FIFI DEL ORIGINAL 36

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

considerar en un eventual cálculo de multa). Existe evidencia suficiente en el proceso de que se realizaron actuaciones tendientes a formar un acuerdo colusorio al interior de la Asociación, las cuales fueron luego seguidas por sus miembros invocando expresamente el nombre de esta última;

Quincuagésimo octavo. Que, finalmente, establecida la responsabilidad de todas las requeridas en el presente caso corresponde referirse a los criterios bajo los cuales su conducta será sancionada. En lo que respecta a la multa, el artículo 26° del D.L. 211 indica que, para su determinación, este Tribunal deberá tener en cuenta, entre otras consideraciones, el beneficio económico obtenido por el infractor, la gravedad de la conducta, eventuales reincidencias y la colaboración que los demandados prestaron en la investigación de la FNE. Asimismo, y sin perjuicio de la fundamentación que se desarrolla en las consideraciones siguientes, el cálculo del monto de la multa que se aplicará también ha ponderado todas y cada una de las circunstancias de hecho, derecho y económicas que han permitido acreditar en este caso la existencia de un acuerdo entre competidores, recaído sobre una variable competitiva, que les confirió poder de mercado, según se ha expuesto en las consideraciones precedentes;

Quincuagésimo noveno. Que en su requerimiento la Fiscalía Nacional Económica solicita la aplicación de una multa de 30 UTA para cada médico involucrado en el acuerdo colusorio, 50 UTA para el presidente de la AGGOÑ y 100 UTA para esta última; lo que equivale a un total de 870 UTA. La justificación de esta solicitud, sin embargo, no fue desarrollada en el requerimiento. Con posterioridad, en su escrito de observaciones a la prueba (fojas 1435 y siguientes), la Fiscalía realiza una serie de cálculos basados en los supuestos beneficios económicos que habrían derivado del acuerdo para los médicos requeridos, señalando que aquellos habrían ascendido a una cifra total entre 74,3 y 78,9 millones de pesos en el caso de las consultas, y 18,3 millones de pesos en el caso de las intervenciones quirúrgicas, lo cual en su conjunto equivale a un monto entre 190,4 y 200 UTA (considerado su valor al día de la presentación del requerimiento). Adicionalmente, la Fiscalía valoriza el daño provocado por la reducción del número de consultas y el denominado "efecto paraguas" en 59,1 UTA. En consecuencia, siguiendo la metodología utilizada por la Fiscalía, los beneficios y daños provocados por la conducta superarían los 121,3 millones de pesos, esto es, 249,4 UTA al día de la presentación del requerimiento; lo que corresponde a un 29% de la multa solicitada en el peticitorio del requerimiento;

Sexagésimo.

Que este Tribunal utilizará para computar la multa una metodología alternativa a la presentada por la Fiscalía, la que se centrará fundamentalmente en los



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

criterios señalados en la consideración quincuagésima octava precedente, para lo cual tendrá especialmente presente las características de esta colusión y de quienes concurren al acuerdo. Como es común en la práctica internacional, en primer lugar se calculará una multa base en consideración a un porcentaje de las ventas, como una forma de aproximarse a los beneficios económicos efectivos obtenidos por las requeridas. Luego, el monto base será ajustado porcentualmente al alza o a la baja dependiendo de si concurren circunstancias agravantes o atenuantes respecto de cada uno de los médicos requeridos;

Sexagésimo primero. Que el cálculo de la multa base considerará de manera separada las dos prestaciones médicas analizadas en esta sentencia (esto es, consultas y prestaciones quirúrgicas), en atención a que en el caso de las prestaciones quirúrgicas existió una sustitución moderada, según se ha indicado en las consideraciones trigésimo séptima y siguientes. De este modo, se utilizará un 12% de las ventas por concepto de consultas y un 8% de las ventas por concepto de prestaciones quirúrgicas, en ambos casos realizadas durante todo el período colusorio, tal como se explica en el considerando siguiente. Este porcentaje considera el hecho que, como ha reiterado este Tribunal (véanse, por ejemplo, las Sentencias N°119/2012, c.195; N°122/2012, c.124; y, N°139/2014, c.347) la colusión es la más grave de las conductas anticompetitivas;

Sexagésimo segundo. Que, como ha quedado establecido en la sentencia, el período colusorio abarca al menos desde enero de 2012 a octubre de 2013. Sin embargo, la información con que cuenta este Tribunal acerca de las prestaciones otorgadas por las requeridas –la que ha sido proporcionada tanto por éstas como por la Fiscalía– es incompleta. En efecto, los datos existentes en el proceso resultan insuficientes para considerar el segundo año del cartel (esto es, el año 2013) dentro del cálculo. Por tanto, sólo las ventas hechas durante el primer año del acuerdo (esto es, el período que abarca desde el 21 de Enero de 2012 al 20 de Enero de 2013) serán consideradas en el cálculo. No obstante, con la finalidad de que la multa refleje el período colusorio completo (esto es, que incluya también lo que resta del año 2013 hasta la fecha del requerimiento), el resultado será ajustado aplicando sobre el cálculo efectivo un factor de 1,5, asumiendo que razonablemente los beneficios derivados del cartel durante el segundo año debieran al menos haber sido equivalentes a los del primero.

