

EN LO PRINCIPAL: Solicita dar inicio a procedimiento para la dictación de Instrucciones de Carácter General. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Personería. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ricardo Riesco Eyzaguirre, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (en adelante, “Fiscalía” o “FNE”), ambos domiciliados para estos efectos en Huérfanos N°670, piso 8, Santiago, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “H. Tribunal”) respetuosamente digo:

De conformidad con los artículos 1°, 2°, 18 N°3, 31 y 39 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 (en adelante, “DL 211”) y en consideración a los antecedentes que a continuación se indican, solicito al H. Tribunal dar inicio a un procedimiento, para analizar la necesidad de dictar instrucciones de carácter general en materia de negociación y ejecución de convenios entre los prestadores médicos y las Instituciones de Salud Previsional (en adelante, “Isapres”) y, en caso de hacerlo, para determinar el ámbito y contenido de tales instrucciones, con miras a promover la libre competencia y evitar conductas contrarias al DL 211.

Para fundar esta solicitud, (I) se presentan brevemente algunos antecedentes de la industria; (II) se describe la experiencia nacional y comparada en materia de libre competencia y la determinación de aranceles médicos; (III) se explican las razones que dan cuenta de la necesidad y justificación de dictar instrucciones de carácter general; y, (IV) se entregan algunas propuestas para la consideración del H. Tribunal.

I. ANTECEDENTES DE LA INDUSTRIA

a. Industria de la salud privada en Chile

1. El sistema de salud chileno es regulado por el Decreto con Fuerza de Ley N°1 (en adelante, “DFL N°1”) de 2006 del Ministerio de Salud, donde se establecen los organismos encargados de garantizar a las personas el acceso a la salud. A su vez, el artículo 84 del

Decreto Ley N°3.500 de 1980 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, establece que los trabajadores dependientes deberán enterar una cotización del 7% de sus remuneraciones imponibles a alguna institución para el aseguramiento de las prestaciones de salud, sean éstas públicas o privadas¹. En el otorgamiento de prestaciones de salud interactúan las aseguradoras, los prestadores de salud y los usuarios o beneficiarios. En la interacción entre dichos actores se determinan los aranceles de las diferentes prestaciones de salud para cada usuario².

2. Como es sabido, existe en Chile un sistema público y un sistema privado de aseguramiento de la salud. El sistema de aseguramiento público está a cargo del Fondo Nacional de Salud (en adelante, "**Fonasa**"), un servicio público descentralizado que otorga cobertura de atención tanto a las personas que cotizan el 7% de sus ingresos mensuales, como a aquéllas que el Estado financia a través de un aporte directo³. Por otro lado, el seguro privado de salud otorgado por las Isapres a sus beneficiarios se financia con cargo al aporte de la cotización legal de salud, que puede corresponder al 7% del ingreso del trabajador establecido por ley o una cotización superior convenida entre éste y la Isapre.

3. Según datos de la encuesta Casen 2020⁴, a nivel nacional, un 77% de la población corresponde a afiliados a Fonasa, un 15% estaría afiliado a alguna Isapre, un 3% correspondería a afiliados a las FF.AA. y de Orden, un 4% no estaría adscrito a un Sistema Previsional de Salud y un 1% no sabe.

4. Dentro del sistema privado de salud existen Isapres abiertas⁵ y cerradas. Una Isapre es abierta cuando la afiliación a sus planes de salud es de oferta pública. Las Isapres cerradas están dirigidas solamente a trabajadores de una determinada empresa o institución⁶. A 2019, el 98% de los cotizantes del sistema privado de salud estaba afiliado a una Isapre abierta⁷.

¹ H. TDLC, Sentencia N°182/2022, considerando 12°.

² FNE, Informe de prohibición de operación de concentración, Rol F271-2022, pág. 8.

³ Ministerio de Salud. En línea: <<https://www.minsal.cl/fondo-nacional-de-salud/>> [última visita: 2 de diciembre de 2022].

⁴ Ministerio de Desarrollo Social, Casen 2020. En línea: <<http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/encuesta-casen-en-pandemia-2020>> [última visita: 2 de diciembre de 2022].

⁵ Actualmente en Chile hay 6 Isapres abiertas: Banmédica S.A., Colmena Golden Cross S.A., Consalud S.A., Cruz Blanca S.A., Nueva Masvida S.A. y Vida Tres S.A. En línea: <<http://www.supersalud.gob.cl/portal/w3-article-2528.html>> [última visita: 2 de diciembre de 2022].

⁶ Artículo 200 inciso final del DFL 1.

⁷ Según información disponible en: <<http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/w3-article-18135.html>> [última visita: 2 de diciembre de 2022].

5. El sistema público y el sistema privado de salud no forman parte de un mismo mercado para los beneficiarios. Ambos sistemas de seguros son excluyentes entre sí y se encuentran regidos por normativas distintas, razones que influyen en que la movilidad de afiliados entre el sistema privado y el público sea relativamente limitada⁸. A su vez, el sistema de afiliación a Isapres cerradas requiere necesariamente la existencia de un vínculo laboral con una determinada empresa o institución, razón por la cual las Isapres abiertas y las cerradas no serían parte del mismo mercado desde el punto de vista de la demanda⁹. Por tanto, en lo sucesivo, el foco de este documento se centrará en el mercado de las Isapres abiertas.

6. Con las cotizaciones mencionadas en los párrafos anteriores, las Isapres financian las prestaciones de salud y el pago de licencias médicas. Las prestaciones de salud se otorgan mediante la contratación de servicios médicos, según lo convenido entre los afiliados y las Isapres, en lo que comúnmente se conoce como “plan de salud”. Así, mediante el pago de un precio la Isapre brinda al afiliado una determinada cobertura o porcentaje de bonificación por prestación, sujeta a montos máximos de bonificación o topes¹⁰.

7. El plan de salud contratado por el afiliado influirá en su decisión al momento de contratar servicios médicos. En este sentido, existen tres modalidades de planes de salud¹¹: (1) Modalidad Prestadores en Convenio o Preferentes¹²; (2) Modalidad Libre Elección¹³; y (3) Modalidad Cerrada o Médico de Cabecera¹⁴.

8. Por su parte, los prestadores de salud son personas o entidades habilitadas para otorgar prestaciones de salud¹⁵. Por un lado, existen prestadores institucionales, como hospitales, clínicas y centros médicos, y, por otro lado, prestadores individuales, que

⁸ FNE, Recopilación de las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica: una mirada de libre competencia a ciertos aspectos de la industria de la salud, 2016, pág. 6. Véase también: H. TDLC, Sentencia N°57/2007, considerando 46° y Sentencia N°145/2015, considerando 30°.

⁹ FNE, Recopilación de las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica: una mirada de libre competencia a ciertos aspectos de la industria de la salud, 2016, pág. 8.

¹⁰ FNE, Informe de prohibición de operación de concentración Rol F271-2022, pág. 11.

¹¹ Según información disponible en: <<https://www.supersalud.gob.cl/difusion/665/w3-article-17328.html#:~:text=El%20sistema%20de%20salud%20chileno,ISAPRE%2C%20Instituciones%20de%20Salud%20Previsional>> [última visita: 2 de diciembre de 2022].

¹² En esta modalidad, la Isapre cubre las prestaciones de salud a través de un determinado prestador o red de prestadores individualizados en el plan con prestador preferente, siendo la bonificación mayor si se atiende con el prestador establecido en el plan de salud. Así, además cubre las prestaciones de salud bajo la modalidad de libre elección, pero en menor bonificación. Ibid.

¹³ La Isapre bonificará cualquier prestador médico en el que el afiliado o beneficiario se atiende. Ibid.

¹⁴ La Isapre bonificará si el afiliado o beneficiario se atiende sólo en el prestador que señala el plan de salud. Ibid.

¹⁵ Letra j) del artículo 170 del DFL 1.

corresponden a médicos cirujanos u otros profesionales de salud que prestan sus servicios de manera independiente a un prestador institucional¹⁶. En la Región Metropolitana predominan los prestadores institucionales, mientras que en regiones los prestadores individuales cobran una mayor relevancia¹⁷.

9. Los afiliados a las Isapres acceden generalmente a prestadores de salud privados. En caso de que la Isapre haya celebrado un convenio con el prestador, podrán efectuar un menor copago al contemplado en sus planes de salud. En caso de que la Isapre no posea un convenio con el prestador, éste establece el precio libremente y la Isapre entrega cobertura a las prestaciones otorgadas a sus afiliados mediante el reembolso y en las condiciones establecidas en el plan de salud¹⁸.

10. Respecto de los servicios médicos propiamente tales, éstos pueden clasificarse en consultas y procedimientos o intervenciones médicas quirúrgicas. Según lo define el Ministerio de Salud, la consulta es la atención profesional otorgada por un médico a un paciente en un lugar destinado para estos fines. Respecto de los procedimientos o intervenciones médicas quirúrgicas, la misma autoridad señala que se entenderá por tales aquellas acciones de salud, identificadas por prestaciones unitarias o grupos de prestaciones, que se otorgan a un paciente para efectos diagnósticos o terapéuticos, que según de que se trate, utilizan equipos, instrumental, instalaciones o salas de procedimientos¹⁹.

11. Por último, es posible distinguir también entre el pago realizado por las consultas y por los procedimientos o intervenciones médicas quirúrgicas. Las consultas son prestaciones que se encuentran individualmente aranceladas, por lo que es solo un valor a pagar por el beneficiario, independientemente si existe o no convenio. Mientras que, en el caso de los procedimientos o intervenciones médicas quirúrgicas, el pago que realiza el beneficiario incluye tanto la remuneración del profesional médico, conocido como honorario médico quirúrgico (en adelante, “**HMQ**”)²⁰, como asimismo los equipos, instrumental, instalaciones y/o salas de procedimientos utilizados para tales fines.

