

Santiago, veintiocho de enero del año dos mil ocho.

Vistos:

En los autos ingresados a esta Corte bajo el N° 4052-07, el señor Fiscal Nacional Económico dedujo Recurso de Reclamación, en conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 27 del DFL N° 1 de Economía, del año 2005, que fija el texto actualizado de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, contra la sentencia N° 57/2007 pronunciada por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Mediante dicho fallo se rechazó el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Isapre ING S.A., Isapre Vida Tres S.A., Isapre Colmena Golden Cross S.A., Isapre Banmédica S.A. e Isapre Consalud, sin costas.

El procedimiento se inició mediante requerimiento de veintiséis de septiembre de 2005, presentado por el Sr. Fiscal Nacional Económico en contra de Isapre ING S.A., de Isapre Vida Tres S.A., de Isapre Colmena Golden Cross S.A., de Isapre Banmédica S.A. y de Isapre Consalud, por haber incurrido éstas en diversas prácticas atentatorias contra la libre competencia, que habrían tenido por objeto reducir los niveles de cobertura de los planes de salud ofrecidos por ellas, para lo cual se habrían coludido mediante la negativa a proporcionar otros con cobertura máxima 100/80.

En el requerimiento se expone que las requeridas, desde el año 2002, han coincidido en ofrecer planes de salud que cubren el 90% de las prestaciones hospitalarias y el 70% de las ambulatorias, pese a que hasta abril de ese año el 96,7% de los planes vendidos por ellas correspondía a la cobertura 100/80. Se expone que, desde mayo de 2002, se produjo una escalada de cambios simultáneos y uniformes que condujeron a que en marzo de 2003 estos últimos planes representasen el 7,5% de la venta total, lo que se explicaría en el contexto de una concertación que requiere de cierto monitoreo recíproco. El Sr. Fiscal sostuvo que, con antelación al retiro de los planes 100/80, las requeridas obtenían utilidades sobre el patrimonio del orden del 30% anual, de lo que deduce que tal estrategia sólo se explica como una colusión destinada a incrementar sus beneficios. Sobre el particular manifiesta que, en el período 2002-2004, las utilidades de las Isapres abiertas se incrementaron en veintinueve mil millones de pesos, lo que se explicaría por el importante aumento del llamado margen de

explotación (correspondiente a la diferencia entre ingresos de operación y costos de operación), en el que tiene directa influencia la calidad de los planes de salud. Así, indica que los ingresos de operación aumentaron en el mismo período en setenta y siete mil millones de pesos, lo que se explica íntegramente por el aumento en el valor promedio de los planes de salud, pues el número de cotizantes disminuyó en treinta mil personas. Finalmente, afirma que los hechos descritos configuran un atentado contra la libre competencia, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211, pues tal conducta supone reemplazar un producto por otro de igual precio pero de inferior calidad, estrategia que no resulta viable en un marco competitivo, a menos que acuerde con todos sus rivales seguir una misma fórmula. Termina solicitando que en definitiva se prevenga a las requeridas que deben poner término a las prácticas concertadas referidas, y que se sancione a cada una de ellas con una multa de diez mil Unidades Tributarias Mensuales, con costas.

Enseguida, consta que el Honorable Diputado don Patricio Walker Prieto y el abogado don Sergio Espejo Yaksic comparecieron en autos como terceros coadyuvantes de la requirente, por tener interés actual en los resultados del proceso dada su calidad de cotizantes de dos de las instituciones requeridas, solicitando que se disponga el fin de cualquier acuerdo que exista entre las requeridas para fijar precios u ofrecer condiciones de comercialización; que se les ordene modificar los contratos suscritos con sus cotizantes, desde la fecha del cambio de cobertura de los planes, sea retornando a una de 100/80 o bien rebajando proporcionalmente su precio; que se las sancione con el máximo de la multa permitida; y que se propongan a la Sra. Presidenta de la República las modificaciones legales o reglamentarias necesarias para impedir que las Isapres puedan modificar unilateralmente los planes de salud de sus afiliados, con costas.

