

ANT.: Investigación Reservada Rol
N°2447-17 FNE.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago, - 1 OCT. 2019

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTI-CARTELES

Por medio del presente, informo al señor Fiscal acerca de la Investigación del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las consideraciones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. El 7 de noviembre de 2017 la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) instruyó la Investigación Reservada Rol N° 2447-17 (“Investigación”), ordenando indagar eventuales infracciones al artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”) en el proceso de licitación ID N° 2239-3-LR17 relativo a la provisión de servicios de tratamiento de diálisis, hemodiálisis, peritoneodiálisis y otras prestaciones relacionadas para los pacientes de Fonasa (“Licitación”)¹.
2. La Investigación se inició a partir de una denuncia presentada el 29 de mayo de 2017² (“Denuncia”), por el Fondo Nacional de Salud (“FONASA”), en contra de los centros de diálisis reunidos en la Asociación Nacional de Diálisis

¹ Licitación Pública ID N° 2239-3-LR17 para Convenio marco de servicios de hemodiálisis, diálisis peritoneal y acceso vascular e instalación de catéter.

² Oficio Reservado 4A/N° 01 de fecha 29 de mayo de 2017 y documentos acompañados en Oficio Reservado 4A/N°04 de fecha 15 de junio de 2017.

Independiente Asociación Gremial (“ANADI” o “Asociación”)³. En su denuncia, FONASA señala que ANADI, por medio de cuatro de sus asociados⁴, impugnó la Licitación ante el Honorable Tribunal de Contratación Pública (“TCP”) con el objeto de *“presionar a la entidad requirente, en este caso Fonasa, para establecer condiciones contractuales ajustadas a su medida (...)”*. Señala, además, que ANADI habría comunicado esta presentación a otros centros de diálisis y les habría solicitado la firma de una carta manifestando su apoyo a la impugnación. Tales hechos constituirían, según expone la Denuncia, un actuar concertado en infracción a lo dispuesto en el artículo 3° del DL 211.

3. El día 15 de junio del 2017, el denunciante acompañó ante la Fiscalía copia de 125 “cartas de adhesión” a la acción de impugnación suscritas por distintos centros de diálisis que fueron presentadas ante TCP, antecedentes que, a su juicio, contribuirían a demostrar la existencia de una concertación entre los proveedores del servicio de diálisis.
4. En cumplimiento de lo establecido en el artículo 39° letra a) del DL 211, el día 10 de noviembre de 2017, la FNE comunicó el inicio de la Investigación a la Asociación.
5. En el marco de esta Investigación, la FNE tomó declaración al presidente de ANADI y a distintos funcionarios de FONASA, analizó el marco regulatorio, el proceso licitatorio y convenio marco para los servicios de diálisis, así como la acción de impugnación y el proceso seguido ante el TCP.
6. Analizados los antecedentes recabados durante la investigación, esta División no ha podido comprobar que ANADI haya infringido el artículo 3° letra a) del DL 211, por lo que recomendamos al señor Fiscal archivar la Investigación, según se desarrolla en los párrafos a continuación.

³ Inscrita en el N° 4037 del Registro de Asociaciones Gremiales que lleva el Ministerio de Economía.

⁴ Centro de Especialidades Médicas y Diálisis Puerto Varas Limitada, Centro Renal SpA, Centro de Diálisis Padre Hurtado Limitada y Sociedad Centro Médico Futuro Limitada.