¹⁶ FNE, Informe de prohibición de operación de concentración Rol F271-2022, pág. 15.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ministerio de Salud de Chile, Anexo N°9 Glosario de Actividades Clínicas, Orientaciones para la planificación y programación en red 2018. En línea: <<https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2017/09/ANEXO-9-GLOSARIO-DE-ACTIVIDADES-CL%c3%8dNICAS.pdf>>. [última visita: 2 de diciembre de 2022].

²⁰ Los HMQ se calculan para el cirujano (o cirujano primero) que realiza el procedimiento médico, como también para los médicos y otros asistentes que participan en dicho procedimiento, que en general se indexan a los HMQ del cirujano primero.

b. Barreras a la entrada, a la expansión y sustitución de los servicios médicos de especialidad

12. Existen ciertas características comunes a los servicios médicos de especialidad otorgados por prestadores individuales en el mercado de la salud privada que son relevantes para esta presentación. En primer lugar, respecto a las condiciones de entrada al mercado, así como respecto de la posibilidad de expansión de la oferta de servicios médicos de especialidad ante un aumento de precios, el H. Tribunal ha señalado 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”²¹.

13. En cuanto a la sustitución de las prestaciones de una determinada especialidad por prestaciones médicas ofrecidas por otros médicos, el H. Tribunal ha señalado que *“los servicios ofrecidos por médicos especialistas no tienen sustitutos cercanos. Un médico especialista sólo enfrenta competencia directa de los restantes médicos de su misma especialidad”²².*

14. En la misma línea, el proceso de formación de un especialista tarda alrededor de 3 años para quien ya cuenta con el título de Médico Cirujano. Ello es una limitante en el corto plazo a la entrada y a la expansión del universo de especialistas²³.

²¹ H. TDLC, Sentencia N°74/2008, considerando 8°.

²² Ibid., considerando 17°.

²³ “124. La FNE analizará el grado de rapidez y continuidad asociado a la entrada, a efectos de determinar si ella podría generar disciplina competitiva suficiente capaz de disuadir o imposibilitar el ejercicio del poder de mercado por parte de la entidad resultante de la Operación. 125. Para lo anterior, la Fiscalía evaluará el tiempo necesario para la construcción, implementación o reactivación, según el caso, de los activos específicos que se precisen para operar, para la optimización de su uso, los plazos de producción de los productos y para alcanzar una escala necesaria. En ese sentido, se evaluará si estos permiten desarrollar, acceder o reforzar, según el caso, una red de distribución y/o adquirir una masa crítica de consumidores (...). 127. No obstante que el período de tiempo máximo en que deberá producirse la entrada para entenderse como oportuna depende de las características y la dinámica del mercado específico, la Fiscalía considera que mientras más frecuentes sean las transacciones y los contratos tengan menor duración remanente, menor será el tiempo tolerable para que la entrada pueda ser considerada oportuna. En general, la FNE no considerará oportuna una entrada en un plazo superior a los dos años”. FNE, Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, mayo de 2021. En línea: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf>>. En el mismo sentido FNE, Informe de prohibición de operación de concentración Rol F271-2021, págs. 160-161.

c. Sobre los convenios entre prestadores e Isapres

15. Como se adelantó anteriormente, las Isapres firman convenios con prestadores de salud de manera que sus beneficiarios enfrenten menores copagos al atenderse con ellos. Muchas veces las asociaciones gremiales a las que pertenecen los prestadores, o los médicos agrupados bajo alguna otra forma de asociación, negocian los términos de estos convenios y velan por que se implementen las condiciones que en ellos se estipulan.

16. Los convenios entre prestadores individuales de salud e Isapres a los que ha tenido acceso esta Fiscalía son de características similares e incluyen las siguientes cláusulas:

- i) Identificación del prestador y la Isapre;
- ii) Identificación de la especialidad en cuestión y de los servicios o prestaciones que el prestador se obliga a otorgar a los beneficiarios de la Isapre, como consultas, procedimientos y/o HMQ;
- iii) Establecimiento de un valor o arancel convenido por cada una de las prestaciones. Dicho valor se representa, por regla general:
 - Para las consultas: Un monto en pesos, o bien como un monto en Unidades de Fomento (UF), según el valor de la UF al momento de la suscripción del convenio (Ej.: 0.7 UF por consulta, según el valor de la UF al 1 enero de 2020);
 - Para los procedimientos y HMQ: Como un múltiplo del catálogo valorizado del Arancel Fonasa para la Modalidad Libre Elección (MLE) según el código de la prestación correspondiente²⁴, considerando generalmente el nivel 1 (Ej.: HMQ, Fonasa x 4.0)²⁵; y,
- iv) Reajuste:
 - En el caso de las consultas, se establece que el monto convenido se reajusta de acuerdo con la variación de la UF en un período determinado (generalmente seis meses o un año);

²⁴ Fonasa, Modalidad Libre Elección. En línea: <https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/prestadores/modalidad-libre-eleccion> [última visita: 2 de diciembre de 2022].

²⁵ “El Arancel Fonasa, por lo mismo, es utilizado como un pilar en toda la industria de salud, influenciando fuertemente todas las prestaciones que se entregan a lo largo de Chile, y con prescindencia de si el asegurador es público o privado. Por ejemplo, las Isapres lo deben utilizar como piso básico de todas las prestaciones que deben entregar a sus asegurados, y de hecho, el Arancel Fonasa constituye un referente a la hora de determinar que ellas pagan a los prestadores que los atienden, de modo que dicho arancel actúa como un potente guiador de precios (usualmente el Arancel Fonasa es multiplicado por un determinado factor al momento de convertirse la remuneración que pagan esas aseguradoras privadas)”. Presentación Colegio Médico al TDLC de fecha 10 de septiembre de 2013, ERN 16-2013, pág. 6.

- En el caso de los procedimientos y HMQ, los aranceles MLE se actualizan una vez al año²⁶.

17. Esta negociación colectiva que han desarrollado asociaciones gremiales y médicos agrupados bajo alguna otra forma de asociación ha sido sometida a escrutinio por autoridades de competencia tanto a nivel nacional como comparado, tal como se explica a continuación.

II. LIBRE COMPETENCIA Y FIJACIÓN DE ARANCELES: EXPERIENCIA NACIONAL Y COMPARADA

a. La experiencia nacional sobre asociaciones médicas y su interacción con las Isapres

18. Según ha tenido oportunidad de conocer el H. Tribunal, la suscripción y ejecución de convenios entre médicos generales o especialistas y las Isapres ha dado lugar a reiteradas infracciones a la libre competencia. Desde la creación del H. Tribunal, más del 55% de las personas requeridas por colusión por la FNE han sido médicos o asociaciones que los agrupan.

19. En efecto, y como veremos en mayor detalle a continuación, el H. Tribunal ha sancionado en distintos casos a un centenar de médicos por fijación de precios y boicot. Asimismo, tal magistratura tuvo ocasión de conocer una acusación contra más de cien médicos en un pleito distinto que terminó por medio de una conciliación.

20. En *AM Patagonia*²⁷, el H. Tribunal sancionó a una sociedad anónima y a setenta y cuatro de los médicos especialistas de Punta Arenas que la conformaban. La mencionada persona jurídica fue utilizada para coordinar el arancel por especialidades y, luego del fracaso de un proceso de negociación con las Isapres, para la desvinculación masiva de los convenios individuales que los médicos accionistas mantenían con estas entidades²⁸. Según el reglamento interno de *AM Patagonia*, sus asociados tenían expresamente prohibido “*negociar aranceles médicos por cuenta propia con entidades pagadoras o pacientes*”²⁹.

²⁶ Según determinación conjunta de los Ministerios de Salud y de Hacienda, a proposición de FONASA. Artículo 159 del DFL 1.

²⁷ H. TDLC, Sentencia N°74/2008.

²⁸ Ibid., considerando 2°.

²⁹ Ibid., considerando 13°.

21. En *Ginecólogos de Ñuble*³⁰, el H. Tribunal sancionó a un grupo de 25 médicos ginecólogos obstetras y a la asociación que los reunía –la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble o “AGGOÑ”– por infringir el artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del DL 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 diversas comunas de la entonces Provincia del Ñuble.

22. En adición a la multa impuesta a los especialistas participantes de ese acuerdo, la Excm. Corte Suprema dispuso posteriormente la disolución de la AGGOÑ, considerando que “[l]a Asociación Gremial de que se trata intervino directamente y de manera principal en los actos contrarios a la libre competencia que se han tenido por demostrados en estos autos, a lo que se suma que en torno a ella se articuló el completo comportamiento colusorio reprochado, motivos más que suficientes para ordenar su disolución”³¹.

23. En *Cirujanos de la V Región*³², la FNE requirió a la Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región o “AGC”, y a 111 de los médicos que la integraban por infringir el artículo 3° letra a) del DL 211 por más de dos décadas. Según la acusación de la FNE, dicha asociación gremial, actuando en representación de sus miembros, suscribió e implementó convenios escritos o verbales con las Isapres abiertas que operaban en la V Región, realizando labores de monitoreo y sancionando el incumplimiento del arancel acordado. En marzo del año 2019, la FNE y las requeridas arribaron a un acuerdo conciliatorio, en que los médicos requeridos reconocieron haber fijado e implementado aranceles en forma conjunta, se obligaron a cesar la conducta y a terminar con los convenios vigentes. Adicionalmente, las requeridas se obligaron a no negociar aranceles en conjunto con otros médicos, a menos que existiera una integración real y efectiva de sus operaciones, circunstancia que debía ser informada a la FNE antes de su constitución. Por último, entre otras cosas, las requeridas se obligaron a un pago a beneficio fiscal³³. El acuerdo conciliatorio fue aprobado por el H. Tribunal con fecha 25 de marzo de 2019.