Contestando el requerimiento, ING solicitó su rechazo, con costas, fundada en que se basa en una incorrecta percepción del funcionamiento del mercado de los seguros de salud. Asegura que la introducción del copago para las prestaciones hospitalarias es una forma de eliminar el problema del "riesgo moral", pues el beneficiario de los planes sin copago no tiene incentivos para discriminar entre los gastos de salud que son necesarios, de aquellos que no lo son; comportamiento que condujo a un uso abusivo del sistema de salud y, consiguientemente, al borde de la insolvencia al conjunto de las Isapres. Argumenta que antes del lanzamiento de los planes 90/70 éstas enfrentaban una recesión generalizada, una importante migración del sistema público al privado, un

aumento de la siniestralidad (entendido como los gastos que estas instituciones deben realizar por licencias médicas y prestaciones de salud) y un margen operacional decreciente. Arguye que, desde julio de 2000, incorporó en todos los contratos la llamada "Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas", que en el año 2001 inició la comercialización de "Planes Médicos de Cabecera", y que desde el 2002 potenció los planes con prestadores preferentes y los de copago fijo, factores que propiciaron que los de cobertura 100/80 fueran perdiendo importancia relativa; niega que la introducción del sistema de copago perjudique al consumidor; añade que mantuvo los planes de salud con cobertura 100/80 a sus afiliados que así lo desearan y que continuó ofreciendo esta clase de planes hasta fines de 2002; asevera que es falso que las Isapres hayan tenido rentabilidades excesivas; que el análisis efectuado por la Fiscalía en esta materia es errado, pues su cálculo en base al patrimonio es inadecuado para una industria como la suya, tan poco intensiva en capital, y que, por el contrario, un índice idóneo para este fin es uno de margen. Aduce que el mercado relevante en la especie es el de los seguros de salud en general, que se otorgan a cambio del pago de cotizaciones de salud que los trabajadores deben efectuar obligatoriamente, en el que se distingue un segmento público (conformado por Fonasa) y otro privado (integrado por las Isapres), del que su parte sólo tiene un 3,7%, por lo que no detenta poder de mercado. Sobre este particular alega que Fonasa constituye el actor dominante del mercado, circunstancia que lo lleva a concluir que no es posible sustentar un acuerdo colusorio como el imputado que no involucre a dicho fondo. Indica que durante el período cuestionado existió una fuerte competencia entre las requeridas, lo que se demuestra por la variación que habrían experimentado sus participaciones de mercado; que el aumento del ingreso operacional de las mismas se debe a diversos factores que detalla y, por último, alega que en la especie no se configura el tipo establecido en el artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211, pues no se ha acreditado la concurrencia de los elementos que lo configuran y que existe más de una explicación razonable para la conducta que se reprocha.

A su vez, contestando el requerimiento, Banmédica solicitó su rechazo y, en subsidio, que se reduzca prudencialmente la sanción solicitada, fundada en que no se ha coludido y que no concurren en la especie los requisitos copulativos previstos en el artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211 sobre la materia. Manifiesta que el mercado relevante en este proceso es el de la salud en Chile, que incluye tanto el segmento privado como el público, precisando que Fonasa es

el principal competidor en él. Sostiene que el producto “plan de salud” es complejo y su principal diferenciación residiría en los topes máximos de bonificación y no en las coberturas de carátula. Afirma que la Fiscalía plantea su denuncia de colusión sobre la base de uno solo de los siete elementos que comprende el plan de salud: concertación, que en ese supuesto, no tendría efectos sobre la competencia; explica que en 2001 comenzó a ofrecer los planes “Vida Integra” (que no pueden calificarse ni como 100/80 ni como 90/70), que durante 2002 inició la comercialización de los planes 90/70 en Santiago y luego en regiones, y que entre los años 2002 y 2003 discontinuó los de cobertura 100/80, en tanto que Colmena Golden Cross vendía planes 90/70 desde 2001 y Consalud sólo comenzó a hacerlo en 2003. Aduce que en este sector no existen secretos industriales puesto que se produce una constante observación mutua entre los competidores, destacando que las conductas paralelas no son contrarias a la libre competencia por sí mismas; agrega que la mejoría en la rentabilidad de las Isapres no se debió al empeoramiento de las prestaciones de salud, que la rentabilidad de su parte es normal para la industria del seguro y que su cálculo no debe hacerse sobre el patrimonio contable y que, de utilizarlo, debe incorporarse a él la cartera de afiliados, concluyendo que en este evento su rentabilidad asciende (para el año 2004) a un 11%.