II. ANTECEDENTES SOBRE LA INDUSTRIA

7. La diálisis es el proceso por el cual se extraen las toxinas y el exceso de agua de la sangre, necesario como tratamiento sustitutivo de la función renal en pacientes con diagnóstico de Enfermedad Crónica Renal Terminal, situación clínica derivada de la pérdida de la función renal permanente, con carácter progresivo, y que requiere tratamiento de sustitución por diálisis o trasplante renal⁵.
8. Existen dos tipos de tratamiento de diálisis: hemodiálisis y diálisis peritoneal, siendo la primera la técnica más utilizada para tratar la insuficiencia renal⁶. Este tratamiento permite que la sangre fluya a través de un filtro externo, (dializador) que elimina las toxinas y desechos acumulados en la sangre para que esta vuelva al cuerpo. El tratamiento debe realizarse en un centro especializado con técnicos capacitados y el paciente debe asistir alrededor de 3 veces por semana y someterse a una sesión que puede prolongarse entre 3 y 5 horas⁷. Por su parte, la diálisis peritoneal es un tratamiento que elimina las toxinas y desechos del organismo a través de la instalación quirúrgica de un catéter abdominal en el paciente, quien debe adquirir los suministros y máquinas necesarias para realizar sesiones diarias, sin necesidad de trasladarse a un centro⁸.
9. Respecto al número de pacientes en tratamiento de diálisis, alrededor de 20.300 personas son atendidas en Chile, de las cuales el 90% es atendido a

⁵ La enfermedad renal crónica etapas 4 y 5 forma parte de las garantías explícitas de salud según el régimen general establecido en la ley N° 19.966 y lo dispuesto por el Decreto N° 4 del Ministerio de Salud de fecha 22 de febrero de 2013.

⁶ Información obtenida de las declaraciones prestadas por el presidente de ANADI don René Clavero, de fecha 12 de julio de 2017 y de la jefa de comercialización de Fonasa doña Cecilia Morales, de fecha 13 de julio de 2017.

⁷ Información obtenida de las declaraciones prestadas por los actores del mercado durante el curso de la Investigación y de informes publicados por la Sociedad de Nefrología de Chile disponible en <http://www.nefro.cl/v2/biblio/registro/23.pdf> (última vista 1 de octubre de 2019).

⁸ Información obtenida de las declaraciones prestadas por los actores del mercado durante el curso de la Investigación.

través de Fonasa⁹. El precio de los servicios de diálisis es fijado por FONASA a través de sus aranceles MAI (Modalidad de Atención Institucional), siendo el costo mensual de tratamiento de un paciente alrededor de \$750.000¹⁰.

10. La infraestructura, instalaciones y funcionamiento de los establecimientos que otorgan prestaciones de diálisis, la dirección técnica y la dotación del personal, entre otros temas, se encuentran regulados en el Decreto N°45 Ministerio de Salud del año 2017¹¹.

11. Al momento de presentarse la Denuncia, existían alrededor de 220 centros o clínicas de diálisis (“Centros”), distribuidos en 90 ciudades del país¹². De esta cifra, 176 constituirían centros privados¹³ y 44 pertenecerían a hospitales¹⁴. En la actualidad, solo un pequeño porcentaje de pacientes son atendidos por centros dependientes del Estado¹⁵, mientras que más del 80% de los pacientes beneficiarios de Fonasa son derivados a un prestador privado¹⁶.

12. Por su parte, los centros de diálisis privados dependen en gran parte de las derivaciones de FONASA, ya que la atención de pacientes que no son

⁹ “Registro de Diálisis: XXXVII Cuenta Hemodiálisis Crónica en Chile”, publicado por la Sociedad Chilena de Nefrología de fecha 31 de agosto de 2017.

¹⁰ El gasto anual de Fonasa por este concepto ascendería a una cifra cercana a \$170.000 millones de pesos, representando la patología más relevante del presupuesto de FONASA. Véase declaración de la jefa de comercialización de Fonasa, doña Cecilia Morales, de fecha 13 de julio de 2017.

¹¹ Reglamento sobre las Prestaciones de Diálisis y los Establecimientos que las otorgan publicado en el Diario Oficial con fecha 6 de septiembre de 2017, que modifica Decreto Supremo 2.357, de 02 de septiembre de 1994, que aprueba el Reglamento sobre las prestaciones de diálisis y los establecimientos que las otorgan.

¹² “Registro de Diálisis: XXXVII Cuenta Hemodiálisis Crónica en Chile”, publicado por la Sociedad Chilena de Nefrología de fecha 31 de agosto de 2017.

¹³ 104 de estos centros privados pertenecerían a la Asociación Nacional de Diálisis Independiente (ANADI).