24. Cabe destacar que, además de los casos que se han ventilado judicialmente, en los últimos años esta Fiscalía ha recibido diversas denuncias y, de acuerdo con su mérito, ha instruido, con conocimiento del Presidente del H. Tribunal, diversas investigaciones reservadas relacionadas con mercados de servicios de especialidad en distintas regiones

³⁰ H. TDLC, Sentencia N°145/2015.

³¹ Excm. Corte Suprema, Sentencia en autos Rol N°5609-2015 de fecha 7 de enero de 2016, considerando 28°.

³² Véase el expediente contencioso del H. TDLC Rol C-353-18.

³³ Véase Bases de Acuerdo Conciliatorio Rol C-353-18.

del país³⁴. En términos generales, estas investigaciones han involucrado a asociaciones que reúnen a casi 800 médicos, confirmando que la negociación conjunta de aranceles médicos para el mercado de la salud privada se trata de una problemática reiterada y plenamente vigente en Chile. En este sentido, las experiencias de casos contenciosos y las resoluciones antes reseñadas no han logrado instruir el comportamiento de los prestadores médicos en sus negociaciones con las Isapres.

25. A lo anterior, cabe añadir que en nuestro país existe una gran cantidad de asociaciones gremiales de médicos generales y especialistas, principalmente a nivel regional. En efecto, según información recabada por esta Fiscalía, que se aportará en su oportunidad en el marco de este procedimiento, existirían más de 80 asociaciones gremiales de esta naturaleza en nuestro país. Huelga señalar que dicha cantidad no considera la existencia de otras agrupaciones o sociedades de especialistas constituidas bajo una forma jurídica distinta –como ocurrió en el caso *AM Patagonia*– y asociaciones de hecho.

b. Experiencia comparada: los casos de Estados Unidos, Australia e Irlanda.

i) Estados Unidos

26. Al igual que en nuestro país, en Estados Unidos las autoridades de competencia han conocido múltiples casos de asociaciones de profesionales médicos que acordaron negociar conjuntamente aranceles con entidades pagadoras o aseguradoras, o fijar las condiciones bajo las cuales uno de sus asociados puede negociar con dichas entidades, en algunas ocasiones incluso bajo amenaza de boicot³⁵.

27. En *Goldfarb*, la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió que las profesiones liberales están sometidas al derecho de la competencia como cualquier otra forma de comercio³⁶. Por su parte, esa Corte ha rechazado las alegaciones de que las fallas y otras

³⁴ Véase Oficio Res. DO N°0220 de fecha 20 de agosto de 2015, Oficio Res. N°0543 de 21 de noviembre de 2017, Oficio Res. N°0546 de 22 de noviembre de 2017, Oficio Res. N°0547 de 22 de noviembre de 2017, Oficio Res. N°0548 de 22 de noviembre de 2017, Oficio Res. N°0549 de 22 de noviembre de 2017 y Oficio Res. N°0155 de 19 de marzo de 2018.

³⁵ Véase Federal Trade Commission, “*Overview of FTC Actions in Health Care Services and Products*” (2022), Sección II-B “*Agreements on price or price-related terms*”, pág 7.

³⁶ Véase: *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S.773, 786-788 (1975). La sentencia resuelve sobre las “*learned professions*”, que abarca las tres profesiones que durante la Edad Media se asociaban con largos estudios o la erudición. A falta de una mejor traducción, hemos usado el término profesiones liberales.

peculiaridades del mercado de la salud justifican un tratamiento diferenciado frente al derecho de la competencia³⁷.

28. En *Maricopa*³⁸, la misma Corte resolvió que un acuerdo entre los médicos de dos organizaciones sin fines de lucro para fijar precios máximos era ilegal *per se*. La Corte sostuvo que acuerdos como éste, entre competidores independientes, “*encaja perfectamente en el molde del acuerdo horizontal de precios*”³⁹. La Corte distinguió los acuerdos *per se* de ese caso de aquéllos en que dos o más personas –que, sin mediar un acuerdo, competirían entre sí– ponen en común su capital y comparten tanto los riesgos de pérdida como las oportunidades de ganancia⁴⁰. La falta de integración real entre los médicos de *Maricopa* era relevante, pues les impedía alegar que cada una de las asociaciones médicas era una unidad económica incapaz de conspirar consigo misma⁴¹.

29. Según ha señalado la doctrina:

*“Desde Maricopa, una pregunta crucial que enfrentan médicos, hospitales y otros competidores en la provisión de prestaciones de salud que han formado redes de múltiples proveedores es cuánta integración de sus servicios y operaciones es suficiente para evitar ‘encajar perfectamente en el molde del acuerdo horizontal de precios’”*⁴².

30. Luego de *Maricopa*, las autoridades de libre competencia norteamericanas han conocido de una gran cantidad de casos de fijación conjunta de aranceles por parte de prestadores médicos, alcanzando en muchos de ellos salidas negociadas aprobadas por un tribunal⁴³.

31. Con la experiencia acumulada en estos casos, y con el fin de proveer mayor claridad respecto de los principios de *antitrust* que deben regir en la materia, en agosto de 1996 el *Department of Justice* (en adelante, “**DOJ**”) y la *Federal Trade Commission* (en adelante, “**FTC**”) publicaron de manera conjunta una guía federal denominada “*Statement of Antitrust*”

³⁷ Véase: *Jefferson Parish Hosp. Dist No. 2 v. Hyde*, 425 U.S. 2, 26-29 (1984).

³⁸ Véase: *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982).

³⁹ *Ibid.* pág. 357.

⁴⁰ *Ibid.* págs 356-357.

⁴¹ Esto es lo que, desde *Copperweld*, se conoce como doctrina de la entidad única, según la cual se requiere una pluralidad de agentes económicos para infringir la sección primera de la Sherman Act, pues una sola entidad no puede conspirar consigo misma. *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).

⁴² American Bar Association, *Antitrust Law Developments (Fourth)*, Volume II, pág. 1270. Traducción libre de “*Since Maricopa, a critical question facing physicians, hospitals or other competing health care providers who have formed multiprovider networks is how much integration of their services and operations is enough to avoid ‘fitting squarely into the price-fixing mold’*”.

⁴³ Véase la referencia utilizada *supra* en nota N°34 de esta presentación y, además, American Bar Association, *Op. Cit.*, pág. 1271, nota 1018.

*Enforcement Policy in Healthcare*⁴⁴. En su capítulo 8, el aludido documento trata los “*Physician network joint ventures*” (en adelante, “**PNJV**”), a los que define como una red controlada por prestadores médicos que acuerdan colectivamente precios o términos relativos a precios y comercializan conjuntamente sus servicios.

32. El documento aclara, en línea con *Maricopa* y los casos posteriores, que los acuerdos para determinar precios o repartirse mercados entre médicos que no integran sus operaciones son ilegales *per se*⁴⁵. Sin embargo, la guía federal del DOJ y de la FTC reconoce que, por la vía de desarrollar e implementar mecanismos que incentiven a los médicos a colaborar y ejercer su práctica como parte de una red, muchos de estos *joint ventures* auguran significativos beneficios procompetitivos para los consumidores de servicios de salud⁴⁶.

33. Así, de acuerdo con los principios generales, estas asociaciones son analizadas bajo la regla de la razón y no como ilegales *per se*, siempre y cuando la integración de los médicos a la red pueda producir, con algún grado de probabilidad, eficiencias significativas que beneficien a los consumidores. Si los acuerdos involucran precios u otra variable competitiva habitualmente tratada bajo la regla *per se*, los acuerdos sobre dichas variables competitivas deben ser necesarios para alcanzar tales eficiencias⁴⁷.

34. La guía señala que los acuerdos entre prestadores médicos serán analizados conforme a la regla de la razón cuando los miembros del PNJV compartan *riesgos financieros sustanciales*. Compartir dichos riesgos no es un fin en sí mismo, sino que opera como un indicador claro y confiable de que el PNJV supone el grado de integración entre sus miembros que es necesario para que se alcancen eficiencias significativas. En efecto, compartir riesgos financieros provee incentivos a los médicos miembros para cooperar en controlar los costos y en mejorar la calidad⁴⁸.

⁴⁴ DOJ y FTC, *Statement of Antitrust Enforcement Policy in Healthcare*, (1996). Esta guía o declaración tuvo versiones anteriores los años 1993 y 1994.

⁴⁵ *Ibid.*, págs. 71: “*Antitrust law treats naked agreements among competitors that fix prices or allocate markets as per se illegal*”; y 73-74: “*In contrast to integrated physician network joint ventures, such as these discussed above, there have been arrangements among physicians that have taken the form of networks, but which in purpose or effect were little more than efforts by their participants to prevent or impede competitive forces from operating in the market. These arrangements are not likely to produce significant procompetitive efficiencies. Such arrangements have been, and will continue to be, treated as unlawful conspiracies or cartels, whose price agreements are per se illegal*”.

⁴⁶ *Ibid.*, pág. 61: “*By developing and implementing mechanisms that encourage physicians to collaborate in practicing efficiently as part of the network, many physician network joint ventures promise significant procompetitive benefits for consumers of health care services*”.