Sexagésimo tercero. Que como resultado de los cálculos descritos en las consideraciones precedentes, los cuales son conservadores, la multa base total para los médicos requeridos equivaldrá a 98,75 UTA;



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo cuarto. Que, enseguida, la multa base total será dividida en dos partes equivalentes, con la finalidad de obtener una multa base individual. La primera parte se asignará en porciones iguales a cada médico requerido, a efectos de sancionar su concurrencia al acuerdo colusorio que les confirió poder de mercado, lo que corresponde a 1,975 UTA para cada uno de ellos. La segunda mitad de la multa base, en tanto, se asignará a cada médico en forma proporcional, de conformidad con las ventas efectuadas por cada uno de ellos en el primer año de vigencia del acuerdo (que es, como se ha indicado, el único año respecto del cual existe información suficiente como para efectuar esta asignación);

Sexagésimo quinto. Que a continuación, como se indicó en la consideración sexagésimo primera, la multa base individual será ajustada porcentualmente considerando las atenuantes y agravantes que concurren en el presente caso. En cuanto a las primeras, concurre en este caso, respecto de todos los médicos requeridos, la atenuante de irreprochable conducta anterior, por lo cual se aplicará una rebaja del 20% sobre la multa base individual antes calculada. A juicio de este Tribunal, no concurre en la especie ninguna otra circunstancia atenuante, toda vez que no existen en autos antecedentes que acrediten una colaboración suficiente para ser considerada una atenuante en los términos establecidos en el inciso final del artículo 26 del D.L. 211. En cuanto a las agravantes, al doctor Francisco Baldecchi Quezada se le aplicará un recargo del 20% también aplicado sobre la multa base individual, por haber sido instigador del acuerdo colusorio en su calidad de líder de la AGGOÑ, según ha sido establecido en la consideración novena. El resultado final de todo este proceso es el que se señala en la parte resolutive de esta sentencia;

Sexagésimo sexto. Que, finalmente, respecto de las sanciones solicitadas para la AGGOÑ, este Tribunal rechazará la solicitud de disolución de la misma, pero atendido el hecho que la referida Asociación se desvió manifiestamente de los fines señalados en sus estatutos, este Tribunal le aplicará una multa prudencial ascendente a 10 UTA, monto que es consistente y complementario al programa de cumplimiento referido. Como medida adicional, le ordenará elaborar e implementar un programa de cumplimiento de las normas de libre competencia en los términos que se indicarán en la parte resolutive de esta sentencia, la que, a juicio de este Tribunal, ayudará a desincentivar futuras conductas anticompetitivas que pudiesen ocurrir en su interior;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º, 3º, inciso primero y letra a); 18º N° 1); 22º, inciso final; 26º y 29º del Decreto Ley N° 211, y en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil,



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

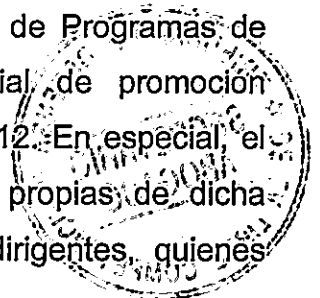
REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE,

1) **ACOGER** el requerimiento de fojas 01 interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, y en contra de los señores Francisco Baldecchi Quezada, Felipe Camposano Luzzi, Patricio Bertoglia Fuentes, Matías Cox Ureta, René Fabbri Aguilera, José Luis Lama Lama, José López García, Felipe Muñoz Muñoz, Jorge Macchiavelo Rau, Guillermo Ribbeck Vejar, Carlos Rojas Álvarez, Patricia Saavedra Gómez, Sergio Salinas Aguilar, Raúl San Martín González, Alberto Solervicens Mortara, Enrique Tirapegui Gutiérrez, Raúl Vega Muñoz, Marcelo Verdugo Chacón, Jimena del Carmen Viñuela Poirier, Víctor Caro Herrera, Mario de la Cuadra Valdés, María Angélica Bustos Montero, Jaime Osorio Uribe, Marcela Aravena Arroyo; y Alexis Arriaza González, sólo en cuanto se declara que éstos infringieron lo dispuesto en el artículo 3º letra a) del D.L. N° 211;

