

Fallo Isapres: ¿Es posible en Chile descorrer el velo a la colusión?

*Rodrigo Castro**
*Felipe Bahamondez Prieto***

RESUMEN

El caso Isapres se basa en el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de varias Isapres por una supuesta colusión entre agentes económicos para ofrecer planes de salud con una cobertura inferior a la ofrecida con anterioridad y obteniendo con ello importantes ventajas económicas. El caso se suma a una jurisprudencia sobre colusión en Chile, tanto a nivel de Tribunal de Libre Competencia como de Corte Suprema, que está lejos de ser pacífica. En efecto, los criterios o estándares probatorios han sido puestos a prueba como en ningún otro tipo de casos, exigiéndose por parte de la Corte Suprema unos muy difíciles de alcanzar en casos de esta naturaleza. El propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha modificado sus criterios en el tiempo, con una mayoría de tres a dos de sus Ministros en este último caso, imponiéndose a llegar a una convicción de culpabilidad más en la línea de pensamiento de la Corte Suprema. Todo lo anterior pone de relevancia la necesidad de buscar alternativas de políticas públicas, si hay un consenso en que el tema de la colusión debe ser atacado, por ser dicha conducta muy perjudicial para una economía de mercado toda vez que ella anula los beneficios propios de la competencia entre empresas.

SUMARIO

I. Introducción. II. Breve referencia a la jurisprudencia previa sobre el tema de la colusión. III. Síntesis de los hechos. IV. Algunas consideraciones a la sentencia de mayoría del TDLC. V. Particularidades de los Seguros de Salud. VI. Algunas consideraciones a la sentencia de minoría del TDLC. VII. Algunas consideraciones a la sentencia de la Corte Suprema. VIII. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El fallo que comentamos, resuelto a nivel de Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) mediante su sentencia 57/2007 y a nivel de Corte Suprema con fecha 28 de Enero de 2008 bajo el Rol 4052-07 que resolvió el respectivo Recurso de Reclamación, es probablemente uno de los casos más complejos que han decidido ambos organismos.

La discusión interna de cada tribunal debe haber sido muy intensa, siendo la mejor prueba de ello que ambos fallos son divididos, lo que nos indica claramente que la suerte de lo decidido pudo haber sido distinta bastando solamente que uno de los Ministros en cada tribunal cambiara de opinión, transformando lo que era una postura minoritaria en mayoritaria. Como veremos, esta tensión al interior de cada tribunal, la cual solo es posible sospechar, si quedó reflejada en la redacción de los votos de minoría, que nos dejan claro que la materia de fondo está lejos de tener una jurisprudencia pacífica y que es posible anticipar cambios en un futuro cercano en la manera como se deciden los temas de colusión en Chile. Con todo, los votos de mayoría, que en definitiva sellaron la suerte de este caso, también tienen buenos argumentos económicos y legales, que fueron suficientes como para finalmente decidir el tema y que analizaremos con algún detalle en este artículo.

* Economista, PhD(c) Economía Georgetown University, Investigador de Libertad y Desarrollo, Profesor de Economía, Universidad de los Andes.

** Abogado, Master of Laws (LL.M) Harvard University. Profesor de Derecho Comercial, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Como un anticipo de nuestras conclusiones, creemos que el fallo de mayoría del TDLC es correcto en cuanto a su ponderación de la prueba rendida y su decisión de fondo absoluta. En efecto, si no fue posible para los Ministros llegar a la convicción de culpabilidad de las Isapres requeridas sólo corresponde hacer primar el principio de inocencia, entendido como una extensión sustantiva del principio constitucional del debido proceso y, consecuentemente, desestimar el requerimiento. Con todo, discrepamos de algunos de los ratiocinios del fallo de mayoría, como tendremos oportunidad de exponer, y especialmente de la forma poco concluyente en que ellos fueron expuestos en el fallo de mayoría, lo que además le valió un duro reproche de parte de la Corte Suprema.

La materia de fondo es compleja, los acuerdos expresos o tácitos entre empresas de un mismo sector de la economía, que actúan concertadamente para fijar precios por sobre un nivel competitivo, repartirse el mercado, u otras prácticas que buscan anular los beneficios de la competencia entre empresas, son uno de los temas más discutidos en la literatura económica y jurídica sobre libre competencia. No en vano la cartelización, también conocida como colusión explícita, es una ofensa grave en varias legislaciones comparadas e incluso puede derivar en sanciones penales para los involucrados¹. La razón para darle a la cartelización un carácter de ofensa anticompetitiva *per se*, es decir, de aquellas para cuya sanción no es necesario la demostración que el precio fijado tiene un carácter abusivo o bien que con dicho actuar se ha dañado a terceros, radica en que es altamente improbable que una conducta de este tipo produzca algún beneficio social, por lo que su sanción se da a todo evento.

Hasta aquí puede ser fácil estar de acuerdo. Las dificultades vienen a la hora de demostrar la existencia de la colusión, ya sea expresa o tácita, y especialmente esta última, toda vez que es muy complejo llegar a determinar si los precios u otras condiciones contractuales que se reciben son producto de la competencia entre los agentes económicos o bien si ellos se deben a un acuerdo o la acción concertada de los miembros de un cartel.

El ideal es contar con lo que se ha llamado evidencia o prueba dura de la existencia del cartel, lo que estaría dado por documentos, correos electrónicos, grabaciones u otras pruebas materiales irrefutables de la existencia de la colusión. La otra evidencia, que llamaremos prueba indirecta, se basa en la observación del comportamiento de los agentes económicos, como por ejemplo los comportamientos paralelos en materia de precios o condiciones de venta, que podrían tener una explicación plausible solo por una concertación entre los agentes económicos. Como resulta evidente, la prueba dura o material es muy difícil de obtener, porque normalmente hay una deliberada intención de los agentes económicos de no dejar rastros de los acuerdos, y como resultado de lo anterior los casos de colusión terminan basándose en evidencia indirecta o circunstancial.

Ahí radica una de las principales debilidades del tema, toda vez que los jueces que deciden estas materias tienden naturalmente a buscar pruebas duras que les despejen cualquier duda que las empresas efectivamente se concertaron, mientras que la evidencia indirecta o circunstancial deja abierta la posibilidad que los paralelismos no se deban a una conducta concertada sino a estrategias competitivas y legítimas de los agentes económicos. En

¹ Elhauge, Einer y Geradin, Damien (2007) pp. 715-798.

efecto, y como la abundante literatura económica lo demuestra, en mercados oligopolísticos caracterizados por la interdependencia entre los oferentes, las acciones en los precios en una dirección normalmente son seguidos por el resto de los agentes, lo que podría ser concordante tanto con una estrategia coordinada como por un comportamiento competitivo². La literatura económica demuestra que no basta con constatar movimientos o comportamientos similares entre empresas, o un alto grado de similitud entre ellos, para inferir la existencia de un acuerdo comercial. En tales circunstancias, se puede interpretar erróneamente como colusiva una conducta que en lugar de ser consecuencia de un acuerdo es producto de la competencia o del resultado de una estrategia individual de maximización de utilidades en un contexto de interdependencia de las decisiones. Luego, existe consenso en la literatura de que un patrón de “paralelismo consciente” sin pruebas adicionales que sólo sean compatibles con una situación de acuerdo, no permite la inferencia de una conspiración.

Ahora bien, como veremos, el voto de minoría argumenta que la hipótesis de interdependencia oligopolística descrita no es tal, es colusión tácita, y que el comportamiento sería el de una firma que envía una señal a sus rivales para coordinar un equilibrio más conveniente para ellas³. Es importante tener presente en este punto que la teoría económica, a partir del desarrollo de la teoría de juegos, muestra cómo un comportamiento de este tipo permite sustentar equilibrios con precios no competitivos en un mercado. Es evidente que el temor a errar una decisión pesa mucho a la hora de considerar las pruebas, toda vez que sancionar por error comportamientos competitivos es la antítesis de lo que busca la legislación de libre competencia. Eso ha llevado a algunos autores a adoptar una posición bastante cauta en que sólo la colusión explícita debe ser sancionada legalmente, mientras que la colusión tácita debe ser atacada por otras vías, como establecer medidas preventivas que eliminen las prácticas de negocios o factores estructurales de los mercados que puedan facilitar la colusión o bien a través del control de las fusiones empresariales⁴.