Respondiendo el requerimiento de la Fiscalía, Vida Tres expuso que existe una alta movilidad en la población que cotiza en el sistema de salud privado, así como un importante flujo entre Isapres y Fonasa, debido al alto grado de sustitución entre las prestaciones de unas y otra, lo que a su juicio inhibe cualquier maniobra monopólica por parte de las Isapres. Añade que, el de marras, es un mercado desconcentrado, donde su representada participa con un 1.0%, en el que todos los productos son fácilmente imitables y que en él no hay barreras a la entrada. Manifiesta que el cambio en la cobertura de los planes de salud se trató de un proceso paulatino que duró más de dos años, reconociendo que su parte y Banmédica comenzaron a vender planes de cobertura 90/70 en mayo de 2002, y que Colmena ya los comercializaba desde el año 2001. Afirma que el crecimiento y decrecimiento de la participación de mercado de las requeridas, la variación del mismo índice relativo a Isapres Más Vida, Promepart y Normédica (que no fueron requeridas), así como el hecho de que la movilidad de cotizantes entre las requeridas y la tasa de rotación de afiliados no hayan mostrado variaciones importantes desde 2002, son indicios incompatibles, a su juicio, con la existencia del acuerdo colusorio imputado. Arguye que entre 1997 y 2001 el resultado

operacional de la industria de que se trata y sus utilidades eran negativos o muy bajos, derivado de un incremento en el gasto en salud, por lo que, asegura, el cambio de cobertura de los planes fue parte de una estrategia para hacer viable a la industria. Alega, al igual que en las anteriores contestaciones, que no resulta idóneo utilizar el patrimonio contable como factor para calcular la rentabilidad de las Isapres. Expone que en el período 2002-2004 aumentaron los ingresos de las requeridas, pese a que el gasto en salud por afiliado aumentó en un 9,7%, lo que se explica por diversos factores distintos del que es objeto de autos, entre otros por la disminución en los gastos en subsidio por incapacidad laboral y en administración. Alega que el copago no significa necesariamente una reducción de la cobertura real de un plan de salud, y que nunca ha existido en el sistema de salud privado nacional un plan que reembolse la totalidad de las prestaciones médicas hospitalarias. Señala que la modificación de la cobertura tantas veces citada redujo el crecimiento del gasto en salud, aunque las coberturas reales tuvieron sólo un ajuste marginal, y que, además, se detuvo la migración de afiliados al subsistema público. Aduce finalmente que ninguno de los elementos de la norma infraccional en que se funda el requerimiento concurre en la especie y solicita, en consecuencia, que se rechace el requerimiento o, en subsidio, que se rebaje sustancialmente el valor de la multa solicitada.

Al contestar, Consalud expuso que el mercado relevante, en relación a lo discutido en autos, corresponde al de los seguros de salud en que operan las Isapres y Fonasa, así como otras entidades previsionales del sector público y compañías de seguros privadas que no son Isapres, que otorgan cobertura de salud por la parte de las prestaciones no cubiertas por estas últimas. Añade que los planes de salud constituyen un tipo especial de contrato de seguro, cuya prima debe calcularse con los principios técnicos del seguro. Indica que las reglas propias de esta clase de contratos y las fuerzas del mercado condujeron a las Isapres a elevar el precio al que estaban dispuestas a dar cobertura 100/80, y que los afiliados demandaron paralelamente un producto similar con un menor precio y un mayor copago, cual fue el plan 90/70, hallándose su parte imposibilitada de mantener indefinidamente para nuevos afiliados la oferta de planes 100/80, por restricciones en la masa crítica de clientes. Explica que los planes con cobertura 100/80 generan incentivos perversos de sobre utilización de servicios de salud, lo que motivó la introducción de copagos. Agrega que durante seis meses observó que mantener su política de comercialización de planes 100/80 no le significó aumentar sus ventas de nuevos planes y que, por el contrario, frente al aumento

