

ANT.: Investigaciones acumuladas Rol N°2278-14 y Rol F 37-14, Sobre conductas exclusorias y operaciones de concentración por parte de SOCOFAR S.A. en el mercado oncológico.

MAT.: Informe de archivo de investigación.

Santiago, **08 JUN 2015**

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DE DIVISIÓN DE FUSIONES Y ESTUDIOS (S)

Por medio del presente, y de conformidad a la Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración publicada por esta Fiscalía en octubre de 2012 (la "Guía"), presento a usted el siguiente informe, relativo a la operación del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

1. Con fecha 6 de junio de 2014, en base a la denuncia de fecha 28 de marzo de 2014, la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") inició una investigación respecto a eventuales conductas exclusorias de SOCOFAR S.A. ("Socofar") en los mercados de administración de redes de prestadores oncológicos y de distribución de medicamentos preparados para quimioterapia¹. La conducta consistía en el establecimiento de cláusulas de no competir en el marco de sucesivas adquisiciones y tomas de control de sociedades que participaban en los mercados señalados.
2. A partir de los antecedentes recabados en dicha investigación, el Fiscal Nacional Económico decidió iniciar otra, con fecha 12 de septiembre del año 2014, para evaluar los efectos generales de la concentración en los mercados en que existe superposición. Adicionalmente, atendido que los efectos de la operación que se analiza no son independientes a las cláusulas de no competir que se firmaron en el

¹ Investigación Rol N°2278-14

contexto de las transacciones, se decidió acumular ambas investigaciones, mediante resolución de fecha 2 de junio de 2015.

II. ANTECEDENTES DE LA OPERACIÓN

3. Con fecha 17 de Octubre de 2007, mediante la adquisición de acciones equivalentes al 51% de la propiedad de Inversiones Don Pablo S.A. y sus filiales Sociedad Médica Oncomed S.A. ("**Oncomed**" o, conforme a su denominación actual "**Oncovida**") y Sociedad Farmacéutica Antares S.A. ("**Antares**" o, conforme a su denominación actual "**Farmages**"), Socofar ingresó al mercado de administración de redes de centros oncológicos (negocio de Oncovida) y de distribución de medicamentos preparados para su administración en quimioterapia, aumentando, además, su participación en el mercado de distribución de medicamentos para quimioterapia (parte del negocio de Farmages). En este último mercado Socofar participaba previamente a través de su farmacia especializada Centro de Especialidades Farmacéuticas Ltda. ("**CESFAR**").
4. La segunda adquisición realizada por Socofar (en adelante, "**la Operación**") en estos mercados se materializó con fecha 8 de marzo de 2013, y consistió en la adquisición de la totalidad de la participación social de las empresas Centro Oncológico Integral de Santiago Limitada ("**Oncoisa**"), presente en el mercado de administración de redes de centros oncológicos, y Red de Salud Ambulatoria Nacional S.A. ("**Redsana**"), unidad de preparación de medicamentos oncológicos que distribuye a prestadores de quimioterapia.
5. En este informe se analiza esta última operación, sin embargo, se evalúan los efectos de las barreras artificiales a la entrada que eventualmente podrían haber sido impuestas, a través de las cláusulas de no competir suscritas en el marco de las transacciones anteriores.

III. LAS PARTES

6. Socofar es una empresa dedicada a la distribución mayorista de productos farmacéuticos, que opera como matriz de sus relacionadas en el rubro: la cadena de Farmacias Cruz Verde S.A. ("**Cruz Verde**"), el laboratorio Medical International

Laboratories Corporation S.A. ("**Mintlab**") y la farmacia de especialidades CESFAR, entre otras empresas (en adelante "**Grupo Socofar**").

7. Oncomed (actual Oncovida) es una compañía fundada en 2003 dedicada a la prestación de servicios de quimioterapia ambulatoria y, simultáneamente, a la administración de una red de prestadores institucionales de salud a nivel nacional. En este último ámbito, que constituye su negocio principal, la empresa actúa como intermediador entre las Instituciones de Salud Previsional ("**Isapres**") y los prestadores, negociando y agrupando convenios no exclusivos con múltiples instituciones, a fin de brindar un tratamiento integral a los pacientes oncológicos en cualquier lugar del país.
8. Farmages es una compañía integrada a Oncomed que cuenta con dos unidades diferenciadas, a saber, una farmacia especializada en Oncología, por un lado y, por otro, una Unidad de Preparaciones Oncológicas que abastece fundamentalmente a los centros oncológicos de su red y terceros que requieran obtener medicamentos preparados.
9. Oncoisa, por su parte, es una sociedad fundada en 2004 que participa en los mismos segmentos de mercado que Oncomed, es decir, la prestación de servicios de quimioterapia ambulatoria y la administración de una red de prestadores institucionales para el tratamiento de patologías oncológicas, limitado empero a la Región Metropolitana. Esta sociedad, en un principio, no contaba con una farmacia propia y compraba medicamentos preparados principalmente a Antares. En octubre de 2011 fundaron su propia Unidad de Preparaciones Oncológicas bajo el nombre de Redsana.