Es sobre estas materias que trató el caso que comentaremos y de ahí la validez de la pregunta de política pública, esto es, si con las herramientas legales que existen en nuestro país y a la luz de la jurisprudencia sobre la materia, es o no posible descorder el velo a la colusión. La respuesta a esta pregunta, además del análisis antes indicado, tiene que ver con mejoras a la normativa sobre libre competencia, **para lo cual se requiere una discusión global que permita mejorar, a pocos años de su partida, tanto la institucionalidad como las herramientas legales disponibles.**

II. BREVE REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA PREVIA SOBRE COLUSIÓN

Hay dos casos importantes en el tema de la colusión y que fueron fallados por el TDLC con anterioridad al caso de las Isapres que nos ocupa. Es relevante este análisis porque, mirados

² Viscusi, W. Kip; Harrington, Joseph E. Jr. y Vernon, John M. (2005) pp. 101-153.

³ Agostini, Claudio; Saavedra, Eduardo y Wellington, Manuel (2007) pp. 4-8.

⁴ Motta, Massimo (2007) pp. 185-195..

en perspectiva, claramente se percibe una tendencia argumental, sobretudo a nivel de Corte Suprema.

El primer caso fue fallado por la sentencia 38/2006 y resolvió un requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) y denunciado por la Asociación de Exportadores de Chile A.G. en contra de Ultramar Agencia Marítima S.A y otras agencias marítimas, conocido simplemente como el caso de las *agencias navieras*. A nivel de TDLC se falló por unanimidad sobre la base de la convicción que adquirió el tribunal en el sentido que los cobros denominados Servicios Documentales Integrados a los exportadores, entre los meses de Marzo y Abril de 2002, correspondían a un cobro no solicitado por los clientes y concertado entre las distintas agencias navieras. En dicho expediente la prueba rendida fue simplemente indirecta, basada en el comportamiento de los agentes económicos, y no hubo evidencia material o prueba dura de la concertación.

La Corte Suprema conoció del tema por la vía de sendos Recursos de Reclamación interpuestos tanto por la FNE como por las agencia navieras, y en síntesis la Corte Suprema dejó sin efectos las multas toda vez que la prueba rendida, en palabras de nuestro máximo tribunal, sólo permite “formular meras hipótesis de colusiones tácitas entre las denunciadas, pero en ningún caso extraer conclusiones definitivas, que es lo que se necesita para tipificar un hecho descrito en la norma legal y producto de ello imponer sanciones” (Considerando 9°).

Para la Corte Suprema, la simultaneidad de cobros se explicaría en la circunstancia de tratarse de actividades y servicios similares y por la alta competitividad de los agentes en dicho mercado, lo que llevó a que los cobros fueran adoptados e imitados por todos los competidores. En teoría económica, este resultado se conoce como el modelo Líder-Seguidor (Stackelberg), en donde una empresa líder que busca maximizar sus beneficios, debe anticipar cuál será la situación de equilibrio final, lo que le obliga a predecir cuál será la respuesta de la(s) empresa(s) seguidora(s). Por su parte, cuando la empresa seguidora decide su estrategia, ya conoce la decisión de la empresa líder y actúa en consecuencia. De este modo, cuando la empresa líder sigue un curso de acción predeterminado o irreversible, altera las expectativas de la otra empresa, obligándola a aceptar el papel de seguidora.

El segundo caso relevante es el que presentó la FNE en contra de Air Liquide Chile S.A y otros, conocido simplemente como el caso del *oxígeno líquido*. Se falló por el TDLC por sentencia 43/2006 condenando, con un voto de minoría, a las empresas proveedoras de oxígeno por haberse concertado con el propósito de hacer fracasar una licitación llamada por el Ministerio de Salud.

La Corte Suprema conoció del tema por la vía de sendos Recursos de Reclamación intentados tanto por la FNE como por las empresas afectadas, y nuevamente la evidencia indirecta en que se basaba el fallo del TDLC fue desestimada por la Corte Suprema⁵.

⁵ Este último fallo ha sido objeto de un análisis detallado en la versión 2006 de este libro sobre Sentencias Destacadas, y compartiendo plenamente la visión y análisis ahí contenido nos remitimos al mismo para todos los efectos pertinentes. Ver Romero (2007) pp. 351-411.

Con todo, es necesario destacar de estos precedentes al menos un par de ideas. Por un lado, pareciera que el TDLC ha interpretado que la evidencia indirecta es suficiente para dar por acreditada la colusión, si ponderada dicha evidencia conforme a la sana crítica, dicho tribunal llega a la convicción de culpabilidad. Por su parte la Corte Suprema ha sostenido que la evidencia indirecta no es suficiente para dar por acreditada la colusión, dejando de lado la convicción a la que pudo haber arribado el TDLC en virtud de esa evidencia. Por otro lado, uno de los elementos de evidencia indirecta más relevantes considerados por el TDLC, esto es, la simultaneidad o paralelismo de comportamiento de los agentes económicos es visto por el primero como un indicio relevante de colusión, mientras que la Corte Suprema tiende a verlo como parte de un comportamiento estratégico y competitivo propio de los mercados oligopolísticos.

Veremos a continuación los hechos y la decisión en el fallo que nos interesa sobre las Isapres, y tendremos oportunidad de analizar si las tendencias jurisprudenciales previamente resumidas se mantienen, o si por el contrario, dependiendo de como se lean los fallos, se abren nuevos espacios para descorrer el velo al tema de la colusión.

III. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Con fecha 28 de Septiembre de 2005 la FNE, formuló requerimiento en contra de las Isapres ING S.A. (“ING”), Isapre Vida Tres S.A. (“Vida Tres”), Isapre Colmena Golden Cross (“Colmena”), Isapre Banmédica S.A. (“Banmédica”) e Isapre Consalud (“Consalud”), por actos contrarios a la libre competencia de aquellos descritos en la letra a) del Artículo 3° del Decreto Ley N°211. Los argumentos que señala la FNE son los siguientes:

- Las Isapres requeridas, desde el año 2002 y hasta la fecha de la acción, habrían coincidido en ofrecer planes de cobertura máxima 90/70, es decir, bonificando el 90% de las prestaciones hospitalarias y el 70% de las ambulatorias, uniformando así las condiciones de contratación con los afiliados al sistema y concertándose para limitar la competencia dentro de un marco preestablecido, mediante la negativa de ofrecer los planes con cobertura máxima 100/80.
- Hasta Abril de 2002, el 96,7% de los planes vendidos por las Isapres correspondía a la cobertura 100/80. A partir de Mayo de 2002, ocasión en que las Isapres dejan de ofrecer estos planes con cobertura 100/80, ocurre una escalada de cambios simultáneos y uniformes, que se traducen en que los planes 100/80, luego de una serie de reducciones, llegan en Marzo de 2003 a representar el 7,5% de la venta total de planes. La modalidad 90/70 pasó a participar, en la misma época, casi de un 90,6% de las ventas.
- Con anterioridad al retiro de los planes 100/80, las requeridas obtenían, según la FNE, utilidades sobre el patrimonio del orden del 30% anual, por lo que la FNE concluye que tal retiro no se produjo por una rentabilidad negativa de dichos planes. Es decir, la modificación de las condiciones generales de los planes de salud no corresponde a una respuesta racional de la industria frente a la existencia de pérdidas. Por ello, el cambio de planes sólo se explica, según la FNE, como una colusión destinada a aumentar los beneficios.

- Los planes 100/80, según la FNE, habrían sido retirados concertadamente del mercado, para no dejar alternativa de cambio a los cotizantes. El grupo de las Isapres requeridas habrían reemplazado simultáneamente la comercialización de planes de un tipo por otro, con una cierta gradualidad dentro de un rango acotado de meses (Mayo 2002-Enero 2004), lo que se explicaría, por la FNE, en el contexto de un acuerdo que requiere de cierto monitoreo recíproco.
- Como un efecto de este proceso, entre los años 2002 y 2004, las utilidades del conjunto de las Isapres abiertas se habrían incrementado en 29 mil millones de pesos. Esto se explica, en concepto de la FNE, por el aumento cercano a los 39 mil millones que experimentó el margen de explotación, vale decir, los ingresos de operación menos los costos de operación, en los que tiene directa incidencia la calidad de los planes de salud.
- La FNE sostuvo que las Isapres requeridas aumentaron significativamente sus utilidades en dos años, período durante el cual varias de ellas las triplicaron. En versión de la FNE, una de las razones más relevantes para ello fue el aumento de los márgenes de explotación que dependen directamente del precio y costo de los planes de salud de las Isapres. Así, las Isapres denunciadas habrían aumentado sus márgenes de explotación en 39% promedio, mientras el resto del sistema sólo lo hizo en un 14% en un mismo período (2002-2004)
- La FNE además sostiene que, las Isapres requeridas tuvieron un fuerte incremento en la rentabilidad sobre patrimonio en los años 2003 y 2004. Dicha rentabilidad se elevó en 31,2% en 2002 y 45% el año 2004. Ello con excepción de ING, que por efecto conjunto de su fusión con Cruz Blanca y el incremento del valor de sus planes, elevó su rentabilidad de 6,1% a 57,6%.
- Ahora bien, la defensa de las Isapres argumenta, como veremos, que las rentabilidades no deben medirse como porcentaje del patrimonio (dado el requisito de capital relativamente bajo que poseen) ni de los activos contables, e indica que parte fundamental del patrimonio es la cartera de afiliados que, de acuerdo a las normas contables vigentes, no es valorizada. Correspondería, por lo tanto, utilizar alguna medida que guarde relación con los ingresos operacionales. Medidas así, las Isapres no presentaban rentabilidades excesivas en 2002.

En consideración a los hechos expuestos, la FNE acusa a las requeridas de mantener un acuerdo horizontal desde 2002 y hasta la fecha del requerimiento, a lo menos, que versa sobre las condiciones de venta y comercialización de los planes de salud, con efecto directo en la relación precio/calidad, mediante la fijación de un rango máximo de cobertura de los planes, en perjuicio de los usuarios del sistema y del mercado de salud privada. La conducta descrita por la FNE implica reemplazar un producto por otro de similar precio pero de menor calidad, y sostiene que ello no es una estrategia viable o rentable para una empresa en un marco competitivo, a menos que se acuerde con sus competidores hacer todos lo mismo, evitando de esa forma la fuga de clientes y elevando las utilidades de la industria en forma ilícita.

La FNE agrega en su requerimiento que las Isapres administran la salud previsional privada y por ello poseen un alto poder de mercado respecto de los usuarios que pueden acceder a

coberturas superiores a las ofrecidas por el Fondo Nacional de Salud (“Fonasa”). Los sujetos que contratan con estas empresas, entonces, se encuentran bajo una situación de dependencia, cautivos o carentes de alternativas viables.

La FNE concluye con las peticiones que formula al tribunal, esto es, (a) que se prevenga a las requeridas que deben poner término a los acuerdos o prácticas concertadas en materia de cobertura de planes de salud; (b) que se sancione a cada una de las requeridas con una multa ascendente a 10.000.- UTM, o con el monto que el tribunal estime en justicia; (c) que se condene en costas a las requeridas.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA SENTENCIA DE MAYORÍA DEL TDLC

Tal como ya se indicó , el TDLC resolvió el caso de autos en virtud de la sentencia 57/2007 de fecha 12 de Julio de 2007. En un fallo dividido, una mayoría de tres Ministros estuvieron por rechazar el requerimiento de la FNE mientras que el voto disidente suscrito por dos Ministros estuvo por acogerlo. Veremos más adelante algunos aspectos importantes de ese voto de minoría. Por ahora, nos detendremos en el voto de mayoría y sus razones:

4.1 La falta de convicción de culpabilidad

El voto de mayoría, ponderando la prueba rendida conforme a la sana crítica, y habiendo establecido que se produjo un paralelismo en el actuar de las Isapres requeridas que podría ser fruto de un acuerdo entre ellas, concluyó que no ha logrado formarse convicción a este respecto, por tanto concluyó que no existían en autos antecedentes suficientes que permitan tener por acreditado dicho acuerdo, por lo que rechazó el requerimiento de la FNE. En otras palabras, el voto de mayoría establece que aún existiendo prueba que acredita paralelismos en el actuar de las Isapres, ella no es suficiente para formarse una convicción de un actuar colusivo por parte de las Isapres requeridas, haciendo primar implícitamente el principio de inocencia a su favor. Sin perjuicio de ser esa la conclusión, el fallo de mayoría va avanzando en sus razonamientos de manera lógica, aunque no exento de ciertas aparentes contradicciones argumentales:

4.1.1 Posición dominante en el mercado relevante

El fallo de mayoría dedica una importante cantidad de considerandos al análisis de si las Isapres requeridas tienen, el menos en forma conjunta, una posición dominante en el mercado relevante (Considerandos Trigésimo cuarto al Quincuagésimo quinto). La razón, acertada en nuestro concepto, dice relación con la configuración del tipo infraccional que se busca sancionar, de forma tal de establecer que pudiese haber ocurrido un abuso de poder de mercado como resultado de una eventual colusión por las Isapres requeridas o parte de ellas.

La conclusión a la que llega el fallo de mayoría es de la mayor trascendencia, toda vez que estima que el mercado relevante en el cual se podría haber producido la colusión estaría conformado, fundamentalmente, por aquellos 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 agregado de cotizantes, podría ser rentable para un colectivo relevante de Isapres abiertas aumentar en forma no despreciable y no transitoria el precio y/o bajar la calidad de los planes ofrecidos por ellas, sin que ello implique un éxodo de cotizantes a Fonasa (Considerando Quincuagésimo tercero). Dicho en términos más simples, el fallo de mayoría ponderó los antecedentes y determinó que el mercado relevante es el de las Isapres abiertas excluyendo a Fonasa, en cuyo caso la participación de las requeridas es cercana al 80%. De haber considerado a Fonasa, la participación de las requeridas baja a algo cercano al 30%, lo que hace difícil construir una hipótesis de posición de dominio en el mercado.

Ahora bien, es importante señalar que existe una clara segmentación socioeconómica basada en el ingreso imponible, pudiendo distinguirse tres grupos entre las Isapres: las 3 grandes (ING, Banmédica y Consalud) que compiten entre ellas en diversos grados en todos los segmentos de rentas y que además compiten fuertemente en los segmentos de renta imponible inferior a \$600.000 con Fonasa, quien domina ampliamente en este segmento toda vez que concentra el 88% de los afiliados; las Isapres enfocadas en personas de altos ingresos (Colmena y Vida Tres) y las Isapres pequeñas.

Por otro lado, cabe señalar que la segmentación por tipo de renta y edad de los afiliados a Isapre y Fonasa se explica por la diferente naturaleza de ambos seguros. En efecto, Fonasa tiene una lógica solidaria, brinda una cobertura que es independiente de la edad, sexo y número de cargas del cotizante y depende de manera inversa del aporte que hace el afiliado: los afiliados de mayores ingresos tienen copagos mayores. Por el contrario, las Isapres tienen una lógica de seguro individual, las personas de mayores ingresos, menor riesgo y con menos cargas pueden acceder a seguros más completos. Más aún, la información estadística muestra que la probabilidad de estar afiliado a una Isapre abierta disminuye cuando el ingreso autónomo del hogar disminuye, cuando el número de personas en el hogar aumenta, cuando el jefe de hogar es mujer y cuando el jefe de hogar reporta tener un estado de salud malo.

4.1.2. *Barreras de entrada*

Un segundo elemento que pondera el fallo de mayoría es la existencia o no de barreras a la entrada que puedan favorecer la colusión en el mercado relevante. La conclusión, a la que arriba el fallo, con un detallado análisis de antecedentes, es que existirían barreras que, si bien no serían infranqueables, pueden retrasar o dificultar en forma significativa el ingreso oportuno de potenciales competidores, lo que podría aumentar el poder de mercado de las Isapres ya existentes (Considerando Quincuagésimo Séptimo). En efecto, es evidente que la colusión puede tener un importante disuasivo si enfrenta una posible entrada de competidores, pero no cualquiera competencia, sino sólo producirá un efecto disuasivo la que esté revestida de relevancia y rapidez.

El fallo de mayoría pondera, adecuadamente a nuestro juicio, las dificultades que enfrentaría esa potencial competencia, entre otras, la poca capacidad de un nuevo entrante para configurar una red de prestadores de salud que sea lo suficientemente atractiva como para ofrecer planes competitivos con las Isapres existentes, dada la integración existentes entre Isapres y algunos prestadores relevantes. Además, las dificultades de costo de llegar a

construir una cartera relevante de clientes se ve reforzada por las restricciones a cambiarse que enfrentan los cotizantes e incluso los costos que enfrentan aquellos cotizantes que presentan alguna enfermedad preexistente.

El tribunal concluye señalando que las barreras a la entrada analizadas constituyen elementos estructurales del mercado relevante que, en el hecho, han inhibido o retardado la entrada oportuna y en escala importante de nuevos competidores, otorgando a los competidores actuales una ventaja de competencia que permite establecer como hipótesis plausible la existencia de la colusión objeto del requerimiento (Considerando Sexuagésimo quinto). En efecto, para entrar en el negocio y mantenerse en el largo plazo se requiere disponer de un alto número de vendedores acorde con el segmento al cual se quiere ingresar. Asimismo, se debe invertir en creación de imagen de marca, dado la diversidad de planes y las asimetrías de información, es necesario contar con una marca que dé respaldo y confianza al afiliado. Se requiere además, una infraestructura suficiente, tener convenios con distintos tipos de prestadores, etc.

El paradigma Estructura-Conducta-Desempeño ECD (Hipótesis de Colusión) plantea que la conducta y el desempeño de las empresas son resultado de la estructura de mercado. Vale decir, industrias más concentradas (variable de estructura) reportarían mayores utilidades (variable de desempeño), debido a las mayores posibilidades de colusión y menor competencia (variable de conducta) que tendría el hecho de participar en un mercado con un menor número de empresas.

En esta argumentación subyace la hipótesis de que una mayor concentración facilita los acuerdos colusivos entre las empresas, lo que se daría por diversos factores como que a mayor concentración de la industria, más fácil es disciplinar a los eventuales miembros del acuerdo entre empresas, pues también será más fácil detectar y castigar a los que se desvíen de ellos. Al contrario del enfoque tradicional ECD, una mirada actual a la organización industrial establece que, si bien existen relaciones entre la estructura de un mercado y el desempeño de sus empresas, estas relaciones no son ni mecánicas ni unidireccionales.

En particular, la *Hipótesis de la Eficiencia de los Mercados* postula que la conducta de las empresas afecta en forma determinante su estructura y ésta, a su vez, influye en su desempeño. De esta manera, las empresas podrán alterar la estructura de un mercado mediante conductas que involucren variables como investigación y desarrollo, publicidad, capacidad, innovación y diferenciación de productos. Así por ejemplo, la publicidad podría ayudar a la concentración del mercado y a la creación de barreras a la entrada aumentando la lealtad de los consumidores.

Por otra parte, el desempeño de una empresa en un mercado también afecta su conducta y la estructura del mercado. De acuerdo a Demsetz (1973), el modelo tradicional para validar la hipótesis de que la concentración produce daño desde el punto de vista de la acción monopólica era uno de correlación, es decir, la concentración se correlacionaba positivamente con la rentabilidad. La mayoría de los estudios realizados bajo el paradigma tradicional concluían que una estructura más concentrada originaba una mayor rentabilidad mediante un mayor poder de mercado de las empresas participantes de ese mercado. Sin embargo, esta relación no considera por lo menos una variable que afecta la rentabilidad: el

tamaño de la empresa que está correlacionado positivamente con la concentración de la industria y puede vincularse, con la rentabilidad a través de por ejemplo la existencia de economías de escala. Luego, atribuir automáticamente a la concentración industrial la monopolización deja de tener validez conceptual y práctica inmediata. El efecto que se adjudica a la concentración industrial no parece atribuible a ella, sino al tamaño de la empresa. En otros términos, las empresas más rentables estarían sobre representadas en industrias concentradas porque en estas industrias están también las de mayor tamaño.

Las consecuencias de esta visión son entre otras, que la mayor concentración puede significar no sólo más eficiencia, sino que también menores precios para los consumidores. Respecto a las ISAPRES abiertas, las cinco con mayor participación totalizan un 86,8% del mercado, de lo que se puede inferir que existe una alta concentración – aunque el Índice de Herfindahl es igual a 1744, lo que indica que de acuerdo al estándar internacional la industria sería moderadamente concentrada. Sin embargo, como se argumentó anteriormente, la concentración no es una característica negativa *per se*, ya que lo importante en este caso es lograr soluciones competitivas desde el punto de vista de los costos de provisión de los servicios. Además, la evidencia empírica sostiene que en los mercados de administración de riesgos (seguros) la concentración es beneficiosa porque el pooling de riesgo reduce la volatilidad de la cartera asegurada, reduciendo al mismo tiempo el patrimonio de seguridad requerido.

Ahora bien, en un mercado como éste resultan necesarias la acumulación de presencia de marca y la inversión en capital físico. La primera es relevante dado el carácter altamente heterogéneo del producto y las asimetrías de información. Por lo tanto, la confianza en la Isapre se constituye en un activo importante como argumento competitivo, el cual es creado a través de la presencia de marca que se refuerza con altos gastos de marketing y ventas. Esto puede ser considerado una barrera a la entrada pero es también un atributo necesario para un mejor servicio al consumidor. Otra barrera está asociada a los requerimientos de oficinas de atención al público, así como de fuerzas de ventas, personal administrativo y especializado que se relacione con los proveedores.

Asimismo, la capacidad de un nuevo entrante de formar redes atractivas de prestadores para los afiliados podría verse limitada por los diferentes grados de integración vertical existentes entre las Isapres y algunos prestadores relevantes. Además, producto de las restricciones que existen para los traspasos de afiliados, puede ser muy difícil para una Isapre entrante construir una cartera de clientes de tamaño importante. Por un lado, aquellos que tienen una enfermedad crónica se encuentran virtualmente imposibilitados de cambiarse de Isapre por la exclusión de preexistencias que la nueva Isapre aplicaría o porque simplemente serían rechazados y también por la restricción que hay sobre todos los afiliados que pueden cambiarse sólo una vez al año (al término de su contrato) En efecto, de acuerdo a Agostini y otros (2007), en el mejor de los casos, una Isapre entrante alcanzaría un 7% del mercado sólo después de dos años. Al cabo de cuatro años este porcentaje estaría entre el 8 y 9% del mercado. Desde el punto de vista legal, se han ido creando en los últimos años barreras a la entrada. La exigencia de capital mínimo se establece para el monto mayor entre UF5000 y el 30% de las deudas totales. Esta norma introduce nuevos costos fijos, que hacen más difícil la situación de la Isapres más pequeñas. Asimismo, las nuevas garantías implican importantes recursos inmovilizados. La actual Ley

de Isapres incorpora una serie de normas destinadas a fortalecer la capacidad financiera de las Instituciones. Sin embargo, estos requisitos se pueden constituir en barreras a la entrada al mercado de la previsión de salud. Estas barreras sólo favorecerían a los actuales competidores y perjudicarían tanto a los futuros interesados en participar del mercado como a los afiliados. Por otro lado, la norma que exige mantener un patrimonio mínimo igual o superior al máximo valor entre 5000 UF o el 30% de las deudas totales de la Institución, nos parece que constituye un gravamen excesivo. Larrañaga (1996) prueba la existencia de economías de escala en esta industria tomando como referencia los gastos por afiliado per cápita respecto del tamaño de cada Isapre. No obstante, los argumentos presentados por Paredes (1997) desestiman la importancia de las economías de escala, principalmente debido a la coexistencia de Isapres de distintos tamaños. De acuerdo a Libertad y Desarrollo (2005) se muestra que no existe una clara relación decreciente entre el número de cotizantes y el gasto operacional por cotizante de cada Isapre. Ahora bien, se podría probar la existencia de economías de escala respecto a los gastos de administración y ventas por cotizantes. En síntesis, si bien la hipótesis de colusión es vista como plausible por el tribunal, lo que sigue en su análisis sirvió para no llegar a formarse una convicción de culpabilidad y desestimar en definitiva la acusación.

4.1.3. *Conducta colusiva*

Establecidos los dos elementos anteriores, el tribunal se concentró en:

- (a) Determinar si hay en el mercado relevante otros elementos que faciliten la colusión;
- (b) Establecer si, conforme a la evidencia rendida, hubo o no colusión entre las requeridas, para lo cual deberá establecer si se encuentran acreditados los elementos típicos de un acuerdo entre competidores o si,
- (c) A falta de evidencia directa de la existencia de un acuerdo, establecer si puede legalmente presumir la existencia de un acuerdo entre las Isapres requeridas a partir de los hechos acreditados en el proceso; y, por último,
- (d) Si las conductas observadas son o no producto de la interdependencia oligopolística que enfrentan las empresas requeridas; probablemente el análisis más medular del fallo (Considerandos Sexagésimo séptimo a Centésimo trigésimo quinto), en cuanto sus conclusiones sirvieron finalmente para desestimar el requerimiento.

a) Elementos que facilitarían una colusión entre los competidores

El fallo de mayoría estima que en el mercado relevante existen una serie de factores que podrían ser compatibles con un acuerdo colusorio, a saber:

- La existencia de un reducido número de competidores;
- Una interacción frecuente entre las empresas;
- Una notoria transparencia de la información sobre los competidores; y
- La existencia de barreras a la entrada al mercado.

Estos elementos facilitadores se dan por acreditados por el tribunal sobre la base de las distintas pruebas rendidas en autos. Con todo, hay un elemento de contraste que, a juicio

del tribunal, podría desincentivar la colusión y que tiene que ver con los segmentos o tramos de ingresos a los cuales están enfocadas cada una de las Isapres, toda vez que dos de ellas están centradas en segmentos de ingresos medios o bajos y ello hace disminuir las condiciones favorables a la colusión toda vez que en esos segmentos se daría una posible sustitución de esos clientes por Fonasa y por otro lado, a menor participación de mercado de una Isapre, manteniendo lo demás constante, mayor sería su beneficio de desviarse del acuerdo colusivo y menores las pérdidas en la fase de castigo.

b) Actuación de las Isapres requeridas

Uno de los elementos característicos de la colusión es el paralelismo que se vislumbra en los agentes. Respecto del paralelismo en el actuar de la Isapres, el tribunal estima que la información de fácil acceso para el conjunto de ellas, que se adquiere por el mutuo y frecuente monitoreo sobre nuevas estrategias de comercialización y planes de salud introducidos por otras, e incluso el intercambio de información entre los propios vendedores, hace factible el paralelismo como el que se observó entre las Isapres requeridas, en el sentido que todas ellas fueron cambiando en el tiempo la cobertura de carátula de sus planes, reemplazando aquellos de cobertura 100/80 por otros con cobertura 90/70, sin que, a juicio del tribunal, ellos sea producto de un acuerdo colusivo. Dicho de otra manera, el tribunal estimó que el solo paralelismo no bastaba para inferir la colusión.

Respecto de la posibilidad de coludirse en un solo atributo del plan, a la luz de la defensa de las Isapres en el sentido que los planes de salud son productos altamente diferenciados y que la competencia entre ellas se da en los diferentes parámetros de ellos, el tribunal estimó que si bien esa característica dificulta la colusión, no la impide en términos absolutos referida a uno solo de los atributos del plan, que además está decirlo, parece ser uno de los más relevantes a la hora de decidir por parte de los afiliados.

Esa aseveración se ve luego atenuada en la sentencia al destacar que la misma existencia de muchos planes y diversos elementos que determinan la cobertura efectiva, hacen más difícil implementar y monitorear el cumplimiento de un eventual acuerdo entre las Isapres. Más aún, se puede señalar que un seguro está caracterizado por una prima que se paga para obtener una determinada cobertura. En un seguro de salud para determinar la cobertura se debe tomar en cuenta tanto la bonificación, como los topes y los prestadores preferentes. Se ha demostrado⁶ que un determinante de la cobertura de una Isapre es el tope. No se dice en la acusación que haya un acuerdo en otro aspecto que no sea el porcentaje de bonificación. Sin embargo, eso deja abierta la posibilidad para diferenciar los planes entre las Isapres (aumentar los topes, aumentar el número de prestadores preferentes donde el copago es menor, etc) y por tanto constituye una caracterización insuficiente de los planes.

En la misma línea de pensamiento, el tribunal agrega que al ser el mercado de las Isapres bastante transparente desde el punto de vista de los oferentes, donde los vendedores conocen rápidamente las decisiones de comercialización de las otras Isapres, si bien ello posibilita un monitoreo también es compatible con la hipótesis de un nuevo equilibrio de mercado en que se reemplaza el antiguo plan, sin que haya mediado un acuerdo al respecto.

⁶ Desormeaux (2001).

c) Concurrencia de hechos anexos al paralelismo de conducta

Ello porque estos hechos permitirían explicarlo ya sea como un paralelismo propio de la interdependencia oligopólica (caso en el cual se concluye que no hay colusión) o bien si es el resultado de un acuerdo entre las partes (en cuyo caso el paralelismo se explica por la colusión). El tribunal denomina a estos hechos anexos como factores adicionales.

Las Isapres alegaron en su defensa que la modificación de la estructura de comercialización de los planes fue: (i) Una respuesta natural a un período de crisis en la industria, caracterizada por una mala situación económica general y una situación financiera difícil de las Isapres debido a una creciente siniestralidad; (ii) Lo anterior en un contexto de incertidumbre regulatoria y (iii) Además motivado por la necesidad de incentivar un cambio cultural, en los usuarios y prestadores de salud, hacia la contención de costos.

El tribunal pondera los antecedentes que constituyen la prueba de los factores adicionales y concluye, en términos generales, que no es posible descartar la posibilidad que el término de los planes 100/80 haya estado motivado por la existencia de dichos factores adicionales. El paralelismo de la conducta puede no sólo reflejarse en la similitud en precios, sino también en una tendencia a la estandarización de los productos. En un contexto donde existen productos similares pero no idénticos (diferenciación horizontal), la competencia lleva a una estandarización de muchos de ellos eliminando aquellos que no sean valorados por los consumidores. Las empresas se copian entre sí los productos más exitosos. Esta mayor estandarización a su vez hará que los productos sean más comparables, reforzando que los precios tiendan a la igualdad.

Existe consenso en la literatura económica (Phlips, 1998; Kovacic, 1993; Motta, 2004 y Viscusi et al., 1995) de que un patrón de paralelismo consciente o de interdependencia oligopólica, sin pruebas adicionales que sólo sean compatibles con una situación de acuerdo, no permite la inferencia de una conspiración. Sin evidencia adicional, sin presunciones graves y evidencia precisa pareciera imposible distinguir entre colusión o interacción estratégica.

d) La interdependencia oligopólica

El tribunal se hace cargo de uno de los principales argumentos de la defensa, esto es, que las conductas observadas en las Isapres serían consistentes con aquellas características de la interdependencia oligopolística, en cuanto a que las Isapres tomarían sus decisiones sobre variables estratégicas de competencia, anticipando la reacción de sus competidores a sus propias decisiones, razón que explicaría la sustitución de planes 100/80 por la de planes 90/70:

(i) El tribunal da por acreditado que existieron fuertes similitudes en la conducta de las Isapres requeridas en cuanto a la trayectoria de sustitución de la venta de planes 100/80 por planes 90/70, con la sola excepción de Consalud. Del análisis de los gráficos sobre intensidad de sustitución el tribunal deduce que en el período Mayo 2002 a Febrero 2003 tuvo características distintas a los períodos precedente y posterior graficados, lo que

concuera con que en dicho período se implementa en forma intensiva el proceso de sustitución entre los planes 100/80 y 90/70. Agrega el tribunal que esa sincronía no permite descartar que ella se deba a un proceso de competencia estratégica y no necesariamente a un acuerdo colusorio. Así, ello se podría dar como resultado de un proceso sustitutivo de ajuste en una de las dimensiones importantes de competencia de esta industria, esto es, las coberturas de carátula para planes predominantes en la estrategia de comercialización de cada Isapre.

(ii) En cuanto a la coincidencia en la decisión inicial de ofrecer planes 90/70, si bien el tribunal admite que es el indicio más importante para estimar que pudo existir un acuerdo colusorio, a juicio del tribunal no es un indicio de la gravedad y precisión necesario para que pueda tenerse, solo por ello, acreditado el hecho. El tribunal en este punto tiene como explicación de mayor peso el argumento de interdependencia oligopolística a lo que se agrega que una de las Isapres, Consalud, inició el reemplazo de los planes alrededor de seis meses después, lo que hace difícil pensar que a lo menos dicha institución estaba coludida.

En este sentido, baste señalar que la decisión de Consalud de modificar su política comercial era particularmente compleja en vista que la fuerte competencia que representa Fonasa implicaba un riesgo mayor en términos de que, ante un aumento de precio de los planes 100/80 o un reemplazo por planes 90/70, un número significativo de afiliados podría preferir la alternativa de emigrar hacia Fonasa. Luego, la cartera de clientes no hacía conveniente inicialmente el cambio de planes, lo que explica que Consalud haya demorado la decisión de seguir al mercado en la comercialización de planes 90/70.

(iii) Respecto de la racionalidad de la conducta seguida por las Isapres, el tribunal estimó que, tanto en la hipótesis de colusión como en la de interdependencia oligopolística, la sustitución de planes 100/80 a 90/70 les era conveniente, y que por tanto, una Isapre, sin necesidad de coordinarse, puede haber iniciado una rebaja de cobertura de carátula, en la convicción que las demás la seguirían, dado que les convenía hacerlo. Refuerza esta idea la circunstancia que el proceso de sustitución tuvo una duración prolongada en el tiempo, de forma tal que la empresa que hubiese iniciado el proceso pudo tener la oportunidad de analizar la reacción de la competencia, y de mantener el resto sus planes 100/80 pudo volver a dicha estrategia, asumiendo unos costos limitados. Ello explica que el cambio se hizo en forma paulatina, justamente para conocer la reacción de la competencia antes de acelerar el proceso.

(iv) Adicionalmente el tribunal analizó dos dimensiones anexas de posible competencia entre las Isapres, referido a los gastos en publicidad y esfuerzo de ventas. La razón es que ambos elementos podrían dar indicios sobre la intensidad de competencia en el mercado relevante. El tribunal estimó que, en principio, un posible escenario de competencia entre las Isapres durante los meses de sustitución hacia la oferta de planes 90/70 pudo implicar incentivos para realizar mayores niveles de gastos en publicidad y/o esfuerzos de venta. Los resultados que constató el tribunal fueron disímiles, aunque muestran una tendencia contra intuitiva, especialmente durante el año 2002, pero a pesar de ello concluyó que aunque la hipótesis de colusión no se puede descartar, también es posible sostener que existió un conjunto de otros factores relevantes, sobre los cuales no hay información en autos, que

podrían haber condicionado los niveles óptimos de gastos, descartando así la hipótesis de colusión.

(v) Por último, el tribunal analizó el tema de la calidad del plan de salud. En efecto, una de las defensas presentadas por las Isapres es que la cobertura de carátula es solo una de las dimensiones que determinan la cobertura efectiva del plan, lo que también estaría determinado por los topes o límites máximos de bonificación que apliquen las Isapres a sus planes y también por el valor que asignan los prestadores a sus atenciones.

La evidencia del expediente mostró que en el período en que se sustituyeron los planes 100/80 por 90/70 las Isapres requeridas no hicieron un esfuerzo por mejorar la competitividad de la muestra de planes que ofrecían, ni por el precio, ni por los topes de bonificación. El tribunal concluyó que eso podría deberse a un acuerdo colusorio pero también podría explicarse por un paralelismo que nos sea fruto de la colusión, o por aumento del costo de la salud, que fue enfrentado disminuyendo la calidad del plan en lugar de aumentar el precio. El tribunal concluye, poniendo fin a las dudas sobre la suerte del requerimiento de la FNE, que si bien se puede establecer un paralelismo en el actuar de cuatro de las requeridas, que podría ser fruto de un acuerdo entre ellas, no ha logrado formarse convicción a este respecto, por lo que concluye que no hay en autos antecedentes suficientes que permitan tener por acreditado dicho acuerdo.

Asimismo, es importante destacar que de acuerdo a la literatura económica (Motta, 2004) el intercambio de información y la comunicación entre empresas competidoras si bien puede facilitar la colusión, también puede explicarse por motivos de eficiencia que conducen a un mayor bienestar. En esta misma línea, los tribunales en Estados Unidos han resuelto que las comunicaciones directas o reuniones entre empresas no son suficientes para dar por establecida la existencia de un acuerdo colusivo. Es importante recordar que para que sea posible establecer un acuerdo exitoso se requiere que las empresas actuando conjuntamente alcancen un mayor poder de mercado que el poseen individualmente y que resulte conveniente ejercerlo; que el acuerdo recaiga sobre los precios y prácticas comerciales y acerca de cómo restringir y distribuir la cantidad comprada por los consumidores; que se establezca un mecanismo de seguimiento y control de los compromisos asumidos como comportamiento colusivo de las empresas, a fin de detectar desviaciones respecto de lo planeado y que se establezca un sistema eficaz para sancionar a quienes no hayan cumplido con lo establecido por los miembros del acuerdo. La dificultad anteriormente planteada se ve aumentada cuando no se trata del mercado de un *commodity*; la competencia no se da puramente a nivel de precios y cuando las empresas tienen distintas estructuras de costos.

V. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LOS SEGUROS DE SALUD

Los antecedentes anteriores, expuestos en el fallo de mayoría del TDLC, invitan a reflexionar sobre los elementos de juicio y los aspectos técnicos implícitos en esta industria y los cambios ocurridos en la cobertura y precio de los planes. Un análisis más preciso de estos conceptos y de la evidencia empírica disponible permiten comprender el efecto del uso del sistema de precios en el sector salud y por tanto la lógica económica detrás de la modificación de la coberturas máximas. En el caso de una atención médica gratuita existe sobreconsumo y las personas realizan gastos en bienes o servicios cuyos beneficios sociales

son menores a sus costos. En otras palabras, se demanda atención médica innecesaria y se utilizan recursos que podrían ser mejor usados en otras áreas. Los mercados de seguros en general presentan algunas características especiales, como el problema de riesgo de abuso, la selección adversa y las políticas de precios. En cuanto a esta última, es importante la racionalidad económica detrás de los deducibles, topes y copagos.

5.1 Riesgo de Abuso

Es un efecto que se puede producir en todos los mercados de seguros. Resulta del hecho que al asegurarse, la persona cambia su comportamiento de tal manera que vuelve más probable el evento contra el que se aseguró. Un ejemplo de este efecto es que, al contratar un seguro contra robos, la persona es menos cuidadosa en poner alarma de modo que aumenta la probabilidad del robo. En el caso de seguros de salud, el efecto del riesgo de abuso se refleja en que a medida que la cobertura del seguro es mayor, el consumidor cambia su comportamiento demandando mayor cantidad de atenciones de salud (o mejor calidad de ellas).

El riesgo de abuso produce una pérdida de bienestar a la sociedad, debido a que el consumo adicional es valorado en menos que su costo. Las unidades adicionales no eran consumidas en ausencia de seguro, ya que el individuo no las valoraba tanto como para pagar su precio (el que corresponde en ausencia de distorsiones, al costo para la sociedad de usar recursos en la producción de ellas). Al contratar el seguro, el individuo decide consumir dichas unidades adicionales, no porque las valore más, ni porque haya disminuido el costo de producirlas, sino porque enfrenta un menor precio por ellas (la diferencia la cubre el seguro). Sin embargo, al darse cuenta de que cambia el comportamiento de este consumidor (y de todos los asegurados) la aseguradora le debe aumentar la prima para tratar de cubrir su mayor gasto esperado. Por lo tanto, eventualmente será el mismo individuo el que al final deberá pagar –a través de una mayor prima- por las unidades adicionales consumidas, a pesar de que si le cobraran directamente por ellas no estaría dispuesto a pagar. Indudablemente esta no es una buena solución para el consumidor ni para la aseguradora (que debe invertir recursos en tratar de determinar cuanto aumentar la prima del seguro por el riesgo de abuso, sin que el consumidor decida no contratarlo) lo que genera una pérdida de bienestar.

Sin embargo, dicha pérdida de bienestar no va a ser igual para todas las atenciones de salud, sino que va a depender directamente de la cobertura del seguro (el porcentaje del precio que el consumidor no debe pagar, sino que es cubierto por el seguro) para cada atención, del gasto total en la atención y de la respuesta de la cantidad demandada ante cambios en el precio. Para las atenciones cuya demanda sea más insensible al precio, el cambio en el consumo de salud producto del menor precio enfrentado será más bajo y por tanto el riesgo de abuso será menor. De lo anterior se desprende que la cobertura de los seguros se puede estructurar de manera de minimizar la pérdida de bienestar asociada al problema de riesgo de abuso. En general, las prestaciones más riesgosas presentan una demanda más insensible al precio, como muestran los resultados del experimento de la RAND (Newhouse, 1996).

En esos casos, la cobertura del seguro puede ser mayor (o el copago menor) sin que cambie mucho la cantidad demandada y por tanto sin afectar negativamente el bienestar. El riesgo de abuso es un problema que debe ser considerado en el diseño de los sistemas de salud, para evitar un crecimiento excesivo de los costos.

Para disminuir este problema y la pérdida de bienestar asociada a él, se puede utilizar mecanismos por el lado de la demanda o por el lado de la oferta, ambas con sus ventajas y desventajas. Por el lado de la demanda, los co-pagos (en especial sobre atenciones con demanda muy elástica) y deducibles incentivan a los consumidores a ser más cuidadosos en sus gastos en servicios de salud y disminuyen el alcance de los seguros, ya que disminuyen la protección del ingreso ante riesgos financieros. Por el lado de la oferta, existen diferentes mecanismos que ayudan al control de costos, dejando en los proveedores la responsabilidad de evitar gastos excesivos (ej. pagos por capitación y Pagos Asociados a Diagnóstico)

5.2 Selección Adversa

En muchos casos, los consumidores conocen mejor su estado de salud y necesidades de atención futura que los aseguradores. Los consumidores que tengan una ventaja de información respecto de los aseguradores pueden demandar un plan con alta cobertura, sin que los aseguradores puedan pronosticar esos gastos al fijar la prima. Este comportamiento se conoce como selección adversa ya que la gente se auto-selecciona en forma adversa a los intereses de los aseguradores. Lo anterior se manifiesta en que los consumidores de alto riesgo tratan de tomar planes de salud diseñados para personas de bajo riesgo (planes con alta cobertura y baja prima) Esto produce problemas a los aseguradores, porque los asegurados que se seleccionan adversamente van a requerir mayores gastos en salud que los que están presupuestados en la prima cobrada a ellos, lo que llevaría a las aseguradoras a tener pérdidas.

La naturaleza del problema de selección adversa es la asimetría de información entre asegurados y aseguradores. Hay información acerca del consumidor que es privada y que por lo tanto siempre va a generar asimetría en la información y por tanto selección adversa. Sin embargo, hay otra parte de la información acerca del asegurado que sí puede ser conocida por el asegurador (información pública) y que por lo tanto, sólo genera selección adversa si no se permite al asegurador conocerla o ocuparla para la fijación de primas. Por lo tanto, el problema de selección adversa se puede agravar si no se permite a los aseguradores fijar las primas de acuerdo al riesgo de los asegurados. La fijación de primas usando toda la información pública disponible por parte de los aseguradores es posible sólo en el caso en que se permita a los aseguradores cobrar primas diferentes según los riesgos pronosticados de las personas y resultará en que las personas con riesgos mayores paguen primas más altas.

5.3 Selección de riesgos y descreme del mercado

En el caso de la salud, en general se argumenta que no es justo que las personas con peor salud, además de sufrir por ella, tengan que pagar primas más altas. Por esa y otras razones, en algunos sistemas no se permite a las aseguradoras cobrar a sus asegurados según su riesgo, sino en forma pareja a todos (ej. esquema de compensación de riesgos para el GES

en el Fondo de Compensación Interisapres) o diferenciando sólo por grupos de edad, sexo u otras características semejantes.

En un estudio para 50000 personas en Holanda (van Vliet, 1992), se encontró que el uso de variables de edad y sexo sólo explicaría el 3,2% de la varianza total de gastos en salud, mientras que la incorporación de la historia clínica del consumidor como variable explicativa permitía explicar cerca del 20% (si se lograra explicar el 100% desaparecía la incertidumbre y por tanto perderían sentido los seguros)

Al no permitir la diferenciación de primas por riesgo, se obliga a las aseguradoras a cobrar primas más altas a todos sus asegurados para cubrir el mayor gasto esperado de las personas más riesgosas que tengan en su cartera. Pero como el gasto esperado de los consumidores menos riesgosos es menor, para una prima dada a las aseguradoras les conviene tener más usuarios de bajo riesgo, lo que las incentiva a tratar de atraerlos haciendo selección por riesgo. La forma de atraer a los usuarios menos riesgosos es ofreciéndoles planes de salud más baratos. Pero si una aseguradora ofrece primas más bajas a los menos riesgosos, los más riesgosos también querrán tomar esos planes más baratos (selección adversa) En ese caso, si los malos riesgos siguen a los buenos riesgos (para pagar menores primas) ya no es rentable para esa aseguradora ofrecer los planes más baratos, sino que deben volver a cobrar más caro (a todos sus asegurados por igual, buenos y malos riesgos). Esto volverá a incentivar a que otra aseguradora ofrezca planes baratos para tratar de obtener ganancias atrayendo a los consumidores menos riesgosos, y así sucesivamente.

5.4 Evidencia Empírica

Muchas veces se asevera que uno de los problemas de la economía es la dificultad de realizar experimentos controlados. Sin embargo, la Corporación RAND, financiada por el Gobierno Federal de los EEUU- realizó un estudio (Newhouse, 1996) con características de experimento controlado para evaluar las consecuencias del uso del sistema de precio en el sector salud, cuyos resultados presentan evidencia de gran valor y pueden ser fácilmente aplicados al caso chileno⁷. La importancia de los resultados obtenidos con este experimento, es que con ellos es posible zanjar la brecha existente entre las distintas posiciones que existen al estudiar el efecto del uso de precios en el sector salud. El objetivo del experimento de la RAND fue resolver empíricamente dos preguntas fundamentales:

- en cuanto difiere la demanda por atención médica si ésta se provee gratuitamente o de acuerdo a varios sistemas de copago y
- cuáles son las consecuencias sobre la salud de estos distintos sistemas de financiamiento de la provisión de atención médica.