de precio de los planes 100/80 un grupo importante de sus afiliados emigró a Fonasa o solicitó planes con mayor copago y menor precio. Manifiesta que los incentivos para coludirse en el mercado en examen son muy pequeños, que en él no hay barreras jurídicas a la entrada de nuevos competidores y que se observa una tendencia a la concentración de las Isapres, lo que demostraría que se está llegando a un equilibrio. Expone que la Fiscalía calcula la rentabilidad de un modo erróneo y que no se ha acreditado la existencia de utilidades sobre las normales en la industria. Asegura que nuestra legislación no sanciona las conductas concientemente paralelas, pues exige la existencia de un acuerdo, y precisa que en un mercado oligopólico, como el analizado, se producen frecuentemente y de manera natural conductas imitativas, que nada tienen de ilegales. Afirma que si un hecho es compatible tanto con la colusión como con la competencia, no existe una presunción grave y precisa de colusión, que las conductas en que se funda el requerimiento son compatibles con un mercado en competencia y que el paralelismo invocado no es suficiente para acreditar la concertación. Finalmente, pide rechazar el requerimiento, con costas.

Por su parte, evacuando el traslado conferido, Colmena Golden Cross expuso que son falsos los hechos en que se funda. Explica que los planes con cobertura 100/80 provocan una sobre utilización de los beneficios, motivo por el cual ya en abril de 2000 volvió a introducir planes con una cobertura inferior. Explica que, por las diversas razones que señala, su parte optó por modificar los beneficios en lugar de incrementar el precio base de los planes de salud, de lo que deduce que la modificación de la cobertura de carátula de sus planes corresponde a una respuesta racional y justificada frente a las condiciones del mercado. Niega formar parte de un acuerdo colusorio. Sostiene que la similitud en la tendencia de la oferta de los planes 90/70 se explica por la existencia de conductas imitativas en este mercado, y añade que, después de iniciado el supuesto acuerdo, su parte introdujo nuevos planes 100/80, lo que descarta su existencia. Añade que sus utilidades se incrementaron en el período 2002-2004 por razones ajenas al retiro de los planes 100/80, en tanto que, asevera, se ha producido un aumento constante de los egresos por gastos médicos. Niega que las requeridas ostenten una posición de dominio en el mercado relevante, por lo que, sostiene, no concurre la exigencia legal de abuso de la posición de dominio. Termina pidiendo el rechazo del requerimiento, con costas.

El Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia trajo los autos en relación y en la sentencia, que rola a fojas 5471 y siguientes, rechazó el

requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica y lo solicitado por sus terceros coadyuvantes.

A fs. 5587 la Fiscalía Nacional Económica dedujo reclamación en contra de la sentencia individualizada más arriba y pidió que este Tribunal la enmiende, haga lugar al requerimiento, condene a cada una de las demandadas al pago de una multa ascendente a diez mil Unidades Tributarias Mensuales, o a la que se regule, y se les prevenga que deben poner término a los acuerdos en materia de cobertura de planes de salud, con costas.

A fs. 5615 se trajeron los autos en relación.

Considerando:

1º) Que la reclamación deducida por la Fiscalía Nacional Económica se basó en que, como lo resaltó el voto de minoría de la sentencia reclamada, para sancionar los ilícitos colusivos basta la concurrencia de dos exigencias, cuales son la existencia de un acuerdo y el efecto negativo actual o potencial respecto de la competencia, en relación a los cuales se encuentra indudablemente acreditada la existencia de diversos hechos que detalla. Así, respecto de las condiciones habilitantes de la colusión, manifiesta que está probado que el mercado relevante es el de la oferta de planes privados de salud por parte de Isapres abiertas; que en este mercado la demanda está cautiva; que existen significativas barreras a la entrada de nuevos competidores; que hay un reducido número de competidores; que entre las requeridas se producen frecuentes y formalizados intercambios de información por medio de su Asociación Gremial; y que existe información de fácil acceso para el conjunto de las Isapres requeridas. Asimismo, destaca que se demostró una serie de hechos reveladores de la conducta colusoria, a partir de los que se infiere, a su juicio, la existencia del acuerdo denunciado entre las requeridas. Así, se refiere a la simultaneidad en el inicio de la sustitución de los planes, al notorio paralelismo en el ritmo de sustitución aludido y a la aguda disminución en la intensidad de competencia, revelada por la disminución coincidente de los gastos de publicidad y de fuerza de ventas y de los topos o límites efectivos de cobertura. El reclamante expresa que tales hechos sólo pueden ser explicados por la existencia de un acuerdo entre las demandadas, sin que los sentenciadores hayan podido presentar una exclusiva explicación alternativa a la colusión, que se haga cargo de todos esos elementos y los explique en un ambiente de competencia. Añade, además, que de ser efectiva la explicación sostenida por las requeridas, en cuanto a que la rebaja en la cobertura de carátula correspondería a un sinceramiento de la cobertura efectiva, tal