IV. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

10. La industria sobre la cual recae la presente investigación es la de servicios de oncología ambulatorios, particularmente la de tratamiento ambulatorio del cáncer mediante la administración de quimioterapia. Cinco actores relevantes la componen: i) los establecimientos de administración de quimioterapia ambulatoria (centros oncológicos, hospitales, clínicas y fundaciones), ii) los administradores de redes de prestadores oncológicos, iii) las aseguradoras de salud (Isapres), iv) las farmacias y unidades de preparados oncológicos y v) los laboratorios.

11. Los establecimientos de administración de quimioterapia ambulatoria ("EAQ") son establecimientos independientes o integrados a un prestador institucional más complejo (v.gr., una clínica o un hospital) que cuentan con las instalaciones, el equipamiento y el personal necesario para realizar sesiones de quimioterapia, conforme a lo establecido en el Decreto 74 afecto, de 21 de abril de 2014 del Ministerio de Salud ("**Decreto 74**"), norma que define dicha prestación como *"el procedimiento complejo que consiste en la administración de medicamentos a pacientes oncológicos, sean adultos o pediátricos, en régimen ambulatorio o de hospitalización. El mismo incluye todas o algunas de las siguientes acciones: la fragmentación y reconstitución del medicamento, la administración de la terapia, los procedimientos clínicos necesarios para el cuidado del paciente y el manejo de residuos peligrosos"*².
12. Los fármacos utilizados para su administración en un EAQ pueden adquirirse "preparados"³ ("fragmentados y debidamente reconstituidos" en los términos del Decreto 74) de un proveedor externo o bien contar en su interior con un recetario o unidad de preparados farmacéuticos habilitada para la manipulación de medicamentos citostáticos (en adelante, Unidad de Preparados Oncológicos o "UPO")⁴. No es necesario, por tanto, que todo EAQ cuente con una UPO interna, encontrándose estas unidades sometidas a reglamentaciones y estándares de aprobación especiales con independencia de su grado de integración, lo que justifica su tratamiento como un segmento diferenciado de la cadena productiva⁵.

² Decreto 74 afecto, de 21 de abril de 2014 del Ministerio de Salud, que aprueba el "Reglamento sobre Establecimientos de Administración de Quimioterapia", Art. 2.

³ El Decreto 79, de 4 de agosto de 2010 del Ministerio de Salud, que aprueba el "Reglamento Aplicable a la Elaboración de Preparados Farmacéuticos en Recetarios de Farmacia" ("**Decreto 79**") define "preparado farmacéutico" en su artículo 2 como "el producto farmacéutico elaborado en el recetario autorizado de una farmacia y que reviste alguna de las siguientes modalidades: a) Preparado Magistral, que es aquel que se elabora en forma inmediata, conforme a una fórmula magistral prescrita por un profesional habilitado para ello, a un paciente determinado o sobre la base de la simple división de una materia prima activa o producto farmacéutico registrado en el país, también prescrito profesionalmente, elaborados, en ambos casos, con un período de validez asignado y bajo la responsabilidad de un Químico Farmacéutico; b) Preparado Oficial, que es aquel elaborado conforme a lo descrito en la Farmacopea Farmacéutica Oficial Oficial, en adelante la FFOO, norma técnica aprobada por decreto supremo del Ministerio de Salud, a propuesta del Instituto de Salud Pública".

⁴ Decreto 74, "art. 11. Para el evento que el establecimiento no obtenga los medicamentos citostáticos debidamente fragmentados y reconstituidos según se precisen para su uso, ya sea de un proveedor externo o de la unidad de farmacia del establecimiento de salud de que forma parte, deberá contar con un recetario en que se efectúe esta labor. Dicha unidad deberá cumplir con las disposiciones del decreto N°79, de 2010, del Ministerio de Salud que aprueba el Reglamento Aplicable a la Elaboración de Preparados Farmacéuticos en Recetarios de Farmacia, y deberá encontrarse aislada respecto de las demás áreas del establecimiento mediante un sistema que impida el ingreso de personal no autorizado. Asimismo, deberá contar con sistemas que permitan mantener una temperatura ambiental de entre 18 y 20 grados Celsius y una humedad relativa entre 30 y 60%."

⁵ Mientras que los EAQ se rigen por el Decreto 74, las UPO se rigen por el Decreto 79, como establece expresamente el Decreto 74, art. 4, inc. final: "Si en el establecimiento se realizara preparación, fraccionamiento o reconstitución de medicamentos oncológicos, éste deberá solicitar, conjuntamente, autorización de recetario farmacéutico y cumplir, en lo que le sea aplicable, con las condiciones y requisitos que establece al efecto el decreto N°79, de 2010, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento Aplicable a la Elaboración de Preparados Farmacéuticos en Recetarios de Farmacia." El Decreto 79, en su

13. Cuando los EAQ cuenta con su propia UPO integrada, es normal que compren los medicamentos directamente a los laboratorios para su administración a los pacientes. En estos casos, no obstante, los pacientes también cuentan con la alternativa de adquirir los medicamentos oncológicos de un proveedor externo (v.gr., la Corporación Nacional del Cáncer –“CONAC”–) o farmacia, en lugar de comprarlos directamente al EAQ que suministra el tratamiento. A fin de satisfacer esta demanda existen, además de las cadenas tradicionales, farmacias especializadas en la venta de medicamentos de alto costo (v.gr., CESFAR y Farmages, ambas de propiedad de SOCOFAR), cuyas características no serán detalladas en este informe toda vez que la Operación no incide sobre este mercado.