¹⁴ “Registro de Diálisis: XXXVII Cuenta Hemodiálisis Crónica en Chile”, publicado por la Sociedad Chilena de Nefrología de fecha 31 de agosto de 2017.

¹⁵ Alrededor de un 12%, según Informe de la Sociedad de Nefrología de fecha 31 de agosto de 2017 disponible en <http://www.nefro.cl/v2/biblio/registro/23.pdf> (última vista 1 de octubre de 2019).

¹⁶ Desde los años 80, se ha ido desarrollando en Chile un modelo de atención público-privado en que centros de diálisis privados se pusieron en funcionamiento para dar cobertura a esta enfermedad, evitando que el Estado tuviera que asumir el costo de inversión y operación necesarios para atender a pacientes distribuidos en todo el territorio nacional. Véase declaración del presidente de ANADI don René Clavero de fecha 12 de julio de 2017, de la jefa de comercialización de Fonasa doña Cecilia Morales de fecha 13 de julio de 2017 y de la ex Directora de Fonasa Jeannette Vega de fechas 6 y 7 de marzo de 2018.

derivados por dicha entidad representaría menos del 10%, ya que los pacientes afiliados a Isapres en general se atenderían en clínicas privadas¹⁷.

III. ANTECEDENTES SOBRE LA LICITACIÓN

13. La provisión del servicio de diálisis en modalidad de atención público-privada se desarrolla mediante un proceso de licitación para la suscripción de un convenio marco, en cuyas bases se establecen los requisitos de participación, estándares de funcionamiento y los métodos de evaluación de oferentes, entre otros¹⁸.

14. Una particularidad de este proceso es que la entidad licitante, FONASA, fija el precio a pagar por las prestaciones, el estándar de calidad del servicio y, en general, las condiciones de contratación, adjudicando a todos los potenciales oferentes que cumplan determinados requisitos mínimos, aspecto en el cual difiere de la generalidad de los procesos licitatorios concursales administrados por la Dirección de Compras Públicas¹⁹.

15. Prueba de ello es que todo centro que cumpla los requisitos técnicos establecidos en el convenio marco y con los requisitos formales de la presentación de la oferta, y que además cuente con la respectiva autorización sanitaria de funcionamiento vigente emitida por el Seremi de Salud que corresponda según la ubicación del centro, es adjudicado y queda habilitado para recibir pacientes derivados del sistema público, asumiendo los costos asociados a su funcionamiento y quedando sujeto al cumplimiento de los estándares de calidad exigidos por el convenio marco.

¹⁷ De acuerdo a información de ANADI presentada en la acción de impugnación ante el TCP, acompañada a la Investigación, y a presentación de ANADI ante la FNE de fecha 13 de noviembre de 2018.

¹⁸ Resolución N° 3 de 7 de febrero de 2017 que fija las Bases de la Licitación para el convenio marco de servicios de diálisis.

¹⁹ Aunque formalmente se denomina "licitación", se trata de un proceso administrativo no concursal, ya que su objetivo es otorgar el carácter de prestador a todos los postulantes que cumplan ciertos estándares y acepten las condiciones determinadas por la autoridad, más que seleccionar y aceptar la oferta más conveniente (Véase Guía de compras públicas y libre competencia, pág. 6)

16. Por su parte, el puntaje asociado a la evaluación económica corresponde principalmente a la prestación de los denominados “servicios adicionales sin costo” (tales como traslado, nutricionista, entre otros)²⁰. El puntaje asignado a este ítem no determina la posibilidad de ser adjudicado, pero puede resultar en una preferencia en la derivación de pacientes en determinadas zonas geográficas que cuentan con mayor oferta de cupos.
17. Así, de conformidad a lo establecido en las bases de la Licitación, cuando la oferta de la red pública es insuficiente FONASA deriva pacientes hacia los centros adjudicados de acuerdo a criterios geográficos (cercanía del domicilio o lugar de trabajo del paciente al centro de atención) y a los cupos disponibles en cada prestador. Si existen dos o más centros con cupos disponibles, se revisa el grado de cumplimiento de los estándares de calidad según indicadores de desempeño y, en subsidio, la derivación se determina por el puntaje relacionado a la provisión de los denominados “servicios adicionales sin costo” antes mencionados²¹.

IV. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

18. Con fecha 9 de mayo de 2017, cuatro centros de diálisis asociados a ANADI interpusieron una acción de impugnación dirigida contra FONASA y la Dirección de Compras y Contratación Pública, con el objeto de obtener un pronunciamiento de dicho Tribunal sobre la legalidad de diversas condiciones comerciales establecidas en las bases de la Licitación, solicitando dejar sin efecto aquellas que se indican en el petitorio de dicha presentación²².

²⁰ Bases de la Licitación, II.C), pág. 13.

²¹ Resolución N° 4A/ N°6148, de 22 de noviembre de 2016 que “Determina Criterios bajo los cuales se derivará a los pacientes que requieran prestaciones de diálisis a prestadores disponibles en convenio marco”.

²² Las principales condiciones impugnadas por los centros de diálisis fueron la aplicación de un nuevo régimen de infracciones y sanciones, la responsabilidad de los centros de diálisis en caso de complicaciones sufridas por el paciente, cambios en el criterio de derivación y en el proceso de facturación, entre otras. Ver Causa Rol N° 79-2017 Tribunal de Contratación Pública, disponible en: <http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl>.

19. Con fecha 12 de mayo de 2017, el directorio de ANADI redactó un correo electrónico que fue enviado a distintos Centros (tanto pertenecientes a ANADI como ajenos a dicha agrupación) informando sobre la acción de impugnación interpuesta por cuatro de sus miembros ante el TCP y solicitando a los destinatarios una manifestación favorable a la misma²³.
20. Adjunto a dicho correo electrónico, se incorpora un modelo de carta dirigida a los cuatros centros que dedujeron la acción judicial ante el TCP, apoyando la acción de impugnación y la solicitud de suspensión del proceso de licitación. De este modo, la Asociación solicitó que cada unidad de diálisis que estuviera de acuerdo con el contenido de esta “carta-tipo”²⁴, la completara con los datos pertinentes y la hiciera llegar firmada. Tras esta comunicación, un total de 125 cartas de apoyo firmadas fueron entregadas a ANADI y posteriormente acompañadas al proceso judicial seguido ante el TCP.
21. Durante la Investigación, el presidente de ANADI reconoció expresamente ante la Fiscalía su rol en la coordinación de la presentación de la acción impugnación por parte de cuatro de sus asociados, señalando que mediante la presentación de “cartas de apoyo” se pretendía hacer presente al TCP que la acción impetrada por cuatro de sus miembros contaba con representatividad de un número relevante de Centros²⁵.
22. Según la denunciante, sin embargo, estas acciones demostrarían la concertación existente entre los proveedores asociados a ANADI, señalando que los centros de diálisis habrían utilizado *“la vía de impugnación ante el Tribunal de la Contratación Pública como elemento coordinador de sus*

²³ El correo electrónico en cuestión fue reconocido por el presidente de ANADI en declaración ante esta Fiscalía de fecha 12 de julio de 2017.

²⁴ El envío de “cartas de apoyo” a ANADI por parte de los centros aparece claramente como de “adscripción voluntaria”, aspecto que se condice con el hecho que algunos destinatarios del comunicado no son miembros de ANADI, sino terceros respecto de los cuales la Asociación carece de cualquier atribución o facultad disciplinaria. La Guía de Asociaciones Gremiales reconoce que en ciertos casos los miembros de una A.G. pueden adscribir a determinados comportamientos recomendados por la asociación, siempre y cuando la adopción sea voluntaria y no venga aparejada a una sanción o castigo. Véase Guía de Asociaciones Gremiales de la FNE, agosto de 2011.

²⁵ Declaración del presidente de ANADI don René Clavero de fecha 12 de julio de 2017.

*acciones para establecer condiciones contractuales ajustadas a su medida*²⁶.

23. A partir del análisis de los distintos antecedentes obtenidos durante el transcurso de la Investigación, esta División ha podido concluir que los hechos objeto de la Denuncia no habrían tenido el objeto o la aptitud para afectar los resultados ni para hacer fracasar el proceso licitatorio en análisis, por lo que no constituyen una infracción al DL 211.

24. En primer término, la interposición de una acción de impugnación por parte de cuatro miembros de ANADI constituye una manifestación del derecho a interponer una acción judicial franqueada por ley²⁷, destinada, en este caso, a que el tribunal competente se pronunciase sobre ciertas condiciones establecidas en el convenio marco por las demandadas²⁸.

25. De acuerdo con declaraciones recabadas en la Investigación de funcionarios de la propia denunciante FONASA, esta sería la vía idónea para impugnar las bases de la Licitación en aquellos aspectos considerados como arbitrarios o ilegales²⁹. De manera tal que, con este proceder, los Centros que incoaron el litigio se sujetaron a la decisión que adoptase el TCP en su sentencia definitiva, fundada en base al mérito de los antecedentes de la causa, por lo que el ejercicio de dicha gestión judicial no puede considerarse una concertación anticompetitiva por medio de la cual los actores hayan pretendido *“establecer condiciones contractuales ajustadas a su medida”*³⁰.

²⁶ Denuncia de fecha 29 de mayo de 2017.

²⁷ El derecho a la acción puede deducirse de la garantía de “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” consagrada en el artículo 19, numeral 3°, inciso 1°, de la Constitución. Véase Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1130 de fecha 7 de octubre de 2008.

²⁸ En efecto, el artículo 24 de la Ley N°19.886 contempla la procedencia de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos.

²⁹ Información obtenida en declaraciones de la jefa de comercialización de Fonasa doña Cecilia Morales de fecha 13 de julio de 2017 y de la ex Directora de Fonasa doña Jeanette Vega de fechas 6 y 7 de marzo de 2018.

³⁰ Véase, entre otras, consulta de ASILFA ante el TDLC por bases de licitación de CENABAST (rol NC 432-15), demanda de SONAPESCA y otros en contra de Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (Acumuladas al rol C-364-18).

26. Asimismo, según se ha reseñado, el presidente de la asociación gremial ANADI no niega haber coordinado el ejercicio de la acción judicial en comento y haber promovido su apoyo por parte de otros oferentes del servicio de diálisis. Sin embargo, a juicio de esta División, el hecho que una entidad gremial impugne la legalidad y el carácter arbitrario de determinados términos contractuales fijados por la autoridad para el desarrollo de una actividad económica - condiciones que, según se ha visto, afectan de manera transversal a quienes ejercen dicha actividad - no resulta, salvo casos excepcionales, en una infracción a las normas sobre libre competencia, toda vez que tal conducta forma parte del género de actividades lícitas destinadas a influir en las decisiones de poderes públicos en asuntos de interés netamente gremial que es propio de las organizaciones de esta naturaleza³¹⁻³².

27. En este respecto, los hechos que se atribuyen a ANADI no difieren, en lo medular, con lo realizado por otras asociaciones de competidores que han sometido a pronunciamiento del Honorable Tribunal de Defensa de Libre Competencia la conformidad con la libre competencia del diseño de las bases administrativas o técnicas de distintos procesos licitatorios, y que en algunos casos han solicitado la modificación de determinadas condiciones establecidas en las bases de tales procesos, sin que este solo hecho haya dado lugar a algún reproche a título de concertación anticompetitiva³³.

³¹ Véase: *Eastern railroad presidents conference et al. and Noerr Motor Freight et al.* U.S. 365 U.S. 127 (1961). En el caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1993) la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que el derecho de petición objetivamente razonable dirigido a obtener acción gubernamental no puede ser privado de la inmunidad de la doctrina *Noerr*, salvo que la litigación objetivamente carezca de base, en el sentido que ningún litigante razonable pueda esperar éxito en los méritos, y que además, la demanda sin fundamento conlleve un intento de interferir en las relaciones de mercado de un competidor. En términos similares, la jurisprudencia del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se ha pronunciado sobre la hipótesis infraccional de abuso del derecho a la acción, véase sentencias 47/2006, 83/2009 y 20/2009.

³² En el caso de ANADI, el propio objeto de la asociación consistiría, según el literal a) del artículo segundo de sus estatutos, en "*Proteger, promocionar, velar y propender al correcto desarrollo y derechos de las entidades prestadoras de diálisis*".

³³ Véase, entre otras, consultas de ASILFA A.G. por bases de licitaciones de CENABAST (NC-410-2012, NC-432-15), consulta de la Asociación de Farmacias Independientes de Chile A.G. sobre la Resolución Exenta 3G N° 51, de 7 de junio de 2019 del Fondo Nacional de Salud (NC-458-19), demanda de SONAPESCA y otros en contra de Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (Acumuladas a C-364-18).

28. Asimismo, puede descartarse que se haya tratado de una acción judicial temeraria y/o infundada que haya tenido por finalidad inequívoca abusar de un procedimiento judicial con el objeto de impedir o restringir la libre competencia³⁴. Prueba suficiente de ello radica en el hecho que referida impugnación fue acogida parcialmente por el TCP con fecha 28 de septiembre de 2018, declarándose ilegales y arbitrarias diversas disposiciones de las bases administrativas y técnicas de la Licitación³⁵.

29. Finalmente, tampoco se aprecia de los antecedentes recabados en la Investigación que se haya hecho un llamado a los Centros a no presentarse a la Licitación impulsada por FONASA. Por el contrario, consta que ANADI instó a todas las clínicas de diálisis a seguir participando en el proceso licitatorio hasta la Resolución del TCP³⁶. En el mismo sentido, la ex Directora de FONASA declaró ante esta Fiscalía que ninguno de los centros que forman parte de la Asociación modificó sus ofertas o desistió de participar en el proceso³⁷. Según consta en la resolución N°9 de 31 de julio de 2017 de adjudicación al convenio marco, más de 200 clínicas fueron adjudicadas, incluyendo a los cuatro Centros que presentaron la acción judicial ante el TCP³⁸.

³⁴ Véase: Sentencia 47/2006, Considerandos octogésimo sexto y nonagésimo sexto, y Sentencia 83/2009, considerando vigésimo primero.

³⁵ Ver Sentencia de 28 de septiembre de 2018 dictada por el Tribunal de Compras Públicas en la Causa Rol N° 79-2017. Cabe destacar que en el considerando Vigésimo sexto, el propio TCP manifiesta lo siguiente en cuanto al avenimiento suscrito entre las empresas de diálisis, FONASA y la Dirección de Compras Públicas y aprobado por el TCP el año 2013: *“Que estima este Tribunal, que el ejercicio de una acción de impugnación ante este Tribunal, como la que da cuenta el avenimiento antes mencionado, en ningún caso puede ser considerada vulneratoria de las normas sobre libre competencia, sino que responde exclusivamente al ejercicio de la acción judicial establecida en el artículo 24 d la Ley N°19.886, de competencia del Tribunal de Contratación Pública”*.

³⁶ Correos electrónicos de fecha 23 de mayo 2017 y 5 de junio de 2017 enviado por ANADI a sus asociados, Asunto: “COMUNICADO”, y Boletín ANADI N°0016 de 11 de mayo de 2017.

³⁷ Declaración doña Jeannete Vega, ex Directora de Fonasa, de fechas 6 y 7 de marzo de 2018.

³⁸ Resolución N° 09 de 31 de julio de 2017 de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que adjudica propuesta pública ID N° 2239-3-LR17 para Convenio marco de Servicios de Diálisis.

V. CONCLUSIONES

30. En virtud de la evidencia recabada y de lo expuesto en el presente informe, esta División estima que no se ha podido comprobar la existencia de una infracción a lo establecido en el artículo 3° letra a) del DL N° 211.
31. Conforme a lo anterior, y sin perjuicio de la facultad del Fiscal Nacional Económico de velar permanente por la libre competencia en los procesos licitatorios relativos a la prestación de servicios de diálisis, se recomienda el archivo de la Investigación, no obstante, lo cual podrían abrirse nuevas investigaciones y ejercer futuras acciones en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten.

Saluda atentamente a usted,


ERT




JUAN CORREA SERRANO
JEFE DIVISIÓN ANTI-CARTELES