actuación conjunta revela por sí misma la existencia de una colusión. Asevera que los falladores, después de aplicar en su razonamiento los parámetros propios de la prueba apreciada según la sana crítica, no hicieron coincidir dicho análisis, sin embargo, con la única conclusión que del mismo emana, cual es la de dar por establecida la existencia de la colusión denunciada. Añade que cualquiera sea el sistema de prueba que se emplee, los sentenciadores siempre han de llevar sobre sí cierto grado de incertidumbre acerca de si la realidad constatada en un proceso corresponde o no a la verdad real, lo que en modo alguno puede inhabilitarlos para dictar la sentencia que corresponda, como debió ocurrir en la especie.

Finalmente, la reclamante solicita enmendar la sentencia de que se trata y en definitiva hacer lugar al requerimiento, con costas, condenando a cada una de las requeridas al pago de una multa ascendente a diez mil Unidades Tributarias Mensuales, o a la que se fije, y se les prevenga que de inmediato deben poner término a los acuerdos o prácticas concertadas en materia de cobertura de planes de salud;

2º) Que la Fiscalía Nacional Económica formuló requerimiento en contra de Isapre ING S.A., Isapre Vida Tres S.A., Isapre Colmena Golden Cross S.A., Isapre Banmédica S.A. e Isapre Consalud fundada en que éstas habrían incurrido en diversas prácticas atentatorias contra la libre competencia, que habrían tenido por objeto reducir los niveles de cobertura de los planes de salud ofrecidos por ellas, para lo cual se habrían coludido mediante la negativa a proporcionar otros con cobertura máxima 100/80;

3º) Que el **artículo 3º** del D.F.L. N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, estatuye que “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:... **a)** Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”;

4º) Que en sus motivaciones vigésimo sexta, trigésima primera y trigésima tercera, la sentencia objetada, fija acertadamente, a juicio de esta Corte, las condiciones que deben concurrir para sancionar una conducta como la denunciada, al indicar que debe acreditarse la existencia de un acuerdo entre competidores, su incidencia en algún elemento relevante de competencia; y que él permita a sus participantes abusar del poder de mercado que por su intermedio puedan alcanzar, mantener o incrementar, precisando que si bien la cobertura de carátula es sólo uno de los elementos que componen un plan de salud, nada obsta a que las requeridas hubieren podido coludirse en sólo uno de tales elementos y que de acreditarse su existencia, dicha conducta sería contraria a la libre competencia;

5º) Que, a continuación, el fallo impugnado comienza su análisis definiendo, en la motivación quincuagésima tercera, como mercado relevante para los efectos de este proceso, aquél conformado por los segmentos de cotizantes que perciben una nula o suficientemente baja sustitución entre la oferta de planes de salud de las Isapres abiertas y la oferta de Fonasa, de forma tal que, en relación a este grupo, podría ser rentable para un colectivo de Isapres abiertas aumentar en forma no despreciable ni transitoria el precio, o bajar la calidad de los planes de salud ofrecidos por ellas, sin que tal actuación suponga un éxodo de cotizantes hacia Fonasa, lo que incluiría, con elevada probabilidad, a segmentos mayoritarios de cotizantes con ingresos imponibles mensuales superiores a \$400.000.-, quienes no percibirían a Fonasa como un sustituto relevante de los seguros de salud ofrecidos por las Isapres abiertas. En el fundamento quincuagésimo quinto precisa que el análisis que efectuará en lo sucesivo considerará, sin embargo, al total de cotizantes en el sistema de Isapres abiertas;

6º) Que enseguida, la sentencia reclamada indaga en la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores, concluyendo correctamente en el razonamiento sexagésimo quinto que ellas existen, que constituyen elementos estructurales del mercado relevante y que, en el hecho, han inhibido o retardado la entrada oportuna y en escala importante de nuevos competidores;

7º) Que, sin embargo, el análisis que en lo sucesivo efectúa el fallo que se revisa está constituido por una serie de hipótesis y suposiciones marcadas por la incertidumbre de los razonamientos y por una constante fluctuación de los pareceres. Así, se señala que tales barreras de entrada otorgaron a los competidores actuales una ventaja competitiva que "permitiría" establecer como una hipótesis plausible la existencia de la colusión reprochada (consideración

sexagésima quinta); que “sería” posible atribuir a las requeridas una posición dominante conjunta en el mercado (fundamento sexagésimo sexto); que en éste se aprecia una serie de factores que “podrían” ser compatibles con un acuerdo colusorio (motivación sexagésima novena), añadiendo en los razonamientos septuagésimo cuarto y septuagésimo quinto, empero, “que concurren otros factores que podrían descartar” la existencia de la concertación aludida (así, las diferentes participaciones de mercado de las requeridas en los distintos tramos de ingresos de cotizantes, que “podrían” desincentivar su participación en el mentado acuerdo, y la existencia de información de fácil acceso para el conjunto de las requeridas, que “haría” posible un paralelismo como el descrito). Enseguida, expresa que la cobertura de carátula “podría” ser un elemento muy importante al momento de elegir un plan de salud, lo que “hace posible que pueda existir” un acuerdo solo a su respecto, no obstante lo cual, la existencia de numerosos planes y de diversos elementos que determinan la cobertura efectiva, “indudablemente dificultan la implementabilidad y monitoreo” de su cumplimiento (reflexión septuagésima séptima), pese a lo cual en el basamento siguiente añade que un acuerdo relativo a solo un atributo del plan de salud puede ser mutuamente beneficioso para las requeridas, precisando que de referirse él a la cobertura de carátula, se “favorecería el monitoreo” de su cumplimiento;

8º) Que dichas prevenciones continúan más adelante, pudiendo destacar sobre el particular lo que expone al sostener que la transparencia del mercado “permitiría el monitoreo” de un acuerdo, pero que a la vez ello es compatible con la hipótesis de que un nuevo equilibrio de mercado pueda lograrse “sin que necesariamente sea consecuencia de un acuerdo” (fundamento septuagésimo noveno); luego, expresa, examinando la primera defensa de las requeridas relativa a las razones que motivaron la modificación de la estructura de comercialización de los planes de salud (consistente en una respuesta natural a un período de crisis de la industria), que si bien existen antecedentes que “atenúan parcialmente su validez, tampoco ha sido acreditado lo contrario” (reflexión nonagésima tercera); expresa a continuación que, en opinión del tribunal, “no existen antecedentes suficientes que permitan descartar la posibilidad” el término de los planes 100/80 pueda haber estado motivado por la intención de las requeridas de disminuir los problemas asociados al denominado “riesgo moral”, “selección adversa” y “demanda inducida” (consideración centésima); enseguida expone que en el período que media entre mayo de 2002 y febrero de 2003 se implementó “en forma intensiva el proceso de sustitución entre los planes 100/80 y 90/70”, pese a

lo cual, y en opinión del tribunal, la “aparente sincronía observada no permite descartar la posibilidad” de que ella pudo haber sido resultado de un proceso de competencia estratégica y no necesariamente fruto de un acuerdo colusorio entre las requeridas. Añade que tal sincronía pudo obedecer a un proceso sustantivo de ajuste, el que probablemente involucraba, a su juicio, expectativas de efectos financieros relevantes (razonamiento centésimo noveno); sin embargo, en el juicio siguiente, expresa que si bien la coincidencia en la decisión inicial de ofrecer planes 90/70 “podría ser el resultado” de la interdependencia oligopolística de las Isapres, “no puede descartarse” que la correspondencia manifiesta en la intensidad y en las variaciones de intensidad con que fueron sustituidos los planes, “podría ser consecuencia de un acuerdo” entre las requeridas (consideración centésima décima);

9º) Que continuando con el examen de los antecedentes, el fallo expresa, enseguida, que en autos “no hay prueba de que lo que ocurrió haya sido consecuencia de una interdependencia oligopolística, pero que tampoco la hay suficiente de que haya ocurrido la hipótesis contraria”, esto es, que la Isapres se hayan coludido y que, “pese a estimar posible que las requeridas se hayan coludido”, no se ha formado convicción suficiente sobre este punto (reflexión centésima decimasexta);

10º) Que más adelante señala que los antecedentes mencionados en los fundamentos precedentes (vinculados al comportamiento del gasto real en publicidad y en remuneraciones del personal de ventas) “podrían ser, en principio, compatibles” con una hipótesis de concertación, especialmente durante el año 2002; sin embargo, también es posible pensar en un conjunto de “otros factores relevantes que podrían adicionalmente condicionar los niveles óptimos de estos gastos y sobre los cuales no existe información alguna en autos”. Por lo mismo, añade que “no es posible concluir en forma categórica” que las similitudes de comportamiento observadas en los gastos de publicidad y personal de ventas “sean necesariamente una consecuencia del alegado acuerdo colusorio” (fundamento centésimo vigésimo cuarto); seguidamente expone que en las inmediaciones del año 2003 las requeridas muestran un comportamiento disímil respecto del grupo de las no requeridas (en cuanto al gasto en personal de ventas), “asimetría que podría ser consistente” con una reducción en la intensidad de competencia e incluso compatible con la hipótesis de colusión, “pese a lo cual estima” que lo anterior “no permite concluir que tal comportamiento se deba necesariamente” a un acuerdo entre las requeridas (basamento centésimo

vigésimo noveno); y, finalmente, expone que los indicios de falta de competitividad en las dimensiones que menciona (razonamiento centésimo trigésimo cuarto) “podrían deberse” a un acuerdo colusorio “pero que también podría explicarse” por un paralelismo que no sea fruto de la colusión o por un aumento del costo de salud;

11º) Que las disquisiciones citadas en los cuatro fundamentos que anteceden, aparecen revestidas de una imprecisión y de una falta de certeza impropia de los razonamientos que deben fundar las resoluciones que adopten jueces de la República. En efecto, tales declaraciones resultan vagas, equívocas, contradictorias y poco esclarecedoras al momento de definir si, efectivamente, existe el acuerdo colusorio denunciado en autos. No basta con mencionar la concurrencia de elementos que, eventualmente, podrían servir para establecer ese punto de hecho, sino que es preciso determinar certeramente si ellos acreditan o no dicha circunstancia.

12º) Que dicha convicción se echa de menos en el fallo que se examina, el que, por el contrario, discurre en torno a potencialidades inciertas que podrían conducir en un sentido o en otro, lo que obliga a desestimar sus fundamentos y lleva a esta Corte a dejar establecido, con claridad y certeza, que los medios de prueba agregados al proceso son insuficientes para demostrar la existencia de la colusión imputada por la Fiscalía Nacional Económica a las Isapres requeridas;

13º) Que, en efecto, de los diversos antecedentes que constan en autos se desprende que la coincidencia temporal habida tanto en relación al inicio en la venta de los planes de salud con cobertura 100/80 como en lo referido a la simultaneidad en la gradualidad con que se llevó a cabo, puede ser explicada sea por una eventual concertación entre las Isapres requeridas, sea por la competitividad y características propias del mercado en examen.

Es asimismo, en un mercado como el de autos, los participantes se encuentran sometidos a una intensa y permanente vigilancia recíproca, que se realiza con el fin de minimizar las ventajas que alguno de ellos pudiere obtener en perjuicio de los otros, conducta que resulta incompatible con la colusión denunciada, a la vez que congruente con los hechos de que se trata;

14º) Que, de este modo, no existe una justificación única que explique la existencia de la conducta paralela que se dio por establecida, sino que, por el contrario, cualquiera de las razones anotadas precedentemente permite, por sí misma, comprender su mecanismo y explicar las razones por las que se produjo dicha simultaneidad;

15º) Que, de esta manera, aparece con nitidez que la prueba de presunciones con que se pretende demostrar la existencia de la colusión de que se trata, no es directa puesto que el hecho a que se refiere puede ser explicado por diversas razones.

Sin embargo, para que la probanza en cuestión pueda producir pleno valor probatorio, es menester que reúna la indicada exigencia de ser directa, y como ello no sucede en la especie, forzoso es concluir que resulta inhábil para demostrar la mentada concertación;

16º) Que, en estas condiciones, sólo cabe afirmar que la concurrencia de más de una hipótesis para explicar la conducta reprochada impide a esta Corte arribar a una conclusión indubitada en cuanto a la colusión que, se dice, habría regido la sustitución de la cobertura de carátula de los planes de salud; motivo por el cual, al no haberse adquirido la plena convicción de que tal situación legalmente reprochable se produjo, el recurso de reclamación no puede prosperar y debe ser rechazado.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 1, 2, 3, 18, 19, 22, 26 y 27 del D.F.L. N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973, publicado en el Diario Oficial con fecha 07 de marzo de 2.005, se declara:

Que **se rechaza** el recurso de reclamación interpuesto por la parte requirente de la Fiscalía Nacional Económica, mediante la presentación de fs. 5587, contra la sentencia N° 57/2007 del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de doce de julio recién pasado, escrita a fs. 5471 y siguientes.

Acordada contra el voto de los ministros señores Oyarzún y Pierry, quienes estuvieron por acoger el recurso de reclamación interpuesto en contra de la sentencia del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de 12 de julio de 2007, y acoger el requerimiento formulado por el señor Fiscal Nacional Económico, sancionando a ISAPRE ING S.A.; ISAPRE VIDA TRES S.A.; ISAPRE COLMENA GOLDEN CROSS S.A. e ISAPRE BANMÉDICA S.A., en atención a las siguientes consideraciones:

PRIMERO: Que, a juicio de los disidentes, existió entre cuatro de las instituciones requeridas práctica concertada para restringir la competencia y poder disminuir los beneficios otorgados en sus planes de salud, reduciendo los porcentajes de cobertura de los planes y sus topes máximos;

SEGUNDO: Que en su opinión, se encuentra acreditado en autos, que se trata de un mercado con una demanda cautiva con importantes barreras de entrada a

nuevos competidores, y con un reducido número de actores, todo lo cual se consigna en la sentencia recurrida;

TERCERO: Que, para ellos, consta asimismo que entre las requeridas existe frecuente intercambio de información, la que es además de fácil acceso para ellas;

CUARTO: Que estiman comprobado que se produjo entre Isapre ING S.A.; Isapre Vida Tres S.A.; Isapre Colmena Golden Cross S.A. e Isapre Banmédica S.A. una simultaneidad en el comienzo de la sustitución de planes, con un evidente paralelismo en el ritmo del reemplazo de dichos planes, unido a una notoria disminución en la intensidad de la competencia entre los actores, reflejado en la reducción de los gastos de publicidad y fuerza de ventas; hechos que considerados en conjunto sólo pueden ser explicados por la existencia de un acuerdo entre las cuatro Isapres requeridas mencionadas;

QUINTO: Que, al parecer de la minoría, la sustitución de los planes de salud de 100/80 por 90/70 y la disminución de los topes máximos de cobertura, no pueden explicarse por un paralelismo que no sea fruto de colusión o por un aumento del costo de salud enfrentado disminuyendo la calidad del plan, ni por un descenso de la rentabilidad por un incremento de la tasa de siniestralidad;

SEXTO: Que tampoco aparece para los disidentes como justificada la conducta de las requeridas basada en la incertidumbre regulatoria, ya que los costos que tendrían para cada Isapre las reformas propuestas para el sistema de salud se presentaban en ese momento como inciertos tanto para el conjunto como para cada una de las Instituciones en particular, por lo que no resulta justificable la extrema coincidencia de las medidas tomadas;

SEPTIMO: Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del Decreto Ley N° 211, basta para configurar el ilícito allí sancionado el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que hayan producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes económicos permita alcanzar, mantener o incrementar sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona;

OCTAVO: Que el requisito de acuerdo o prácticas concertadas entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta conforme lo establece el artículo 22 inciso segundo del Decreto Ley N° 211, todo lo cual guarda relación con la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica establecido en el inciso final del artículo mencionado.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Gálvez.

Nº 4052-2007.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y Sra. Sonia Araneda.
Santiago, 28 de enero de 2008.

Autorizado por la Secretario subrogante de esta Corte Sra. Carola Herrera B.