2) **IMPONER** a las personas individualizadas en el resuelvo precedente una multa a beneficio fiscal según se detalla a continuación: a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, la suma de 10 UTA; a Francisco Baldecchi Quezada, la suma de 3,34 UTA; a Felipe Camposano Luzzi, la suma de 1,97 UTA; a Patricio Bertoglia Fuentes, la suma de 2,50 UTA; a Matías Cox Ureta, la suma de 6,58 UTA; a René Fabbri Aguilera, la suma de 2,14 UTA; a José Luis Lama Lama, la suma de 9,52 UTA; a José López García, la suma de 1,97 UTA; a Felipe Muñoz Muñoz, la suma de 4,73; a Jorge Macchiavelo Rau, la suma de 2,23 UTA; a Guillermo Ribbeck Vejar, la suma de 3,54 UTA; a Carlos Rojas Álvarez, la suma de 1,68 UTA; a Patricia Saavedra Gómez, la suma de 9,47 UTA; a Sergio Salinas Aguilar, la suma de 1,91 UTA; a Raúl San Martín González, la suma de 1,82 UTA; a Alberto Solervicens Mortara, la suma de 2,34 UTA; a Enrique Tirapegui Gutiérrez, la suma de 2,11 UTA; a Raúl Vega Muñoz, la suma de 2,74 UTA; a Marcelo Verdugo Chacón, la suma de 3,06 UTA; a Jimena del Carmen Viñuela Poirier, la suma de 2,06 UTA; a Víctor Caro Herrera, la suma de 1,94 UTA; a Mario de la Cuadra Valdés, la suma de 2,46 UTA; a María Angélica Bustos Montero, la suma de 2,56 UTA; a Jaime Osorio Uribe, la suma de 1,66 UTA; a Marcela Aravena Arroyo, la suma de 3,17 UTA; y a Alexis Arriaza González, la suma de 2,20 UTA;

3) **ORDENAR** a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, AGGOÑ, implementar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N°3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012. En especial, el programa deberá ajustarse a las necesidades y características propias de dicha asociación; contar con la participación activa de sus máximos dirigentes, quienes



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

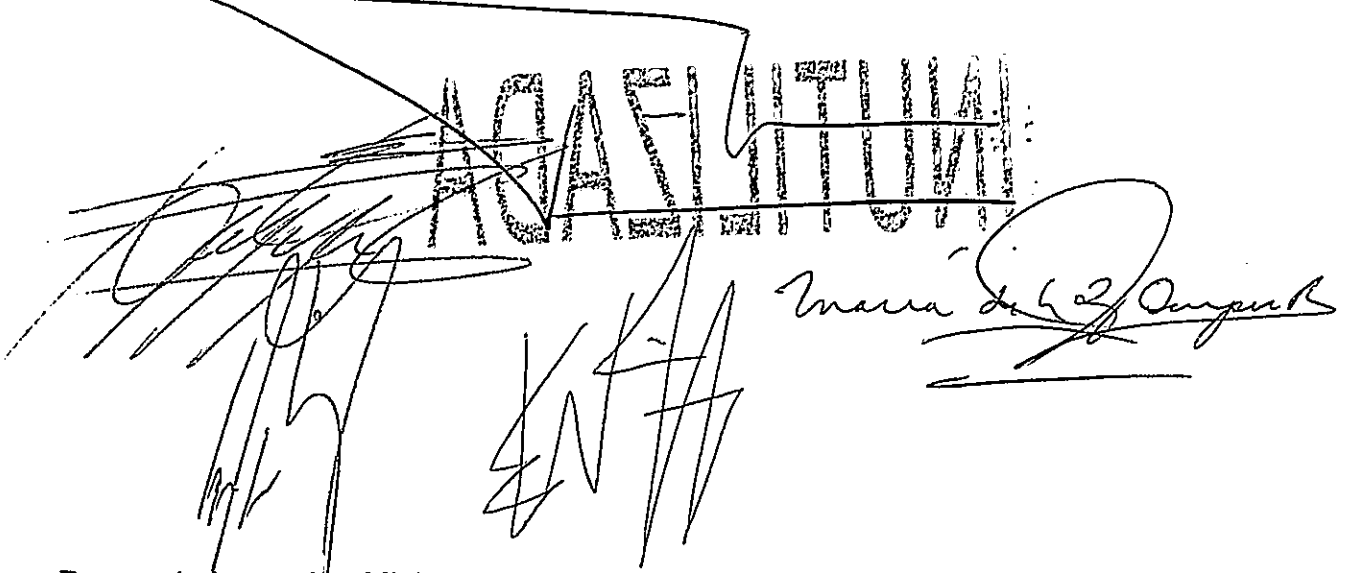
deberán nombrar un encargado interno del programa; y cumplir con las características de seriedad y completitud que permitan que el programa sea efectivo;

4) **CONDENAR** en costas a las requeridas, por haber sido totalmente vencidas.

Se previene que los Ministros Sr. Menchaca y Sra. Domper concurren con la decisión de la mayoría, salvo en lo que respecta a condenar a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble al pago de una multa de 10 Unidades Tributarias Anuales, por cuanto si bien consideran adecuada la imposición a dicha asociación gremial de la obligación de implementar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, estiman que imponer una multa a la referida Asociación implicaría un costo adicional a las personas naturales requeridas que forman parte de la Asociación, las que ya fueron suficientemente sancionadas.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C Nº 265-13



Pronunciada por los Ministros Sr. Tomás Menchaca Olivares, Presidente, Sr. Enrique Vergara Vial, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra y Sr. Javier Tapia Canales. Autorizada por la Secretaria Abogada Srta. Carolina Horn Küpfer.



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL