

Santiago, veintinueve de diciembre de dos mil ocho.

Vistos:

En estos autos ingreso Corte **N°5937-08**, los abogados Carla Bordoli Calcutta y Rafael Collado González, en representación de cada uno de los requeridos en estos autos, dedujeron recurso de reclamación, a fojas 1448, en contra de la sentencia N°74/2008, de dos de septiembre del año en curso, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por la que se acogió el requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica, sólo en cuanto se declaró que incurrieron en infracción a las normas de defensa de la libre competencia mediante la suscripción de un acuerdo de precios para prestaciones de diversas especialidades médicas y se les condenó a cada uno a pagar una multa a beneficio fiscal de quince unidades tributarias mensuales, con excepción del requerido don Marco Antonio Olgún Contreras, a quien se le condenó a pagar una multa de treinta unidades .

La conducta perseguida dice relación con un acuerdo expreso de precios por el cual se buscó alcanzar un poder de mercado que se habría ejercido con abuso, lo que configura la infracción al artículo 3 letra a) del Decreto Ley N°211, siendo el mercado relevante para estos efectos, el de los servicios otorgados, por médicos especialistas, a usuarios del sistema privado de salud, en la ciudad de Punta Arenas.

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) efectuó, en su oportunidad, un requerimiento respecto de 74 de los 84 médicos de la ciudad de Punta Arenas acusados de suscribir un acuerdo expreso de precios para prestaciones médicas de distinta especialidad, para lo cual, previamente formaron una sociedad denominada "AM Patagonia S.A." (Ampatagonia) y establecieron un arancel que materializaba este acuerdo de precios el que se demostró que era vinculante para los requeridos o pretendía serlo, sin que obste a esta conclusión el hecho que ciertos accionistas no lo respetaran o que existiera alguna dispersión en los precios en determinadas prestaciones.

El Tribunal estimó que el acuerdo materia del requerimiento era apto para lesionar la libre competencia, al menos en el corto plazo, para algunas especialidades "a las que pertenecen los 74 médicos sancionados", esto es, aquellas primarias respecto de las cuales el acuerdo concertó el 100% o una proporción significativa de los médicos que la ejercían en Punta Arenas, esto es, neurocirugía, neurología infantil, otorrinolaringología, anestesiología, cirugía general, cirugía infantil, neurología, obstetricia y ginecología, ortopedia y traumatología, pediatría y urología, pues el arancel impugnado tuvo como efecto incrementar los precios enfrentados por los usuarios del sistema privado de salud, por las prestaciones médicas otorgadas por los médicos requeridos.

En lo que hace a la conducta atribuida a los requeridos, el Tribunal deja establecido que para configurarla se requiere acreditar, como ha sucedido en estos autos, la existencia del acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de la competencia, además, de su aptitud objetiva para

producir un resultado contrario a la libre competencia sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, siendo suficiente que el hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado.

Para los efectos de la determinación de la cuantía de las multas, el Tribunal tuvo en consideración, por una parte, el beneficio económico obtenido por la infracción sobre la base del incremento en los precios que tuvieron que enfrentar los usuarios del sistema privado en el período durante el cual se habría aplicado el Arancel, esto es, entre mayo de 2005 -fecha de las renunciaciones masivas a los convenios individuales- y mayo de 2006 -fecha a contar de la cual se volvieron a suscribir tales convenios por parte de los requeridos, determinando, entonces, y por aplicación de una proyección simple de la información obtenida, un beneficio aproximado de \$25.000.000 por concepto de mayores copagos. En seguida, consideró la gravedad de la conducta, propia de la colusión, la que sin embargo, en este caso estimó atenuada porque: (a) los requeridos habrían eliminado o limitado los efectos de la infracción por medio de la transformación de la sociedad Ampatagonia en una sociedad de responsabilidad limitada, con reducido número de socios; (b) porque, además, la asociación impugnada tendría, además, otros objetivos lícitos desde el prisma de la libre competencia, como el mejoramiento de la gestión de cobranza; y, (c) los médicos requeridos, si bien consintieron voluntariamente en el acuerdo, adoptaron resguardos acerca de la licitud de su actuar desde el punto de vista de la libre competencia, consultando especialistas y autoridades al respecto, lo que revela un cierto grado de diligencia.

En relación con los requeridos señores Bustos Vera y Margoni Altamirano fueron absueltos, pues no se probó su calidad de instigadores del acuerdo imputado, sin perjuicio de la responsabilidad profesional que pudiere caberles.

Por último, se dejó asentado en el fallo que este acuerdo de precios cesó formalmente y que la sociedad Ampatagonia redujo sustancialmente su número de socios de manera que actualmente no constituye un riesgo para la libre competencia.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, previo a entrar a analizar el reclamo en estudio, valga señalar que, como se dijo en la parte expositiva, por la sentencia reclamada se ha sancionado a los requeridos por haber incurrido en la práctica de conductas contrarias a la libre competencia consistentes en suscribir un acuerdo de precios para prestaciones de diversas especialidades médicas, para lo cual, previamente, formaron la sociedad "AM Patagonia S.A." (Ampatagonia) y establecieron un arancel lo que importa una infracción a lo dispuesto en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N°211;

Segundo: Que el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró que el acuerdo materia del requerimiento era apto para lesionar la libre competencia, al menos en el corto plazo, para algunas especialidades "a las que pertenecen los 74 médicos sancionados", pues el arancel impugnado tuvo como

efecto incrementar los precios enfrentados por los usuarios del sistema privado de salud, por las prestaciones médicas otorgadas por los médicos requeridos;

Tercero: Que el referido artículo 3 del Decreto Ley 211 prescribe: “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.”

Cuarto: Que siempre a efectos de analizar la presente reclamación, útil resulta consignar los hechos que se han dado por establecidos por la sentencia, en lo pertinente, a saber:

a) “existió un acuerdo en los precios de las prestaciones médicas por especialidades entre los médicos requeridos de autos (considerando quinto y además, este hecho aparece reconocido por los requeridos al contestar);

b) “el Arancel sólo contemplaba valorización de prestaciones médicas asociadas a determinadas especialidades sin incluir prestaciones de medicina general ni oftalmología, ni la subespecialidad broncopulmonar;

c) los médicos accionistas de AM Patagonia tenían prohibido, de acuerdo a su declaración de principios o Reglamento, “negociar aranceles médicos por cuenta propia con entidades pagadoras o pacientes”. El Arancel estaba destinado a afectar los precios enfrentados por los clientes del sistema privado de salud, sea que estuvieran afiliados a Isapre o no (considerando 13°);

d) “la voluntad de uniformar precios entre la mayor cantidad de profesionales de Punta Arenas quedó expresamente manifestada a través del establecimiento del Arancel (fundamento 31°);

e) “el acuerdo de precios tuvo como efecto incrementar los precios enfrentados por los afiliados a las Isapres por las prestaciones médicas otorgadas por los médicos requeridos (basamento 35°) que les reportó beneficios en el período que dicho Arancel operó, desde mayo de 2005 a mayo de 2006 (considerando 38°);

Quinto: Que la reclamación se sustenta, en primer lugar, en que el Arancel de AM Patagonia no tuvo ni pudo tener la aptitud objetiva de afectar la libre competencia. Explica la parte reclamante que las infracciones al artículo 3° del Decreto Ley 211 requieren necesariamente de la concurrencia del elemento subjetivo, es decir, de la voluntad de afectar la libre competencia, lo que en la especie no concurre. Insiste, en este punto, en que la constitución de la sociedad, sus operaciones y la elaboración del Arancel sólo tuvo por finalidad la de resguardar sanamente y de

buena fe, los legítimos intereses de los médicos a fin de lograr condiciones justas, equitativas y de mercado en los convenios que celebran con las Instituciones de Salud Previsional. Sostienen, también, que la ausencia de este elemento volitivo queda de manifiesto con la colaboración prestada a la Fiscalía requirente, todo lo cual fue reconocido por el sentenciador;

Sexto: Que la alegación de la reclamante sobre este particular debe ser desestimada porque la voluntariedad de la conducta -en lo que se refiere a la suscripción del acuerdo y elaboración del Arancel cuestionado- aparece demostrada en la causa sin que se hayan cuestionado, por la presente vía, los presupuestos fácticos en que ella se apoya. Por lo demás, los propios requeridos reconocen la existencia del acuerdo arribado, lo que importa un reconocimiento de la voluntad que lo engendra y, además, reconocen que una vez formulado el requerimiento, adoptaron las medidas conducentes para que dicho acuerdo colutorio no siguiera concretándose en el tiempo, a saber, lo dejaron sin efecto y transformaron la sociedad anónima original en una de responsabilidad limitada, restringiendo así el número de socios, todo lo cual importa un reconocimiento de la conducta anticompetitiva adoptada de consuno por los socios en su oportunidad;

Séptimo: Que, en seguida, se sostiene por la reclamación que los requeridos no planificaron ni ejercieron medidas para que los médicos se mantuvieran en la sociedad AM Patagonia asegurando así el número de especialistas que garantizara la plena aplicación del Arancel y que, de hecho, los médicos requeridos no eran los únicos de su especialidad en la ciudad de Punta Arenas, de modo que los pacientes siempre tuvieron alternativas para tratarse con otro profesional.

Baste señalar para rechazar este capítulo de la reclamación que se sustenta en hechos no establecidos en la sentencia que se reclama, incumbiéndole probarlos precisamente a la reclamante, lo que no hizo;

Octavo: Con todo, probada que ha sido la existencia del acuerdo y su incidencia en el mercado, que éste obedeció a la voluntad de los socios, las circunstancias anexas a esta conducta contraria a la libre competencia en orden a determinar su total y plena eficacia, esto es, si todos los médicos adhirieron en su oportunidad al acuerdo o no, o si todos o sólo algunos aplicaron el cuestionado Arancel, carecen de relevancia desde que quedó demostrado que dicho acuerdo, tal como fue concebido, tuvo la aptitud objetiva de producir un resultado anticompetitivo, lo que resulta suficiente para su sanción;

Noveno: Que el tercer argumento de la reclamación también debe ser desestimado en tanto cuanto atenta contra los hechos establecidos en la causa, sin que se haya cuestionado el establecimiento de ellos por la vía de la denuncia a las leyes reguladoras de la prueba en esta reclamación; en efecto, se aduce que los usuarios del sistema privado no enfrentaron un alza de precios en las prestaciones que otorgaran los médicos sancionados, de lo que se sigue, que tampoco obtuvieron beneficios económicos.