14. Los EAQ pueden operar en forma independiente, o bien encontrarse integrados a una red de prestadores oncológicos a cargo de una compañía administradora (“Administradoras”). Las Administradoras actúan como intermediarias entre los prestadores oncológicos (que incluyen, pero no se limitan a EAQ, pudiendo incluir prestadores de radioterapia oncológica, prestadores de cirugía oncológica, etc.) y las Isapres, prestando servicios diferenciados a cada uno de los segmentos. De cara a las aseguradoras estos consisten, por una parte, en negociar y administrar una red de prestadores a nivel nacional, celebrando convenios en distintas regiones a fin de entregar a las aseguradoras el espectro completo de prestaciones requeridas para el tratamiento de la específica patología oncológica en el menor tiempo posible y, por otra, en fiscalizar que dichas prestaciones se efectúen con una cierta calidad de servicio a un costo razonable. En relación a los prestadores oncológicos, en cambio, los servicios consisten en aportar un volumen de pacientes (canalizados desde las diversas Isapres) y, en caso de estar integrados con farmacias especializadas o unidades de preparados farmacéuticos, asegurar mejores precios de compra de medicamentos, derivados de un mayor volumen.

15. Las Administradoras surgieron al alero de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas (“CAEC”), diseñada por las Isapres en conjunto con la Superintendencia de Salud⁶ y su función se expandió luego con la entrada en vigencia de la Ley 19.966,

artículo 9, establece una reglamentación más estricta cuando la unidad que solicita la autorización elabora preparados que contienen “sustancias altamente activas, tales como hormonas, citostáticos, B-lactámicos, radiofármacos, o inmunosupresores”, indicando que “esta circunstancia deberá manifestarse al solicitar la autorización sanitaria indicando las instalaciones independientes con que contarán para ello, además de las medidas de seguridad para el personal que manipula dichas sustancias, en cuanto a vestimenta y elementos protectores que eviten riesgos en la salud”.

⁶ Véase la Circular N°59 de 29 de febrero de 2000, “Imparte Instrucciones sobre la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas que Indica”, modificada por la Circular IF/N°7 “Imparte Instrucciones sobre las Nuevas Condiciones de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas que Indica y Complementa la Circular N°59 del 29 de febrero de 2000”.

que estableció el régimen de Garantías Explícitas en Salud ("GES"). Dicho régimen exigió a las Isapres financiar prestaciones en salud (incluyendo algunas oncológicas) que cumplieran con estándares definidos en cuanto a acceso, calidad y oportunidad⁷. Asimismo, dado el compromiso de cobertura financiera que incorporan ambos mecanismos (GES y CAEC), las aseguradoras debieron buscar formas de monitorear el volumen de prestaciones efectuadas a los pacientes a fin de evitar una posible conducta oportunista por parte de los prestadores (i.e., solucionar el problema de riesgo moral)⁸.

16. En este contexto, las Administradoras cumplen la función de centralizar la gestión del GES y CAEC por parte de las Isapres, celebrando convenios con múltiples instituciones que cuenten con niveles adecuados de calidad, lo que permite otorgar a los pacientes el tratamiento requerido por la ley dentro de los plazos que la misma especifica. Estas cuentan, además, con comités que definen los protocolos de tratamiento para cada paciente, monitoreando que no se realicen prestaciones superfluas o se cobren prestaciones no realizadas.
17. El principal beneficio obtenido por las Isapres al celebrar convenios con una Administradora es el ahorro de los costos de transacción que significaría celebrar convenios individuales con cada posible prestador de tratamientos oncológicos para cada región del país, además de los costos de monitorear el protocolo de tratamiento aplicado a cada paciente. Se agrega a ello los descuentos por volumen que puedan ser traspasados a la Isapre por la Administradora, y que esta última obtiene por la vía de agregar la demanda de diversas aseguradoras y prestadores, particularmente en la compra de medicamentos oncológicos.
18. Este tipo de negocios en los que una empresa atiende dos grupos de clientes que son interdependientes entre sí, como es el caso de las Administradoras que brinda servicios simultáneamente a las Isapres y a los prestadores oncológicos, se denominan plataformas o mercados de dos lados⁹. La actividad principal de las

⁷ Ley 19.966, "Art. 2: El Régimen General de Garantías contendrá, además, Garantías Explícitas en Salud relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que señale el decreto correspondiente. El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios."

⁸ Para una descripción de este problema en el sistema chileno, ver el estudio realizado en 2012 por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, por encargo de la FNE, sobre el Mercado de la Salud Privada. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/11/INFORME-PUCV-MERCADO-SALUD.pdf>

⁹ Charles Rochet y Jean Tirole (2003) "Platform Competition in Two-Sided Markets" *Journal of the European Economic Association*, 1 (4): 990-1029, señalan que: "A market is two-sided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters, and the platforms must design it so as to bring both sides on board". Una Buena revisión de la literatura económica de análisis de fusiones de

plataformas consiste en facilitar la interacción entre miembros de distintos grupos de consumidores que se necesitan mutuamente, aprovechando externalidades de red¹⁰.

19. Así por ejemplo, en el caso de las Administradoras, a mayor número de convenios con instituciones prestadoras de servicios de tratamiento de patologías oncológicas (especialmente si las mismas se encuentran en ubicaciones geográficas diversas o prestan servicios diferenciados), más atractiva resultará para las Isapres establecer un vínculo con la Administradora, en tanto aumenta sus posibilidades de ofrecer una solución integral y oportuna a la patología oncológica de su afiliado. Por otro lado, mientras más Isapres estén vinculadas a una determinada Administradora, más atractiva se volverá esta para los prestadores de quimioterapia, dado el flujo de demanda que dicho intermediador es capaz de proveer.

20. Las externalidades de red mencionadas son un elemento que, junto con la presencia de economías de escala¹¹, implica una tendencia a la concentración del mercado. Evans y Schmalensee (2007)¹² señalan además de éstos, otros determinantes de la concentración en mercados de dos lados, como la *congestión*, que es un efecto que limita las externalidades de red, si se sobrepasa un número de clientes en alguno de los dos lados de la plataforma, *las posibilidades de diferenciación* de las mismas, que también limita la tendencia a la concentración y, por último, el *multi-homing*, que se refiere a la posibilidad de los clientes de utilizar más de una plataforma.

21. Estas últimas tres características se asocian también con las posibilidades de acceso al mercado. Es pertinente señalar que en el mercado de Administradoras, en la situación actual, no existen contratos de exclusividad hacia ninguno de los clientes, mientras que tampoco se observan economías de escala significativas, relativas a la escala que puede alcanzar una Isapre por sí misma, o un prestador institucional de mayor tamaño (v.gr., la CONAC, la Fundación Arturo López Pérez –“FALP”–, la Red de salud de la Universidad Católica, la Clínica Alemana de Santiago S.A. o Clínica Las Condes S.A.).

plataformas se puede encontrar en Tilburg Law and Economics Center (TILEC) (2010) "Mergers in Two-Sided Markets. A report to the Nma", disponible en: https://www.acm.nl/download/documenten/nma/NMa_Two-Sided_Markets_-_Report_-_16_July_2010.pdf

¹⁰ Evans (2003) "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets", *Yale Journal on Regulation*, 20(2): 325-381, señala la necesidad de tres elementos para que un mercado se defina como plataforma de dos lados ("two sided-market"): (i) deben existir dos grupos de consumidores; (ii) deben existir externalidades en el consumo entre ambos grupos de consumidores; y (iii) deben existir una empresa que actúe como intermediario.

¹¹ Por la existencia de costos fijos y bajos costos marginales de incluir nuevas Isapres o prestadores a la red.

¹² Evans y Schmalensee (2007). "The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms". *Competition Policy International*, 3(1): 151.

22. En la actualidad operan tres administradoras de redes de prestadores oncológicos: Oncovida (sucesora de Oncomed y Oncoisa), Oncosalud (ligada a Consalud) y Red Oncológica Clínica Las Lilas (ligada a Isapre Masvida), siendo la primera la de mayor tamaño.
23. Es pertinente señalar que algunas Administradoras participan en la distribución de medicamentos oncológicos para el tratamiento de quimioterapia, estando asociadas con farmacias especializadas y unidades de preparados farmacéuticos¹³, negocio complementario al de administración de redes.

V. MERCADO RELEVANTE, CONCENTRACIÓN Y UMBRALES

24. Para efectos de este informe se ha estimado que la Operación incide en los siguientes mercados: (i) mercado de Administradoras; (ii) EAQ; y (iii) UPO.
25. Las partes de la Operación participan simultáneamente en los tres mercados, sin embargo, en cada segmento enfrentan competencia de compañías que no integran los tres negocios, por lo que resulta conveniente analizar cada segmento como un mercado separado.

a. Mercado de Administradoras

26. En el caso del mercado de administración de redes de prestadores oncológicos, si bien las Administradoras pueden proveer ahorros de costos para la Isapres, siempre es posible para éstas celebrar convenios individuales con los prestadores frente a un eventual aumento de precios. Lo anterior depende de la capacidad de los Administradores de establecer exclusividades con los prestadores oncológicos, lo cual, al no ocurrir en la actualidad permite que, en la práctica, los convenios individuales de las Isapres con prestadores sean bastante frecuentes, lo que se muestra en la aún escasa relevancia de las Administradoras en el gasto total que las aseguradoras realizan en prestaciones oncológicas.
27. En razón de lo anterior, los datos utilizados a efectos de medir la participación de mercado de las administradoras y los cambios en la concentración corresponden al gasto total de las Isapres en financiamiento de quimioterapia.

¹³ Oncovida está integrado con Antares y CESFAR y Oncoisa estaba integrado con Redsana.

28. La participación de mercado de los centros médicos, centros hospitalarios y consultas particulares (en total una participación de mercado en torno a [REDACTED] fueron asignadas a cada red oncológica (Oncomed, Oncoisa y Oncosalud en proporción a su participación de mercado). Ésta es una aproximación conservadora, ya que las Isapres también tienen sus propias redes¹⁴.

Tabla N°1: Gasto anual de las Isapres en prestadores de quimioterapia (% valor, RM)

Prestadores	2011	2012	2013	2014
Oncovida	[REDACTED]			
Oncoisa	[REDACTED]			

HHI pre Operación	1,289	1,286	1,328	1,234
Cambio HHI	118	173	137	68
HHI post Operación	1,407	1,460	1,465	1,302

Fuente: Información aportada por las Isapres

b. Prestadores de quimioterapia ambulatoria

29. La quimioterapia puede ser administrada tanto en prestadores ambulatorios como hospitalarios, siendo la principal ventaja de los primeros su menor costo para los pacientes, en la medida que no tiene que permanecer hospitalizado para recibir la terapia. Sin embargo, no podría incluirse únicamente a los prestadores ambulatorios en el mercado de aplicación de quimioterapia, por cuanto, un monopolista hipotético no podría aumentar sus precios sin verse disciplinado por las clínicas, fundaciones y otros prestadores hospitalarios que también brindan el tratamiento. De este modo, los prestadores hospitalarios y los ambulatorios conforman un solo mercado "privado" de prestaciones de quimioterapia.

30. Atendida la definición del mercado, la Operación no produce un cambio relevante en su estructura. Previo a la misma, tanto Oncovida como Oncoisa contaban con la propiedad de 1 solo centro de quimioterapia ambulatoria cada una, ambos en la Región Metropolitana.

¹⁴ En Anexo Confidencial se presentan las participaciones de mercado de los distintos prestadores.

c. Unidades de Preparaciones Oncológicas ("UPO")

31. Los datos utilizados para evaluar el cambio en la concentración de mercado derivado de las Operaciones, se calcula a partir de la información de venta de los principales laboratorios que venden antineoplásicos¹⁵.

Tabla N°2: Participación en la compra de antineoplásico principales laboratorios productores (% del total facturado por año)

Prestadores	2012	2013
Grupo Socofar		
Redsana		

HHI pre Operación	1,566	1,273
<i>Cambio HHI</i>	29.6	13.0
HHI post Operación	1,595	1,286

Fuente: Elaboración propia a partir de información aportada por laboratorios
 (*) Se calcula la participación del grupo SOCOFAR incluyendo la participación de CESFAR y Farmages. Dicho cálculo es extremadamente conservador si se considera que no todos los pacientes que adquieren sus medicamentos en dichas farmacias especializadas lo hacen con la finalidad de atenderse en un EAQ vinculado a Oncovida. Para ver las participaciones sin incluir a CESFAR véase el Anexo Confidencial.

VI. RIESGOS PARA LA COMPETENCIA

32. Como se observa la Operación no supera los umbrales establecidos en la Guía para ninguno de los mercados afectados por la Operación.
33. En el caso del mercado de administración de redes de prestadores oncológicos se observa que, junto con representar menos de un [redacted] del gasto de las Isapres en 2014, los datos dan cuenta de una leve disminución en su participación durante los últimos 2 años, lo que corrobora el poder de contrapeso con que cuentan estas aseguradoras frente a posibles incrementos de precio por parte de las Administradoras, pudiendo derivar directamente a los pacientes o bien construir sus propias redes de administración¹⁶.

¹⁵ Estos son: Bristol, CFR, Fresenius, GSK, Laboratorio Chile, Merk, MSD, Pfizer, Roche y Sanofi.

¹⁶ Ello explica, además, que ninguna de las Isapres consultadas durante la investigación haya presentado reparos contra la Operación. En los hechos, y conforme a las declaraciones recopiladas por la Fiscalía, los costos para algunas aseguradoras disminuyeron con posterioridad a la misma.

34. Dicho poder de contrapeso fija, además, un límite al potencial de daño anticompetitivo que puede generar (en las condiciones actuales) la Operación pues, en la medida que las Administradoras justifiquen su existencia en ahorros de costos de transacción, estas jamás podrán cobrar un precio superior al costo que significaría para las aseguradoras construir de forma individual su propia red de convenios. Esto sólo podría ocurrir si las Administradoras mantuviesen contratos de exclusividad con prestadores, cerrando la posibilidad para las Isapres de celebrar convenios individuales, lo que no se ha detectado en el marco de esta investigación¹⁷.
35. El mercado de aplicación de quimioterapia se encuentra muy atomizado, no representando la concentración en este segmento del mercado ningún riesgo para la competencia. En relación al mercado de preparaciones oncológicas se observa una muy baja participación de Redsana al momento de realizarse la Operación y una leve disminución en la participación de mercado del grupo SOCOFAR.

VII. CLÁUSULAS DE NO COMPETIR

36. Según se ha señalado, esta Fiscalía no ha identificado riesgos para la competencia derivados del aumento de participación de mercado por parte de SOCOFAR en las diversas áreas en que incide la Operación, no erigiéndose dicha empresa en un actor dominante en dichos mercados.
37. No obstante lo anterior, conviene analizar en forma separada las cláusulas de no-competencia celebradas en forma accesoria a la Operación, y que podrían alterar la estructura del mercado, generando riesgos anticompetitivos en el futuro o en otros mercados conexos al analizado.
38. Como ha sido señalado por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"), en investigaciones previas de esta Fiscalía y por la doctrina, las cláusulas de no competir no son ilícitas *per se*, sino que deben ser analizadas caso a caso a fin de determinar su efecto sobre la libre competencia, atendiendo a las características particulares del mercado objeto de la investigación¹⁸. En efecto, y

¹⁷ Una tesis similar, aplicada al daño potencial de un acuerdo horizontal, fue aceptada por la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso *Broadcast Music, Inc. V. Columbia Broad Sys. (BMI)*, 441 U.S. 1 (1979) (aunque considerando el resultante del acuerdo como un "producto diferente").

¹⁸ Sentencia N° 111/2011, 13.04.11, C 205-10, *Demanda del Sr. Marcelo Aracena del Río contra Monrás y Gunther Ltda.*, Considerando Cuarto: "Que lo único que se encuentra acreditado en autos es la existencia de la cláusula de no competencia singularizada en la consideración primera precedente. Al respecto, este Tribunal estima que la celebración de este tipo de cláusulas no constituiría en sí misma un atentado a la libre

como ha sido señalado por esta Fiscalía en otras oportunidades "aquéllas podrían estar justificadas por la protección de la clientela, *know-how* o información de carácter sensible o relevante de la empresa que se pretende adquirir –que en algunos casos llegan a constituir sus principales activos- y así impedir que los vendedores compitan inmediatamente con la empresa adquirente, utilizando toda la información disponible sobre el negocio, llevando al fracaso la venta y provocando la consiguiente ineficiencia aparejada"¹⁹.

39. No obstante, el análisis relativo a la licitud de una determinada cláusula de no competir no puede limitarse sólo a una mirada estática, fundada en la estructura actual del mercado y las participaciones que en él detentan las partes. Por el contrario, cuando las cláusulas de no competir cuentan con una duración indefinida o excesiva es necesario considerar aspectos de la evolución futura del mismo, en pos de evitar que dichas cláusulas, hoy inocuas, lleguen a convertirse en una barrera de entrada artificial al mercado, con efectos perniciosos sobre la competencia.
40. No a otra conclusión conduce una revisión de la jurisprudencia de los organismos nacionales de libre competencia como, por ejemplo, el dictamen 787/985 de fecha 19 de noviembre de 1991 (*Contrato sobre cesión y venta de bienes y derechos Bancard y Fincard a Transbank*), oportunidad en que la Comisión Preventiva Central, junto con reconocer la licitud de las cláusulas de no competir pactada, manifestó su preocupación por la competencia futura en el mercado, reduciendo su duración de 10 a 5 años²⁰. La jurisprudencia del TDLC muestra un tratamiento más estricto de este

competencia, al tratarse de simples estipulaciones comerciales que podrían ser lícitas, especialmente si, como ocurre en la especie, se han pactado con un plazo de vigencia limitado. Lo anterior, salvo que se demuestre que tales cláusulas impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos, lo que no ha sido posible establecer conforme al mérito de autos". Sentencia N° 127/2013, 10.01.2013, C 238-12 *Demanda de Actigen Nova S.A. contra Bioagro S.A.*: "Trigésimo octavo. Que, dado que este Tribunal no ha llegado a la convicción de que Bioagro goce de poder en el mercado relevante de los enraizantes y bioestimulantes -tanto orgánicos, como orgánicos y químicos-, no es posible concluir que las cláusulas de no competir contenidas en el contrato de compraventa referido, impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o que le confieran al demandado la capacidad de alcanzar o de mantener una posición de dominio de la cual pudiera abusar. Al respecto, debe tenerse presente que, tal como ya lo ha sostenido este Tribunal (Sentencia N° 111), las cláusulas de no competir no constituyen en sí mismas un atentado a la libre competencia, salvo que se demuestre que tales cláusulas impiden, restringen o entorpezcan la libre competencia, o tienden a producir dichos efectos en los mercados relevantes estudiados; [...]". Véase, además, el Informe de Archivo de 17 de agosto de 2012, relativo a la operación de concentración entre Maicao S.A. y Socofar S.A., Rol N°2043- 12 FNE, Parágrafo 20. En este mismo sentido, Montt, Paulo (2010), "Validez de las cláusulas contractuales de no competir". En: *Revista de Derecho Económico*, N°75, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 87: "[...] una obligación de no competir, en el contexto de la compra de una empresa, no es en sí misma contraria a la libre competencia, ya que normalmente permite la celebración de un negocio que de lo contrario no se habría concretado. En tal caso lo relevante es que la limitación sea necesaria para el fin que se persigue y además proporcionada [...]"

¹⁹ Véase Informe de Archivo, Investigación Rol N°1810-11 FNE, *Investigación sobre la toma de control de "Empresas Tecsa" y del 80% de ICEM por parte de Salfacorp*, p. 24.

²⁰ Dictamen 787/985 de fecha 19 de noviembre de 1991, considerandos 2.1, 2.2, 3.1., 3.2.: "[2.1] La cesión de los contratos supone, también, la de un activo intangible como es la información subyacente en tales contratos, lo que explica la existencia de salvaguardias para que el que compra, efectivamente, disponga del activo por el que ha pagado. Esta salvaguardia tiene por objeto restringir la utilización, por parte de los vendedores, de la información contenida en los contratos que son materia de la negociación. [2.2] Si bien la

tipo de cláusulas, siendo habitual, como medida preventiva, su reducción a dos años cuando el mercado presenta barreras de entrada significativas²¹.

41. Las diversas adquisiciones realizadas por SOCOFAR en las áreas de mercado analizadas en el marco de la presente investigación, muestran como factor común la imposición de cláusulas de no competir a los vendedores (personas naturales) de las compañías adquiridas. Dichas cláusulas presentan las siguientes características: (i) rigen para todo el territorio nacional, (ii) presentan una duración variable (oscilando entre los 7 años -cláusulas de menor duración- y, en algunos casos, 30 años) y (iii) disímil alcance material u objeto (según si se limitan a la prestación de servicios y comercialización de medicamentos dirigidas al tratamiento de pacientes oncológicos, o bien, se extiende a una prohibición de prestar servicios "en el campo de la medicina", y a comercializar medicamentos e insumos médicos dirigidos al tratamiento de patologías de "cualquier tipo" o "especie")²².

salvaguardia mencionada puede facilitar el aprovechamiento de economías de escala en la administración por parte de Transbank, también puede entorpecer la competencia futura en el mercado, si el ingreso al mismo se obstaculiza por un periodo largo de tiempo. [...]3.2] El plazo de diez años es innecesariamente largo si, efectivamente, se cumple lo manifestado por los interesados en el sentido que la transacción mejorará la eficiencia del sistema, reducirá los costos de operación y, en definitiva, los menores costos se traspasarán al usuario: si se alcanzan los objetivos, los usuarios no tendrán interés en retornar a un proveedor más caro e ineficiente. [4] En consecuencia, esta Comisión considera que el contrato no debiera tener una cláusula que impida la libre entrada de Bancard o Fincard por un periodo superior a cinco años, tiempo considerado suficiente para que el activo intangible que se vende esté depreciado.

²¹ Véase, Resolución N° 23 /2008, 4.01.2008, NC N° 205-07. *Consulta sobre Fusión De ING AFP Santa María S.A. y Bansander AFP S.A.*, Resuelvo 13 N°2; Resolución N° 41/2012, 27.09.2012, NC N° 404-12, *Consulta de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la adquisición por parte de Radiodifusión SpA de concesiones de radiodifusión de Comunicaciones Horizonte Ltda.*, Resuelvo 18.4 y Condición Quinta; Resolución N° 43/2012, 12.12.12, *Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, NC N° 397-11, Considerando 9.38 y Condición Cuarta.

²² La siguiente es una lista resumida de las cláusulas analizadas por esta Fiscalía: (a) Cláusula de no competir acordada con Gastón Cerda Bañados (en su calidad de accionista indirecto de Oncomed y Antares), en pacto de accionistas de fecha 22 de noviembre de 2007. La cláusula presenta una duración de 7 años y objeto restringido a la "atención a pacientes oncológicos y cardiológicos a través de la implementación de convenios con establecimientos de salud que conforman una red de atención en formación, como asimismo, a través de convenios con Isapres, para la atención de esos pacientes y la prestación de las garantías estatales de salud"; (b) Cláusula de no competir acordada con Pablo Rodríguez Monarca (en su calidad de accionista indirecto de Oncomed y Antares) en pacto de accionistas de fecha 22 de noviembre de 2007. La cláusula duración de 7 años y objeto restringido a la atención a pacientes oncológicos y cardiológicos; (c) Cláusula de no competir acordada con Pablo Rodríguez Monarca (en su calidad de accionista indirecto de Oncomed y Antares) en escritura pública de fecha 27 de mayo de 2011, titulada "Transacción y Obligación de No Hacer". La cláusula presenta una duración 30 años y objeto amplio (prohibición de prestar servicios y asesorías "en el campo de la medicina" y en el "giro de la salud de las personas vinculadas a enfermedades y al tratamiento de dolencias por deficiencias inmunológicas, enfermedades oncológicas o de cualquier otro tipo", incluyendo la provisión de medicamentos) y reemplaza la cláusula indicada en la letra (b); (d) Cláusula de no competir acordada con Gastón Cerda Bañados (en su calidad de accionista indirecto de Oncomed y Antares) en escritura pública de fecha 13 de diciembre de 2011, titulada "Transacción y Obligación de No Hacer". La cláusula presenta una duración 30 años y objeto amplio (idéntica a la cláusula indicada en la letra (c) anterior), reemplazando la cláusula individualizada en la letra (a); (e) Cláusula de no competir acordada con doña Verónica Eugenia Arredondo Salina (en su calidad de accionista indirecto de Redsana) en escritura pública de fecha 8 de marzo 2013, titulada "Contrato de Compraventa de Acciones". La cláusula presenta una duración de 10 años y se encuentra limitada al mercado de preparación y comercialización de productos farmacéuticos dirigidos a pacientes oncológicos (objeto restringido); (f) Cláusula de no competir acordada con don Claudio Painemal Duarte (en su calidad de accionista indirecto de Redsana) en escritura pública de fecha 8 de marzo 2013, titulada "Contrato de Compraventa de Acciones". La cláusula presenta una duración de 10 años y se encuentra limitada al mercado de preparación y comercialización de productos farmacéuticos dirigidos a pacientes oncológicos (objeto restringido); (g) Cláusula de no competir acordada con don Alejandro Valenzuela Sandoval (en su calidad de accionista indirecto de Redsana) en escritura pública de fecha 8 de

42. A pesar de no haberse acreditado una posición dominante por parte de SOCOFAR en los mercados relacionados a prestaciones médicas en el ámbito oncológico, a juicio de esta Fiscalía, las cláusulas de no competir recién referidas, atendida su extensión temporal, podían llegar en el futuro a erigirse en una barrera de entrada en este mercado, considerando que los médicos oncólogos y profesionales con experiencia suficiente para asesorar la construcción de una red de prestadores oncológicos son escasos.
43. En el curso de la investigación, y manifestadas estas preocupaciones acerca de la estructura futura del mercado, SOCOFAR redujo unilateralmente la extensión temporal de las cláusulas de no competir pactadas, de forma que ninguna se mantendrá en vigencia más allá del 31 de diciembre de 2015²³, lo cual, a juicio de esta División, constituye una mitigación suficiente de los eventuales efectos sobre la competencia en este mercado.
44. En relación a los potenciales efectos que podrían generarse en mercados conexos a los analizados en el marco de esta investigación, debido a la extensión material que persistiría respecto de las cláusulas pactadas con dos médicos oncólogos ex-propietarios de ONCOMED, esta Fiscalía estima que, de existir, no serían de una

marzo 2013, titulada "Contrato de Compraventa de Acciones". La cláusula presenta una duración de 10 años y se encuentra limitada al mercado de preparación y comercialización de productos farmacéuticos dirigidos a pacientes oncológicos (objeto restringido); (h) Cláusula de no competir acordada con doña Mónica Mella Morales (en su calidad de accionista indirecto de Redsana) en escritura pública de fecha 8 de marzo 2013, titulada "Contrato de Compraventa de Acciones". La cláusula presenta una duración de 10 años y se encuentra limitada al mercado de preparación y comercialización de productos farmacéuticos dirigidos a pacientes oncológicos (objeto restringido); (i) Cláusula de no competir acordada con don Claudio Painemal Duarte (en su calidad de accionista indirecto de Oncoisa y Redsana) en escritura pública de fecha 9 de enero de 2013, titulada "Contrato de Promesa de Compraventa". La cláusula presenta una duración de 10 años y se encuentra limitada a la prestación de servicios médicos cuando tales empresas realicen negocios en la especialidad de la oncología (objeto restringido); (j) Cláusula de no competir acordada con doña Mónica Mella Morales (en su calidad de accionista indirecto de Oncoisa en escritura pública de fecha 9 de enero de 2013, titulada "Contrato de Promesa de Compraventa". La cláusula presenta una duración de 10 años y se encuentra limitada a la prestación de servicios médicos cuando tales empresas realicen negocios en la especialidad de la oncología (objeto restringido).


²³ Las modificaciones efectuadas por SOCOFAR y comunicadas a esta Fiscalía en el marco de la presente investigación son las siguientes: (a) Acta de comparendo de Conciliación, de fecha 19 de mayo de 2014, en arbitraje caratulado "SOCOFAR S.A. con don Gastón Edmundo Cerda Bañados, la sociedad de Inversiones Don Miguel Ltda. y la Sociedad Administradora de Fondos Don Miguel S.A. por Europa Fondo de Inversión Privado" mediante la cual SOCOFAR acuerda con Gastón Cerda una reducción del plazo de duración de las obligaciones de no hacer (i.e., cláusula de no competir) contenidas en el "Contrato de Transacción" referido en la nota anterior, cuya vigencia se mantiene hasta el 13 de diciembre de 2015; (b) Convención celebrada entre SOCOFAR S.A. y Pablo Adrián Rodríguez Monarca, por sí y en representación de Oncología Lagos del Sur Inversiones Ltda. que modifica la duración de la cláusula de no competir pactada en el Contrato de Transacción señalado en la nota anterior, reduciendo su vigencia hasta el 31 de mayo de 2015; (c) Cartas certificadas enviadas con fecha 2 por parte de Inversiones Cerro Concepción Ltda. y 3 de diciembre por parte de SOCOFAR a don Alejandro Valenzuela Sandoval (en su calidad de accionista indirecto de Redsana), doña Verónica Eugenia Arredondo Salina (en su calidad de accionista indirecto de Redsana), don Claudio Painemal Duarte (en su calidad de accionista indirecto de Oncoisa y Redsana) y doña Mónica Mella Morales (en su calidad de accionista indirecto de Redsana), haciendo renuncia unilateral del plazo de la cláusula de no competir contenida en los contratos celebrados, limitando la vigencia de las cláusulas al 31 de diciembre de 2015.

entidad suficiente para motivar una acción por parte de este organismo ante el TDLC, atendida la reducción temporal señalada en el apartado anterior. En este sentido, no se cuenta con indicios que permitan afirmar que la amplitud material de las cláusulas, por sí mismas, tenga impacto general sobre estos mercados conexos, considerando que éstas sólo afectan a dos agentes particulares cuya aptitud para convertirse en competidores relevantes de SOCOFAR fuera del mercado de prestaciones médicas y distribución de medicamentos vinculados al área oncológica no resulta fundada.

VIII. CONCLUSIÓN

45. Teniendo presente las consideraciones antedichas, esta División considera que la Operación y sus cláusulas accesorias, no generan una amenaza sustancial a la libre competencia, al haber sido modificadas por SOCOFAR durante el curso de la investigación. En virtud de lo anterior se recomienda, salvo su mejor parecer, archivar los antecedentes de la investigación asociada, ello sin perjuicio de los derechos que asisten a terceros para presentar las acciones judiciales que estimen pertinentes y la facultad de esta Fiscalía de velar permanentemente por la libre competencia en los mercados y de mantener bajo vigilancia las consiguientes operaciones de concentración que pudieran producirse en la industria investigada.

Saluda atentamente a usted,


FELIPE CERDA BECKER
JEFE DIVISIÓN FUSIONES Y ESTUDIOS (S)

AA
JIW