⁴⁷ *Ibid.*, pág. 71.

⁴⁸ *Ibid.*, págs. 77-78.

35. Compartir riesgos financieros no es la única forma en que los PNJV pueden asegurarse ser analizados conforme a la regla de la razón. Ello también tiene lugar cuando involucran una integración suficiente entre sus miembros para que el acuerdo produzca eficiencias significativas. Dicha integración puede ser demostrada por la implementación de un programa continuo y activo para crear un alto grado de interdependencia y cooperación entre los médicos miembros para controlar costos y asegurar la calidad⁴⁹.

36. Por último, la declaración establece “*Antitrust Safety Zones*” o “zonas de seguridad”. Para ello se definen determinadas condiciones que hacen altamente improbable que una red de médicos genere riesgos anticompetitivos. Las autoridades de competencia se comprometen a no perseguir los acuerdos entre médicos que caigan dentro de estas zonas seguras, a menos que concurren circunstancias extraordinarias⁵⁰.

37. Para establecer estas “*Antitrust Safety Zones*” o “zonas de seguridad”, la guía conjunta del DOJ y la FTC hace lo siguiente:

- Distingue entre PNJV “exclusivos” y “no exclusivos”, según si los miembros pueden libremente afiliarse a otras redes o planes de salud;
- Establece que un PNJV queda dentro de la “*Antitrust Safety Zones*” o “zona de seguridad” si sus miembros constituyen el 20% o menos de los profesionales de dicha especialidad en el mercado geográfico respectivo en el caso de redes “exclusivas” y el 30% o menos en el caso de PNJV “no exclusivos”, siempre y cuando haya un número mínimo de profesionales de la especialidad en dicho mercado; y,
- Exige que los miembros de la PNJV compartan *riesgos financieros sustanciales*, en los términos en que hemos revisado *supra*⁵¹.

38. Así, como indica un comentarista, la dictación de reglas claras referidas a cómo las autoridades norteamericanas evalúan la legalidad de *joint ventures* de profesionales de medicina bajo las leyes federales de ese país, aun cuando requiera cierto análisis de competencia para su aplicación a casos específicos, habría significado el levantamiento de

⁴⁹ Ibid., págs. 72-73. Estos programas pueden incluir, entre otros: (1) mecanismos para monitorear y controlar que el uso de los servicios sea diseñado para controlar costos y asegurar calidad; (2) mecanismos de selección de los médicos miembros de la red que hagan probable que estos objetivos de eficiencia avancen; y (3) la inversión significativa de capital, humano y financiero en la infraestructura y las capacidades para que se logren las eficiencias que se alegan.

⁵⁰ Ibid., págs. 62-63.

⁵¹ Ibid., págs. 77-78.

barreras para la formación y organización de redes entre los proveedores de estos servicios⁵².

ii) Australia

39. En Australia, en términos generales, el *fee setting* entre médicos que no forman parte de la misma entidad legal puede ser considerado una fijación de precios contraria a la *Competition and Consumer Act* (2010). Sin embargo, la legislación de dicho país contempla la posibilidad de que la agencia de competencia, la *Australian Competition and Consumer Commission* (en adelante, “**ACCC**”), autorice ciertos acuerdos en casos en que los beneficios de la conducta sean superiores al detrimento al público que pueda resultar de su ejecución, en los términos dispuestos en una Guía para la Autorización de Conductas⁵³.

40. De este modo, el año 2013, la ACCC concedió, previa solicitud fundada, autorización a asociaciones de dos o más médicos generales⁵⁴ y a asociaciones de dentistas⁵⁵ para negociar colectivamente con compradores de sus servicios, siempre y cuando se constituyeran como una práctica única (*single practice*), compartieran registros de pacientes, infraestructura común, un nombre comercial, y políticas y procedimientos comunes.

41. Sin embargo, el mismo año, la ACCC negó conceder una autorización general a asociaciones de dos o más prestadores para acordar precios por servicios de oftalmología en el marco de prácticas conjuntas (*shared practices*), dado el número relativamente pequeño de competidores en muchos mercados geográficos (especialmente en áreas rurales) y las altas barreras a la entrada existentes, determinándose, en definitiva, que en

⁵² Véase: Hirshfeld, Edward “Interpreting the 1996 Federal Antitrust Guidelines for Physician Joint Venture Networks”. *Annals of Health Law*, Vol. 6, Issue I, (1997).

⁵³ Véase ACCC, “*Guidelines for Authorisation of Conduct (non merger)*” (2019), especialmente los criterios establecidos en el párrafo 6 (“*The authorisation test*”). Véase también, en línea: < <https://www.accc.gov.au/business/industry-associations-professional-services/medical-professionals/fee-setting-by-medical-professionals>> [última visita 29 de noviembre de 2022].

⁵⁴ Véase ACCC, “*Determination. Application for authorisation lodged by Australian Medical Association Limited in respect of intra-practice prices setting and collective bargaining*” (2013) Authorisation number: A91334.

⁵⁵ Véase ACCC “*Determination. Applications for authorisation A91340 and A91341 lodged by Australian Dental Association Inc. in respect of agreements as to the fees to be charged for dental services provided within shared practices*” (2013).

ese caso la conducta propuesta podría resultar en un detrimento a los consumidores sin beneficios netos que constituyeran un contrapeso suficiente en ese caso en particular⁵⁶.

iii) Irlanda

42. En el año 2005, la agencia de competencia de Irlanda concluyó una investigación sobre las acciones de la organización representante de los médicos –*Irish Hospital Consultants Association*– al negociar tarifas con aseguradores privados. Con ocasión de lo anterior, la autoridad irlandesa expuso tres mecanismos alternativos que no violarían la ley de competencia y que permitirían alcanzar criterios de eficiencia:

- Fijación unilateral (*fee setting by the payor*): Un pagador o comprador de servicios, con información suficiente, entrega una propuesta tarifaria a los profesionales, quienes en forma individual negocian con los aseguradores;
- Negociación mediante un tercero (*messenger model*): Un tercer actor recolecta los precios que cada médico ofrece por sus servicios y posteriormente acude al asegurador privado, quien a su vez emitirá un precontrato con sus términos. Cada prestador escogerá en forma individual si participa o no en este programa; u,
- Hospitales, y no la aseguradora, negocian (*contracting with hospitals*): El asegurador privado compra servicios paquetizados a los hospitales, quienes negocian descentralizadamente los pagos a los profesionales.

43. La legislación proporciona una “zona de seguridad”, donde los profesionales de la salud agrupados en sociedades pueden establecer que su conducta genera mejoras de eficiencia y cumple con cada uno de los siguientes cuatro criterios⁵⁷: 1) contribuye a mejorar la producción o la distribución de bienes o prestación de servicios, o fomenta los avances técnicos o económicos; 2) los consumidores obtienen una parte justa del beneficio resultante; 3) no impone a los miembros condiciones que no sean indispensables para el logro de los objetivos de eficiencia; y, 4) no elimina la competencia con respecto a una parte sustancial de los productos o servicios del mercado relevante en cuestión⁵⁸.

⁵⁶ Véase ACCC, “*Determination. Application for authorisation lodged by Australian Society of Ophthalmologists in respect of agreements to set fees for ASO members in shared practices for ophthalmology services*” (2013) Authorisation number: A91360.

⁵⁷ La responsabilidad de probar que el acuerdo o conducta en cuestión satisface los criterios recae en la parte.

⁵⁸ Competition and Consumer Protection Commission “*Guidance in respect of Collective Negotiations relating to the Setting of Medical fees*” (2005). En línea: <<https://www.ccpic.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/04/Medical-Fees-Guidance-Note.pdf>> [última visita: 22 de diciembre de 2022].

44. En suma, tanto en Estados Unidos como en Australia y en Irlanda, los acuerdos entre prestadores médicos competidores para fijar aranceles u otra variable competitiva de manera conjunta constituyen infracciones a la libre competencia. Sin embargo, al mismo tiempo, en las tres jurisdicciones existen instrumentos regulatorios que, conforme a su respectiva institucionalidad y al marco legal en que están insertos, admiten excepcionalmente la negociación y fijación conjunta de aranceles por parte de prestadores en salud privada, estableciendo mecanismos a fin de garantizar que ello sea realizado bajo ciertos parámetros y en condiciones tales que no constituyan un detrimento neto al bienestar social, al tiempo de proveer mayores grados de certeza jurídica a las partes interesadas.

III. NECESIDAD Y JUSTIFICACIÓN DE LA DICTACIÓN DE INSTRUCCIONES DE CARÁCTER GENERAL

a. Potestad del H. Tribunal de dictar Instrucciones de Carácter General

45. La potestad del H. Tribunal para dictar instrucciones de carácter general está establecida en el artículo 18 número 3 del DL 211, que consagra entre sus atribuciones y deberes el de “[d]ictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

46. En cuanto al tipo de actos o contratos que podrían ser objeto de esta atribución legal, el H. Tribunal ha indicado que “al ser este un procedimiento destinado a dictar instrucciones de carácter general para promover un ambiente competitivo y no a establecer la necesidad de imponer sanciones, es indiferente que la conducta de las empresas sea o no anticompetitiva”⁵⁹. En este sentido, es posible que las instrucciones de carácter general regulen situaciones que pudieren llegar a constituir infracciones a la libre competencia, aunque tal determinación en sí misma es totalmente irrelevante para este tipo de procedimiento, considerando que no se busca imponer sanciones, sino que generar un

⁵⁹ H. TDLC, Instrucciones de carácter general N°2/2012, considerando 31. En el mismo sentido, se ha resuelto: “[N]o es una exigencia jurídica que los actos o convenciones que sean regulados en uso de esta potestad constituyan infracciones en sí mismas, pues el tenor literal del artículo 18° N°3 del D.L. N°211 es claro en cuanto distingue que los actos o contratos objeto de la regulación pertinente deben tener ‘relación con la competencia’ o bien la potencialidad de ‘atentar contra ella’”. H. TDLC, Instrucciones de Carácter General N°5/2022, Capítulo II.B.4, pág. 43. Los destacados son todos nuestros.

ambiente con mayor grado de competencia⁶⁰. Así, la doctrina ha señalado que las instrucciones de carácter general pueden regular actos o contratos que permitan:

“(i) concretar o ejecutar acuerdos entre competidores, excluir agentes de mercado o evitar su expansión y explotar poder de mercado, [...] o bien, (ii) facilitar o incentivar la ejecución de otros actos o contratos que constituyan conductas anticompetitivas”⁶¹.