Por el contrario, la sentencia reclamada asentó en el motivo trigésimo quinto justamente lo contrario, esto es, que el acuerdo de precios tuvo como efecto incrementar los precios enfrentados por los afiliados a las Isapres por las

prestaciones médicas otorgadas por los médicos requeridos y que esta conducta les reportó beneficios durante el período en que operó dicho Arancel, esto es, desde mayo de 2005 a mayo de 2006.

Estos presupuestos fácticos del fallo no han sido debidamente atacados por la reclamación; siendo así, resultan inamovibles para este Tribunal;

Décimo: Que las demás alegaciones efectuadas por la reclamante carecen de sustento desde que no fueron acreditadas en la causa a saber que los únicos perjudicados fueron los médicos requeridos porque fueron excluidos de los turnos de la Clínica Magallanes, en los convenios celebrados con las respectivas Instituciones de Salud Previsional se les impide formar sus propios equipos, se desincentiva la consulta a médicos que forman parte de AM Patagonia y, por último, que su reputación se vio afectada;

Undécimo: Que, por todas estas razones, la presente reclamación debe ser desestimada;

Duodécimo: Que, finalmente, esta Corte se hará cargo de la petición de los reclamantes, efectuada de manera subsidiaria, cual es la de rebajar substancialmente la multa aplicada. Para ello tendrá en consideración, en primer lugar, que la sentencia sobre este tópico no contiene razonamientos suficientes que sustenten debidamente la decisión, por lo que la aplicación de las multas se ha construido casi como una facultad discrecional, sin suficientes motivos, fundamentos y circunstancias sobre los parámetros utilizados para la fijación del monto en cuestión, todo lo cual importa un incumplimiento a lo dispuesto por el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley 211. Como ha sostenido esta Corte en anteriores fallos (Rol N°2339-08), el desarrollo de tales razonamientos es necesario para el logro de un debido proceso, entendido tanto en su dimensión formal o adjetiva como en su extensión sustantiva o sustancial; sobretodo, considerando que esta última se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, de manera tal que permita también a las partes procurar una adecuada y clara defensa e interponer los debidos recursos;

Decimotercero: Que, además, en este caso ha de considerarse también el alcance temporal restringido de los hechos. Por ello, uno de los varios factores que se han debido tener presente en la determinación de la cuantía de la multa a aplicar es la duración del acto atentatorio y sus consecuencias en el tiempo, como ha sostenido esta Corte en el aludido fallo rol n°2 339-08. En efecto, el propio Tribunal acotó el período de la infracción a los meses de mayo de 2005 a mayo de 2006- sin que esto fuera objetado por la reclamante- situación que descarta un proceso persistente o constante en la trasgresión de la libre competencia. Es más, en el fallo reclamado se deja asentado que actualmente, una vez adoptada las medidas pertinentes por los propios requeridos, la sociedad Ampatagonia y su forma de operar no constituyen un peligro para la libre competencia;

Decimocuarto: Que, por último, ha de tenerse, en especial consideración, las conductas desplegadas por los requeridos en orden a paliar los efectos anticompetitivos de sus acuerdos, lo que también ha sido expresamente reconocido por el fallo reclamado en su motivación trigésimo sexta;

Decimoquinto: Que por las razones dadas, esta Corte, acogiendo la petición subsidiaria de la reclamante, determinará la multa en el monto que se pasa a decir en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto por el Decreto con Fuerza Ley de N°1 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, se declara:

I.- **Se rechaza** la reclamación deducida en lo principal de la presentación de fojas 1448, en contra de la sentencia del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°74/2008, de dos de septiembre de dos mil ocho, que está escrita a fojas 1350, en lo que respecta a su petición principal.

II.- **Se acoge la petición subsidiaria** formulada por la reclamante y **se rebaja** prudencialmente la multa impuesta a cada uno de los reclamantes y requeridos, a una coma cinco (1,5) unidades tributarias mensuales, respectivamente, **la que se da por pagada** con el mérito de las consignaciones acompañadas desde fojas 1374 a fojas 1447.

III.- Se desestima, en todo lo demás, la referida reclamación. Regístrese y devuélvase con sus agregados y documentos. Redacción a cargo de la Ministro señora Sonia Araneda Briones. N°5937-2008.

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda y los Abogados Integrante Sr. Ricardo Peralta y Sr. Rafael Gómez. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el Abogado Integrante Sr. Peralta por estar ausente.

Santiago, 29 de diciembre de 2008.

Autorizada por la Secretaria subrogante de esta Corte señora Carola Herrera Brümmer.