47. Según anticipamos, la FNE cree necesario iniciar este procedimiento con el objeto de analizar la conveniencia de dictar instrucciones generales que regulen las condiciones bajo las cuales dos o más médicos, que compiten entre sí, pueden establecer o negociar en forma conjunta aranceles con terceros y, en caso de ser conveniente lo anterior, determinar el ámbito y contenido de tales instrucciones.

48. A continuación, analizaremos las razones que, en opinión de la FNE, justifican el inicio de un procedimiento tendiente a la dictación por parte del H. Tribunal de instrucciones de carácter general que, reiterando con efecto *erga omnes* la regla general de que los prestadores médicos que compiten entre sí deben fijar en forma autónoma e individual sus aranceles, permitan excepcionalmente negociarlos en forma conjunta en la medida en que integren en forma previa, real y efectiva sus operaciones, indicándose los criterios y procedimientos para alcanzar ese objetivo.

⁶⁰ Velozo, J. y González, D., “Reflexiones en torno a Algunas de las Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. En H. TDLC, “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario”, (2011), pág. 47: “No es una exigencia jurídica que los actos o convenciones que sean regulados en uso de esta potestad necesariamente constituyan infracciones en sí mismas”; Regcom, “Informe en Derecho #17: Alcance y Límites de la potestad Normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” (2011), pág. 17: “las instrucciones de carácter general, como regulación directa, no necesariamente se refieren a conductas anticompetitivas en los términos establecidos en el DL 211, atendidas las características del mercado”; y Regcom, “Informe en Derecho #26: Control Jurisdiccional de la Potestad Normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Materia de Telecomunicaciones” (2013), pág. 13. Todos los destacados son nuestros.

⁶¹ Velozo, J. y González, D., “Reflexiones en torno a Algunas de las Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. En H. TDLC, “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario” (2011), pág. 49. En el mismo sentido, Regcom, “Informe en Derecho #17: Alcance y Límites de la potestad Normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” (2011), pág. 17 “(...) no es requisito sine qua non que la conducta regulada por el TDLC sea contraria a la competencia, o tenga esa potencialidad (“pudiere”) sino que incluso basta que ella tenga relación con la libre competencia”. El H. Tribunal ha indicado que “no es una exigencia jurídica que los actos o convenciones que sean regulados en uso de esta potestad constituyan infracciones en sí mismas”. H. TDLC, Instrucciones de Carácter General N°5/2022, Capítulo II.B.4, pág. 43. Todos los destacados son nuestros.

b. Necesidad y justificación de reiterar con efecto *erga omnes* que los médicos deben llevar adelante sus negociaciones de modo individual y que, sólo excepcionalmente, dos o más de ellos podrían negociar de modo conjunto el precio al que ofrecen sus servicios

49. Hemos señalado que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, las instrucciones de carácter general pueden regular comportamientos que podrían constituir infracciones a la libre competencia o que se vinculen a ella. La FNE cree que es necesario que el H. Tribunal evalúe la conveniencia de iniciar un procedimiento tendiente a dictar instrucciones de carácter general que, reiterando con efecto *erga omnes* que los prestadores médicos deben negociar en forma individual los precios a los cuales ofrecen sus servicios a terceros, permitan de modo excepcional su negociación conjunta siempre y cuando se cumplan con las condiciones que establezca el H. Tribunal. Todo aquello con el fin que tales agentes no incurran en conductas contrarias al DL 211, particularmente aquellas prohibidas por la letra a) del artículo 3. En efecto, mediante instrucciones de carácter general dictadas por el H. Tribunal, es posible alcanzar los siguientes objetivos:

- i) Impedir que los agentes económicos se vean involucrados en el ilícito anticompetitivo definido de manera amplia en la legislación

50. En primer lugar, se ha señalado que podría ser necesario especificar, en las instrucciones de carácter general, comportamientos que podrían llegar a contrariar la libre competencia en consideración a la amplitud con que el DL 211 define el ilícito anticompetitivo. Esta justificación ha sido mencionada por el H. Tribunal⁶² y desarrollada por la doctrina. Esta última ha señalado que “[l]a *razonabilidad de la existencia de esta potestad reglamentaria externa descansa en lo técnico de la defensa de la libre competencia, según lo prueba lo escueto del Decreto Ley 211 en lo que dice relación con aspectos sustantivos de los injustos antimonopólicos*”⁶³.

⁶² H. TDLC, Instrucciones de Carácter General N°5/2022, Capítulo II.B.3, pág. 43: “*Se ha señalado que esta potestad “regulatoria” del TDLC responde a la amplitud del ilícito anticompetitivo del D.L. N°211*”.

⁶³ Valdés, D., “Libre Competencia y Monopolio” (2010), pág. 664. En el mismo sentido, Grunberg, J. “La Potestad Reglamentaria del Tribunal de Defensa de la Competencia: un tema conflictivo en la Reforma al Decreto Ley 211”. En: Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Número 66 (2004), pág. 244: “*Es por ello que para detallar de una forma más precisa las conductas sancionadas por la Ley, las cuales ella establece en forma muy amplia -a través de conceptos como “libre competencia”, “acuerdos expresos o tácitos o prácticas concertadas entre agentes económicos”, “abuso de posición dominante”, “prácticas predatorias o de competencia desleal”- es que se hace necesario el otorgamiento de la facultad de dictar reglas que adapten los principios generales a casos particulares y, al mismo tiempo, doten al sistema de una mayor flexibilidad*”. Por su parte, se ha señalado que el Congreso y el Tribunal Constitucional estimaron “*que la institucionalidad en su conjunto debía contemplar la atribución de dictar normas o instrucciones de carácter general en la*

51. Por ejemplo, las asociaciones de médicos han sostenido invariablemente, a lo largo de más de una década, que sus negociaciones conjuntas con las Isapres no tendrían reparos desde el punto de vista del DL 211. Y lo han hecho a pesar de la reiterada jurisprudencia en contrario, tanto del H. Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, reiterando los médicos una y otra vez que estarían amparados en alguna especie de causal de justificación fundados en su supuesta necesidad de contrarrestar el poder de mercado de las Isapres.

52. En *AM Patagonia*, las requeridas sostuvieron que la negociación conjunta de convenios, incluido el arancel, no era contraria a la libre competencia. Justificaron su alegación en que, en su opinión, *“en materia de libre competencia los actos, para ser ilícitos, deben tener la aptitud real de alterar la libre competencia”*⁶⁴. En simple, sostuvieron que el acuerdo imputado no habría sido ilícito, pues ante el poder de mercado que ostentan las Isapres, su integración vertical y la dependencia económica que a su respecto tenían los médicos, *“cualquier eventual o supuesta conducta colusoria no habría tenido aptitud alguna para extraer rentas de tales Isapres”*⁶⁵.

53. Ante este argumento, el H. Tribunal sostuvo que, en principio y en términos generales, el mero hecho que los médicos se reúnan con el exclusivo propósito de hacer frente a empresas que tienen poder de mercado, tratando de evitar abusos y no de afectar la libre competencia, no sería constitutivo de un ilícito anticompetitivo⁶⁶, para luego, acto seguido, desestimar en todas sus partes la defensa señalando que:

*“al aumentar los precios soportados por los pacientes –respecto de quienes los médicos, actuando concertadamente, tendrían poder de mercado–, el Arancel no pudo tener un efecto exclusivamente redistributivo entre las Isapres y los médicos, como argumentaron estos últimos, a menos que se produjera un cambio inmediato en las coberturas de los planes de salud que obligara a las Isapres a soportar íntegramente ese incremento, circunstancia que no fue alegada ni probada en autos. Por ello, tampoco se acogerá esta defensa”*⁶⁷.

medida que el modelo normativo se ha inclinado por una definición amplia del ilícito contra la competencia”. Velozo, J. y González, D., “Reflexiones en torno a Algunas de las Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. En H. TDLC, “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario” (2011), pág. 47

⁶⁴ Escrito de contestación de los requeridos en causa tramitada ante el H. TDLC, Rol C 121-2006, pág. 22, énfasis en el original.

⁶⁵ Ibid, pág. 23.

⁶⁶ H. TDLC, Sentencia N°74/2008, considerando 27°.

⁶⁷ Ibid, considerando 36°. Además, véase considerando 31°.

54. A pesar de que en *AM Patagonia* el H. Tribunal descartó que el acuerdo entre los médicos fuera lícito por carecer de aptitud objetiva para afectar la libre competencia en razón del poder de mercado de las Isapres, en *Ginecólogos de Ñuble* la defensa de las requeridas señaló estar sorprendida de que la FNE interpusiera un requerimiento en su contra *“creyendo e intentando hacer creer que se está en presencia de un nuevo Caso AM Patagonia y que, en tal escenario, existiría una especie de colusión per se, producida por el solo hecho de intentar mitigar el irreplicable poder negociador de las Isapres”*⁶⁸. A ello agregó una defensa idéntica a la ya descartada en *AM Patagonia*, deslizando que la defensa podría ser extensible a todo el territorio nacional:

*“(...) en la especie no ha existido acuerdo alguno que haya tenido la aptitud objetiva de afectar algún elemento de la competencia [...] porque enfrentando los médicos -en todo el país- un poder omnímodo como el de las Isapres, que presionan los precios de las prestaciones que deben copagar hasta incluso por debajo de los costos para proveerlas, cualquier supuesta colusión de los profesionales de la salud no produciría efecto alguno”*⁶⁹.

55. El H. Tribunal desechó esta defensa, resolviendo que *“el argumento de las requeridas no puede en caso alguno ser considerado bajo la forma de una ‘causal de justificación’*⁷⁰. Para concluir esto, el H. Tribunal tuvo presente que el acuerdo afectó tanto a pacientes afiliados como no afiliados a Isapres y 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”*⁷¹.

56. A pesar de lo sostenido por el H. Tribunal en *AM Patagonia* y *Ginecólogos de Ñuble*, la defensa en este último caso insistió sobre el punto en su reclamación, señalando que los supuestos de hecho del ilícito imputado, aún en caso de haber existido, no *“resultarían ser objetivamente idóneas para entregarle poder de mercado a las requeridas”*, ya que las Isapres constituirían un monopsonio o, al menos, un oligopsonio⁷².

57. La Excma. Corte Suprema debió reiterar su jurisprudencia, ratificando el razonamiento del H. Tribunal en cuanto a que el acuerdo no alcanzó solo a pacientes afiliados a Isapres y, respecto de la especie de compensación de culpas que como alegación exculpatoria parecía sugerir el recurrente, agregó que *“esta resulta inadmisibile*

⁶⁸ Escrito de contestación de los requeridos en causa tramitada ante el H. TDLC, Rol C 265-2013, pág. 17.

⁶⁹ Ibid. pág. 10. Destacado es nuestro.

⁷⁰ H. TDLC, Sentencia N°145/2015, considerando 52°. Destacado es nuestro.

⁷¹ H. TDLC, Sentencia N°145/2015, considerando 53°.

⁷² Escrito de recurso de reclamación en causa tramitada ante el H. TDLC, Rol C 265-2013, pág. 12.

*desde que la responsabilidad de cada cual es personal y no puede ser desviada hacia terceros y, más aun, si se considera que lo investigado en autos es la efectiva comisión de actuaciones ilícitas de parte de los requeridos y no el proceder de las Isapres aludidas*⁷³.

58. En el caso *Cirujanos de la V Región* se intentó una defensa distinta, pero que también cuestionaba la ilegalidad de los acuerdos entre médicos para negociar e implementar en forma conjunta convenios con las Isapres. En efecto, la defensa de la asociación gremial requerida solicitó al H. Tribunal rechazar el requerimiento, por cuanto *“los hechos expuestos en el mismo no realizan la descripción típica contenida en el artículo 3, letra a), del DL 211 o, al menos, que se efectúe el análisis bajo una figura alternativa a la de la mencionada letra a), como podría ser una convención del artículo 3, inciso 1º, del DL 211 o un acto unilateral del mismo inciso 1º o de la letra b) de dicho artículo*⁷⁴.

59. Naturalmente, todas las alegaciones antes señaladas se enmarcan y forman parte de una estrategia judicial de defensa. Sin embargo, lo hasta aquí reseñado da cuenta de que, a pesar de existir una jurisprudencia reiterada y contundente, estas alegaciones se han reiterado a lo largo del tiempo, insistiéndose persistentemente en cada instancia en que los acuerdos imputados a los prestadores médicos no constituirían un ilícito anticompetitivo. Por lo anterior, y según veremos, el inicio de un procedimiento tendiente a la dictación de una instrucción de carácter general por parte del H. Tribunal permitirá transmitir a todos los prestadores médicos que, en línea con la jurisprudencia asentada por el H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema desde hace ya más de una década, las negociaciones con terceros deben ser efectuadas de modo totalmente independiente y sin ningún tipo de coordinación con otros prestadores médicos que sean competidores, salvo que ellos actúen de manera ajustada a Derecho conforme a los criterios y parámetros que determine el H. Tribunal.

ii) Difundir los alcances de un ilícito anticompetitivo

60. En segundo lugar, en concordancia con su función de promoción consagrada expresamente en el artículo 1º del DL 211, la solicitud de que el H. Tribunal especifique lineamientos para impedir que se produzcan actuaciones anticompetitivas, mediante la dictación de instrucciones de carácter general, puede justificarse como un mecanismo para difundir los límites de la juridicidad de determinadas conductas, permitiendo a sus

⁷³ Excma. Corte Suprema, Sentencia en autos Rol N°5609-2015 de fecha 7 de enero de 2016, considerando 16.

⁷⁴ Escrito de contestación de Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región en causa tramitada ante el H. TDLC, Rol C 353-2018, pág. 48.

destinatarios conocer los alcances de la legalidad de su actuación a un costo mucho menor del que demanda el estudio de la jurisprudencia. Como ha sostenido la doctrina:

“el ejercicio de la facultad normativa del TDLC permite acceder ex ante a los criterios de interpretación y aplicación de la legislación de defensa de la competencia a casos particulares, con un costo inferior al que impone el estudio de la jurisprudencia que emana del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Tribunal. [...] Por lo tanto, además de ser reglas de conducta imperativas, las Instrucciones Generales son una potente ilustración que entrega el Tribunal a los agentes económicos respecto de los límites de la juridicidad que impone la legislación de libre competencia, que minimiza la posibilidad de que éstos incurran en los ‘errores de prohibición’ -para usar un término acuñado por la dogmática penal⁷⁵.

61. En efecto, los precedentes de nuestro sistema de libre competencia en la materia dan también cuenta de defensas basadas en una supuesta ignorancia de lo prescrito por la ley o en la realización de actuaciones presuntamente de buena fe y/o con fines legítimos.

62. En *AM Patagonia* las requeridas sostuvieron que actuaron de buena fe, en forma diligente y con la convicción de haber obrado conforme a las normas de la libre competencia, aspectos que en otras ramas del derecho serían supuestamente considerados para excluir la hipótesis de una infracción, la responsabilidad que de ello se deriva y la aplicación de sanciones⁷⁶. Ello las llevó a afirmar que no debían ser sancionados en los términos solicitados por la FNE⁷⁷, agregando luego que:

“En esta medida se comprende que eventuales errores relativos a formalidades o vicios similares, no deben ser perseguidos como un atentado en contra de la libre competencia o de la competencia leal, en cuanto resultan normalmente más que de la mala fe o de la búsqueda de efectos anticompetitivos, de ciertas desprolijidades indeseadas en el desarrollo de legítimos fines gremiales, derivadas de la ansiedad por alcanzar objetivos que se estiman justos, de la inexperiencia o de la falta de conocimientos precisos empresariales⁷⁸.

⁷⁵ Velozo, J. y González, D., “Reflexiones en torno a Algunas de las Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. En: H. TDLC, “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario”, (2011), pág. 51. En el mismo sentido, puede consultarse: Regcom, “Informe en Derecho #17: Alcance y Límites de la potestad Normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” (2011), págs. 17-18.

⁷⁶ Escrito de contestación de los requeridos en causa tramitada ante el H. TDLC, Rol C 121-2006, pág. 20-21.

⁷⁷ *Ibid.*, pág. 22.

⁷⁸ *Ibid.*, pág. 26.

63. Si bien el H. Tribunal, en su sentencia, no otorgó a estas alegaciones las consecuencias jurídicas que las requeridas buscaban, sí tuvo algunas de ellas presentes al momento de determinar la cuantía de las sanciones⁷⁹.

64. Pese a que la jurisprudencia antes anotada era plenamente conocida al momento que tuvo lugar la etapa de discusión en *Ginecólogos de Ñuble*, ellos señalaron en su defensa que, al momento de alcanzarse el acuerdo acusado, las requeridas habrían actuado de buena fe y sin que existieran fines colusivos⁸⁰, agregando luego que, en la especie, no había existido un acuerdo que tuviera aptitud objetiva para afectar alguna variable de competencia pues, entre otras razones, “*nunca ha sido esa ni la intención ni el actuar de las Requeridas*”⁸¹. En su sentencia, el H. Tribunal ni siquiera consideró, esa vez, dicha alegación para efecto de calcular las multas que impuso⁸².

65. En *Cirujanos de la V Región*, las defensas no alegaron algún tipo actuar de buena fe o desconocimiento de la ilegalidad de su actuación. Sin embargo, luego de que fuera aprobada la conciliación por este H. Tribunal, según consignaron medios de prensa, la asociación gremial requerida emitió un comunicado señalando que “*mantiene su convencimiento de haber actuado siempre de buena fe y con absoluto apego a la legalidad vigente*”, agregando que las partes habrían acordado una salida conciliatoria ante la imposibilidad de la FNE de demostrar la existencia de prácticas colusivas⁸³.

66. Según hemos visto, entonces, ha existido una alegación persistente por parte de los médicos de una presunta ignorancia respecto de lo que prescribe la ley en este contexto. Sin perjuicio de que no se le ha otorgado a esta defensa el valor jurídico que las defensas pretendían, ellas evidentemente dan cuenta de un desconocimiento sobre la consistente jurisprudencia del H. Tribunal y de la Excm. Corte Suprema que ha señalado, reiterada y sostenidamente, que la determinación conjunta de aranceles por grupos de médicos que compiten entre sí es contraria a la ley.

67. En consonancia con su función de promoción, es que por este acto solicitamos al H. Tribunal que analice iniciar un procedimiento para la eventual dictación de instrucciones de

⁷⁹ H. TDLC, Sentencia N°74/2008, considerando 38°.

⁷⁸ Escrito de contestación de los requeridos en causa tramitada ante el H. TDLC, Rol C 265-2013, pág. 16.

⁸¹ *Ibid.*, pág. 18.

⁸² H. TDLC, Sentencia N°145/2015, considerando 65°.

⁸³ Véanse, en línea: <<https://www.elandino.cl/finaliza-procedimiento-contracirujanos-y-se-descarta-colusion/>> [última visita: 2 de diciembre de 2022] y <<https://eltrabajo.cl/portal/asociacion-gremial-de-cirujanos-descarta-colusion-en-procedimiento-contramedicos/>> [última visita: 2 de diciembre de 2022].

carácter general, instrucciones que ciertamente serían, bajo cualquier punto de vista, de gran ayuda para difundir lo que la jurisprudencia nacional ha señalado a un costo mucho menor que su estudio acabado y sistemático.

68. Esto nos lleva a una tercera justificación para la apertura de un procedimiento por parte de este H. Tribunal para la dictación de instrucciones de carácter general, que dice relación con la necesidad de sopesar la eficiencia de esta herramienta regulatoria, como instrumento procesal, en comparación a la actividad jurisdiccional sancionatoria que se debe llevar a cabo en mercados que presentan comportamiento reiterados en el tiempo que podrían constituir infracciones anticompetitivas.

iii) Ofrecer un instrumento eficiente en caso de actuaciones reiteradas y persistentes que podrían lesionar la libre competencia

69. En efecto, y en tercer lugar, la dictación de instrucciones de carácter general para esta temática concreta ofrece para toda la institucionalidad de libre competencia de Chile un camino mucho más eficiente y oportuno que recurrir, cada vez, a la potestad jurisdiccional del H. Tribunal para sancionar prácticas anticompetitivas con una enorme multiplicidad de partes, ya que con tales instrucciones de carácter general sería ciertamente mucho más probable prevenir o corregir tales infracciones legales. Como ha destacado la doctrina:

“[E]n concepto del Tribunal, la utilización de esta potestad se justifica en los casos en que la imposición de sanciones no es la alternativa óptima -desde el punto de vista de un análisis de costos y beneficios sociales- para restablecer el correcto funcionamiento del proceso competitivo”⁸⁴.

70. Esta justificación sería especialmente apropiada en casos en que *“las causas de la falta de competencia tienden a ser persistentes en el tiempo y requieren de una fiscalización permanente por parte de la autoridad de defensa de la competencia, opción menos costosa socialmente que la reiteración de la imposición y medidas preventivas, correctivas o prohibitivas en casos particulares”⁸⁵*. Similar justificación ha sido utilizada por el H. Tribunal para la dictación de instrucciones de carácter general, aunque no necesariamente regulando actos o contratos que pudiesen contrariar la libre competencia⁸⁶.

⁸⁴ Velozo, J. y González, D., “Reflexiones en torno a Algunas de las Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. En H. TDLC, “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario” (2011), págs. 47-48.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ H. TDLC, Instrucciones de Carácter General N°5/2022, Capítulo II.B.6., p 43: *“una de las motivaciones que se ha tenido presente para dictar ICG respecto del mercado de tarjetas de pago,*

71. Según hemos visto a lo largo de esta presentación, la judicatura ha conocido acusaciones por colusión contra más de 200 médicos, a los que ha sancionado o respecto de los cuales ha aceptado condiciones arribadas en el marco de un acuerdo conciliatorio, ha disuelto una asociación gremial y ha formado un cuerpo jurisprudencial reiterado y consistente en torno a la ilegalidad de la determinación conjunta de condiciones comerciales por parte de médicos competidores. En el último caso conocido por el H. Tribunal en esta materia, los 111 médicos requeridos en *Cirujanos de la V Región* hicieron presente que *“la fijación de aranceles de referencia como el cuestionado en autos, es una práctica extendida entre asociaciones de profesionales”*⁸⁷.

72. Como señalamos en el acápite III.a., existen cerca de 80 asociaciones gremiales médicas a lo largo del país y la FNE sigue actualmente investigaciones que recaen sobre hechos que se vinculan a los ya conocidos por el H. Tribunal, que involucran a asociaciones gremiales que reúnen a cerca de 800 médicos.

73. La fiscalización permanente de las negociaciones que llevan adelante los prestadores médicos con las Isapres y su conformidad con el DL 211 no solo involucra altos costos de investigación para la FNE y para los particulares que deben aportar información en el contexto de dichas investigaciones. Los particulares, la FNE e incluso el H. Tribunal, deben también enfrentar los diversos y sustanciales costos en tiempo y recursos asociados a la litigación, tramitación y resolución de dichas causas, cada una de las cuales ha involucrado a un alto número de partes y a cientos de prestadores médicos⁸⁸. Todos estos costos se podrían evitar con la apertura de un procedimiento y posterior dictación por parte del H. Tribunal de las instrucciones de carácter general que se proponen, previniendo y corrigiendo con un alcance nacional la ocurrencia de actos ilícitos.

74. En este contexto, estimamos que es pertinente analizar si la apertura del procedimiento sugerido y la eventual dictación por parte del H. Tribunal de instrucciones de

ha sido que el Tribunal haya conocido en distintas ocasiones, de manera frecuente o reiterada, y por procedimientos contenciosos y no contenciosos, acerca de la industria”. Además, véase, H. TDLC, resolución de fecha 21 de diciembre de 2010 que da inicio a autos Rol NC 386-10, visto N°3 y considerando 2. Refiriéndose a esta última resolución, la doctrina ha sostenido “es del caso recordar que las resoluciones del TDLC que fundamentan la ICG N° 2/2012 tienen precisamente dentro de su motivación el hecho que el TDLC haya conocido en distintas ocasiones, y por procedimientos contenciosos y no contenciosos sobre “ofertas conjuntas” y llamadas on-net/off-net”. Regcom, “Informe en Derecho #26: Control Jurisdiccional de la Potestad Normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Materia de Telecomunicaciones” (2013), pág. 14.

⁸⁷ Escrito de contestación de los 11 médicos requeridos en causa tramitada ante el H. TDLC, Rol C 353-2018, pág. 25.

⁸⁸ Este costo puede ser especialmente relevante si se considera que, conforme ha resuelto el H. Tribunal, la FNE no puede dirigir su acción solo contra la entidad que reúne a los profesionales. Véase autos Rol C 322-2017.

carácter general que ilustren y difundan la ilegalidad de ciertos comportamientos constituye, según se dijo, una “*opción menos costosa socialmente que la reiteración de la imposición y medidas preventivas, correctivas o prohibitivas en casos particulares*”⁸⁹.

75. Por último, en relación con este punto, cabe destacar que la potestad de dictar instrucciones de carácter general tiene como límite el principio de tipicidad. En este sentido, se ha sostenido que las instrucciones de carácter general no pueden ampliar o complementar la definición del ilícito⁹⁰. Sin embargo, ello ciertamente no impide que el H. Tribunal especifique, ilustre o difunda los contornos del ilícito anticompetitivo y de ciertos comportamientos que se debe observar con el fin de prevenir la comisión de infracciones a la ley.

76. Por todo lo hasta aquí señalado, la FNE estima que se encuentra plenamente justificado y resulta absolutamente necesario que el H. Tribunal analice la apertura de un procedimiento tendiente a determinar la eventual conveniencia y términos de unas instrucciones de carácter general que reiteren que los prestadores médicos deben negociar y establecer en forma individual el precio al que ofrecen sus servicios a terceros, salvo que, excepcionalmente, exista una integración entre tales prestadores en forma previa, real y efectiva en sus operaciones, según los lineamientos que entregue el H. Tribunal. Para ello, y según veremos a continuación, puede resultar pertinente especificar los criterios o parámetros de conducta que los destinatarios de las instrucciones deberían tener en cuenta para evitar contravenir o poner en riesgo la normativa.

c. Necesidad y justificación de especificar los criterios o parámetros para la actuación conjunta de los prestadores médicos

77. Según destacamos al comienzo de este acápite, el H. Tribunal tiene la potestad de dictar instrucciones de carácter general para regular actos o contratos que *podieren atentar* contra la libre competencia, así como aquéllos que incrementan los riesgos de que estas infracciones se produzcan. En este sentido, el H. Tribunal ha resuelto:

⁸⁹ Velozo, J. y González, D., “Reflexiones en torno a Algunas de las Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. En: H. TDLC, “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario” (2011), pág. 48.

⁹⁰ Valdés, D., “Libre Competencia y Monopolio” (2010) pág. 682: “*el tipo universal antimonopólico o cualquier otro especial que se construyese al efecto no puede ser complementado por la potestad reglamentaria externa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pues ello conduciría a un verdadero tipo contravencional en blanco*”.

“Que es en este contexto en el que deben ser entendidas las Instrucciones de Carácter General de 2006 impartidas por este Tribunal, una de cuyas finalidades es la promoción de la competencia y la explicitación de criterios y parámetros de conducta que tienden a prevenir infracciones a las normas contenidas en el Decreto Ley N° 211”⁹¹.

78. El H. Tribunal ha señalado que esta función de las instrucciones de carácter general tiene especial importancia en mercados en que *“debido a sus características y estructura, existen riesgos de actuaciones anticompetitivas”*⁹². En el mismo sentido, la doctrina ha destacado que:

*“(...) las normas emitidas en ejercicio de la potestad en análisis deben ser entendidas como una regulación directa y continua para los agentes económicos que participan en los mercados donde, debido a su estructura y características, existen riesgos significativos de conductas anticompetitivas”*⁹³.

79. En este sentido, vale la pena destacar que la experiencia nacional y comparada ha mostrado que existen circunstancias en que la actuación conjunta por parte de dos o más prestadores médicos puede traer asociadas eficiencias, las que bajo ciertas condiciones pueden ser analizadas y contrarrestadas con los eventuales riesgos que éstas tengan para la libre competencia en los mercados.

80. Ya en *AM Patagonia* las requeridas hicieron presente que el objeto de la asociación fue, además de establecer las condiciones de los convenios, gestionar eficientemente la cobranza, administrar directamente el copago o desarrollar en conjunto con las Isapres un sistema para prevenir prácticas reñidas con la ética profesional⁹⁴.

81. Respecto a este argumento, el H. Tribunal señaló que estos propósitos eran todos lícitos desde el punto de vista de la libre competencia, pero que su existencia y licitud no purgaba en forma alguna la infracción a la libre competencia que es la voluntad conjunta de uniformar los precios entre la mayor cantidad posible de médicos⁹⁵. Considerando la experiencia comparada reseñada más arriba, puede señalarse que los acuerdos en precios no eran necesarios para alcanzar esas eficiencias o fines lícitos⁹⁶.

⁹¹ H. TDLC, Sentencia N°77/2008, considerando 16°. Énfasis Agregado.

⁹² Ibid.

⁹³ Velozo, J. y González, D., “Reflexiones en torno a Algunas de las Facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. En: H. TDLC, “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario” (2011), pág. 47.

⁹⁴ Escrito de contestación de los requeridos en causa tramitada ante el H. TDLC, Rol C 121-2006, pág. 6.

⁹⁵ H. TDLC, Sentencia N°74/2008, considerando 31°.

⁹⁶ DOJ y FTC, Statement of Antitrust Enforcement Policy in Healthcare, (1996). pág. 71.

82. En *Cirujanos de la V Región*, la asociación gremial requerida fue más lejos en su defensa, argumentando que los acuerdos de precios en los aranceles eran accesorios a un acuerdo que buscaba, en lo principal, alcanzar eficiencias. En efecto, sostuvo que el principal objeto de los convenios colectivos con las Isapres era reducir los costos de transacción que implican los convenios individuales, permitiendo el acceso de los médicos al mercado, aumentando la oferta, fomentando la competencia por calidad, aumentando la elección de los pacientes y reduciendo el riesgo de morbilidad⁹⁷. En este caso, el gremio sostuvo que todas estas eficiencias habrían sido imposibles de alcanzar sin la determinación de un precio uniforme. Si bien esta Fiscalía considera, en conformidad con la jurisprudencia comparada, que las alegadas eficiencias no justifican que un conjunto de médicos, que no tengan integradas en forma alguna sus operaciones, determine conjuntamente sus precios, debe de todas formas tenerse presente, según también se adelantó, que efectivamente pueden existir razones para analizar las eficiencias de un eventual acuerdo aun cuando éste pueda afectar precios.

83. En las bases de conciliación presentadas en ese caso, siguiendo la experiencia comparada reseñada más arriba, la FNE y las requeridas acordaron una excepción a la obligación que asumieron los médicos de no fijar aranceles en forma conjunta con otros médicos: que existiera una integración real y efectiva de sus operaciones.

84. Lo anterior es consistente con lo que ha resuelto el H. Tribunal que, al referirse a acuerdos entre competidores que “*permiten a las partes coordinar precios*”⁹⁸, sostuvo que excepcionalmente puede no aplicárseles la regla establecida en la letra a) del artículo 3° del DL 211, cuando existan motivos fundados para ello. La aplicabilidad de esta regla, sostuvo el H. Tribunal, es una cuestión tanto de hecho como de derecho⁹⁹, por lo que ciertos acuerdos deben someterse a un análisis de fondo que permita a las partes mostrar sus efectos en el mercado y probar que son, en balance, pro competitivos, cuando no existe en las autoridades de competencia una experiencia habitual que les permita derivar a su respecto conclusiones claras¹⁰⁰.

⁹⁷ Escrito de contestación de Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región en causa tramitada ante el H. TDLC, Rol C 353-2018, pág.27.

⁹⁸ H. TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 16.

⁹⁹ Ibid., párrafo 14.

¹⁰⁰ Ibid., párrafo 15. Resolviendo en el mismo caso, la Excm. Corte Suprema señaló, al referirse a acuerdos entre competidores que involucran precios, que “*se debe ser enfático en señalar que esta Corte no se opone a la aprobación de este tipo de acuerdos, empero, para que aquello ocurra se debe acreditar de manera contundente que existe un beneficio cierto que será traspasado a los consumidores y que el potencial riesgo que su naturaleza conlleva se neutraliza por las eficiencias sumadas a las medidas o condiciones de mitigación*”. Excm. Corte Suprema, sentencia de fecha 23 de mayo de 2019, Rol N°31.502-2018, considerando 25°.

85. Por todo lo anterior, la FNE cree pertinente analizar la conveniencia de instruir a los profesionales médicos los criterios o parámetros que éstos deben tener en cuenta para que los acuerdos que suscriban y que les permitan negociar conjuntamente aranceles no sean considerados contrarios a la libre competencia, pudiendo así demostrar que éstos producen eficiencias que superan sus riesgos.

86. Estos criterios o parámetros, estima la FNE, deben basarse en la experiencia comparada que hemos tratado en esta presentación. Esto permitiría, en definitiva, a los profesionales médicos que compiten entre sí, acreditar que un acuerdo que incluye la determinación conjunta de precios podría no ser contrario a la competencia en la medida en que considere una integración efectiva de sus miembros, compartiendo riesgos financieros sustanciales entre ellos o, alternativamente, asegurando por otro medio que colaborarán en la contención de costos y en mejorar la calidad en beneficio de ellos y de sus pacientes.

IV. LINEAMIENTOS PROPUESTOS

87. En base a lo hasta aquí señalado, y para el caso de que el H. Tribunal considere pertinente abrir un procedimiento tendiente a analizar la procedencia de dictar las instrucciones de carácter general que deberán seguir los prestadores médicos al momento de llevar adelante negociaciones con las Isapres, la FNE sugiere desde ya tener presentes los siguientes lineamientos:

- i) Que, por regla general, los médicos prestadores de salud deben negociar en forma individual los aranceles o precios a los que ofrecen sus servicios;
- ii) Que, excepcionalmente, los médicos prestadores de salud pueden coordinar sus acciones en la medida que exista una integración de sus operaciones;
- iii) Que, la integración a la que se refiere el literal anterior, debe ser una integración previa, real y efectiva, la que podrá alcanzarse compartiendo riesgos financieros sustanciales o por otros mecanismos que aseguren que los médicos cooperarán en forma efectiva en la contención de costos y en la mejora de la calidad;
- iv) Que la FNE difundirá debidamente entre las organizaciones médicas las instrucciones que el H. Tribunal eventualmente dicte;
- v) Que, cualquier acto o acuerdo que permita a dos o más médicos de una misma especialidad determinar precios en forma conjunta, debe ser informado a la FNE con al menos 60 días de anticipación a la fecha de su materialización, detallando

circunstanciadamente a los partícipes, así como los términos y condiciones pactados;

- vi) Que la obligación anterior no aplicará si la asociación o agrupación cumple con los requisitos copulativos para poder ser calificada como dentro de una “zona de seguridad”. Estos requisitos serían: (i) que los médicos miembros constituyan el 30% o menos de los profesionales de su especialidad específica en el mercado geográfico respectivo; y, (ii) que los médicos miembros compartan en forma previa, real y efectiva riesgos financieros sustanciales en los términos en que hemos revisado *supra*, a menos que concurran circunstancias extraordinarias;
- vii) Que se establezca una vigencia limitada en el tiempo de las instrucciones de carácter general, de no más de 5 años, considerando los posibles cambios que pudiere sufrir el mercado de la salud privada en el futuro cercano y las posibles variaciones en las circunstancias que han justificado esta solicitud de la FNE. Este plazo, estima la Fiscalía, debiera establecerse sin perjuicio de que este Servicio, un tercero o el propio H. Tribunal pueda estimar conveniente iniciar un nuevo procedimiento antes de tal plazo para disminuir o para extender su vigencia inicial.

POR TANTO, en virtud de lo expuesto y considerando lo establecido en el artículo 18 N°3 del DL 211;

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO: Dar inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del DL 211, para analizar la necesidad de dictar instrucciones de carácter general en materia de negociación y ejecución de convenios entre prestadores médicos e Isapres y, en caso de hacerlo, para determinar el ámbito y contenido de tales instrucciones, con miras a promover la libre competencia y evitar conductas contrarias al DL 211.

PRIMER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta en el Decreto Supremo N°158 del 11 de diciembre de 2018 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, mediante el cual se me nombra en el cargo de Fiscal Nacional Económico.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal se tenga presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en la presente gestión, con domicilio ya individualizado. Sin perjuicio de lo anterior, por este

acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión Víctor Santelices Ríos, Eduardo Aguilera Valdivia y Denise Jorquera Muñoz, todos de mi mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma conjunta, separada e indistintamente conmigo y con todos los apoderados de esta causa, quienes firman esta solicitud en señal de aceptación.