⁷ En este experimento se compararon diferentes sistemas de cobro, que incluyen no pagar nada y copagos que varían de 5% a 95% (todo con un tope anual en los gastos, por arriba de ese tope el seguro cubría 100%) Los participantes en el experimento fueron asignados en forma aleatoria a distintos planes, que diferían en el monto del copago. Se siguieron 2000 núcleos familiares seleccionados para ser representativos de los sectores urbanos y rurales en diferentes regiones de los EEUU, por períodos de tres a cinco años. Durante ese periodo se evaluó el uso del sistema de salud y la evolución del estado de salud de todas las personas de los núcleos familiares seleccionados. El experimento comenzó a diseñarse en 1971 y la participación de las familias terminó en 1982.

Este experimento dejó importantes lecciones respecto al diseño óptimo de un sistema de seguros. La más importante es que un sistema gratuito para todos implica el desperdicio de hasta 40% de los recursos utilizados en entregar atención médica. La reducción de los copagos genera un aumento en la cantidad demandada de prestaciones, lo que puede llevar a mayores colas y listas de espera (si es que no existe capacidad para satisfacer esta mayor demanda) o a un aumento en el gasto, es decir, a una mayor utilización de recursos en esta área. En segundo lugar, es necesario diseñar un sistema que tenga un esquema de exención (como podría ser un subsidio otorgado por el Estado) para los pobres y en particular para los enfermos. El tipo de contrato ideal que debería ofrecerse debería cumplir con los objetivos de:

- Evitar el sobreconsumo
- Proveer una protección contra el riesgo

Una opción es incluir un deducible relativamente bajo (el asegurado paga el 100% de los primeros \$X de gasto), un copago y un máximo a pagar del bolsillo por persona (el que debe tener una relación con el ingreso medio de la población, ya que es el parámetro que dota al sistema de un límite al riesgo financiero que se enfrenta).

No sólo el experimento de la RAND ha demostrado que el copago tiene un efecto importante en el comportamiento del consumidor. En Julio 1977, la United Mine Workers of America Health and Retirement Funds modificó su cobertura de salud con un mecanismo de financiamiento compartido en la forma de un deducible por US\$250, copago de 40% en consulta médica y un máximo pago por familia de US\$500 al año. Scheffler examinó el uso de atenciones médica durante 5 meses, después del cambio en la cobertura. Este estudio encuentra que las admisiones a hospitales bajaron un 30%, el promedio de estadía aumentó en 1 día y el gasto promedio por admisión aumentó en 10%. Aquellos usuarios que utilizan servicios médicos tuvieron un 28% menos visitas y un gasto 38% menor.

Otros estudios (Cherkin et al. 1989, 1990) evaluaron el efecto de un copago de US\$5 en las atenciones de una HMO encuentran que los copagos generan una disminución de 14% en los exámenes médicos, 10% en las atenciones de consultorio y un 3% en las atenciones de especialistas. Sin embargo, notan que las tasas de uso previas a la fijación del copago de atenciones preventivas en la HMO eran bastante más altas que las de pago por servicio. Otro estudio (Becker, 1983) examinó en 1974 el uso de atenciones hospitalarias con datos de 397 hospitales. Se encuentra que tanto los usuarios de Medicare como también los particulares presentaban una baja intensidad de uso, mientras que los usuarios de Medicaid tenían una alta intensidad de uso. Es probable que los usuarios de Medicare se evaluaran antes de la hospitalización o como pacientes ambulatorios. El alto uso de pacientes Medicaid se atribuye a una mayor proporción de personas enfermas en el Medicaid o al sistema de reembolso de éste mismo, que es más generoso para los pacientes hospitalizados que para los ambulatorios. Finalmente, Wilensky et al. (1983) resume los principales resultados de una serie de estudios que se basan en el National Medical Care Expenditure Survey. La principal conclusión plantea que mientras menos paga un individuo por la

atención médica, mayor es la probabilidad de que el prestador individual o institucional aumente las visitas y gastos relacionados.

Se puede concluir que la literatura económica sobre los seguros en general, y sobre los seguros de salud en particular nos entrega importantes lecciones sobre la importancia de utilizar copagos, deducibles y topes. En tal sentido, la modificación de los planes ofrecidos por las Isapres desde el 2002, es consistente con tales prescripciones y a la luz de la evidencia existente, parece haber contribuido a una reducción en las crecientes tasas de siniestralidad que enfrentaban las Isapres.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA OPINIÓN DE MINORÍA DEL TDLC

El fallo del TDLC contó con el voto de minoría de dos de sus integrantes. Es un voto bien fundamentado y nos interesa destacar un par de aspectos, que son distintos al análisis de la prueba misma y la convicción a que llegó el fallo de minoría:

6.1 La construcción teórica ilícito colusivo

El voto de minoría parte con varias consideraciones acerca de los requisitos para configurar el ilícito colusivo, que nos parece importante reseñar (Considerandos Primero al Cuarto). En efecto, el entendimiento del ilícito colusivo por parte de los Ministros disidentes es diferente del que sostienen los Ministros del voto mayoritario.

Sostiene que para sancionar conductas como la denunciada basta que concurren: (a) La confluencia de voluntades o existencia de un acuerdo; y (b) El efecto negativo actual o potencial respecto de la competencia. Agregan que resulta improcedente que la frase final de la letra a) del Artículo 3° del Decreto Ley N°211 imponga como requisito adicional de ilicitud que los partícipes de un acuerdo efectivamente abusen del poder de mercado que dicho acuerdo les permitió alcanzar, mantener o incrementar. La razón de fondo sería que conforme el inciso primero del referido Artículo 3°, son tan ilícitos aquellos hechos, actos o convenciones que producen el efecto de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, como aquellos que tienden a producir los efectos reseñados. Esa interpretación, argumentan, sería consistente con el encabezado del inciso segundo, que sólo enuncia ejemplos de casos en que dichos efectos se producen efectivamente, sin pretender por esa vía excluir la ilicitud de aquellos supuestos en que los efectos se tienden a producir.

A mayor abundamiento, el voto de minoría agrega que constituye un error conceptual entender que el abuso de la posición que el acuerdo permite alcanzar, mantener o incrementar, es un requisito adicional para que exista colusión, toda vez que ello supone confundir los ilícitos de colusión con una hipótesis de ilícitos diferente, como es el abuso colectivo de posición dominante.

Por último, los que suscriben el voto de minoría aclaran que, a pesar de los argumentos dados, no equiparan las infracciones que efectivamente producen los efectos

anticompetitivos con aquellas que solo tienden a producirlos, circunstancia que deberá ponderar el tribunal a la hora de imponer las multas que procedan.

En nuestra opinión, si bien la construcción que hace el voto de minoría de sus razones parece lógica, creemos que hay varios puntos que merecen un análisis más detallado. Desde luego, es difícil desentenderse de manera tan flagrante del tenor literal de la frase final de la letra a) del Artículo 3° del Decreto Ley N°211, que expresamente impone que los partícipes de un acuerdo efectivamente abusen del poder de mercado que dicho acuerdo les permitió alcanzar, mantener o incrementar. A nuestro entender es evidente que es el numeral a) del Artículo 3° del decreto Ley N°211 el que trata con más precisión la figura de la colusión, por lo que sustentar sus elementos teóricos en el inciso primero del Art. 3° ya referido, que trata la figura genérica de atentado a la libre competencia, no nos parece del todo consistente. En efecto, la distinción entre acuerdo y una práctica concertada, que recoge la cooperación informal propia de una de las formas de colusión, sólo aparece explícita en la norma más específica y tiene mayor riqueza conceptual.

En el mismo sentido, la necesidad de acreditar un efecto anticompetitivo de la conducta o de daño al mercado tiene también eco en la potencial sanción de las figuras de colusión, toda vez que, a diferencia de otras legislaciones sería sostenible que en nuestro país se requiere una ponderación caso a caso de las conductas, que el derecho anglosajón ha llamado *rule of reason*, a diferencia la sanción *per se* de la conducta, independiente de sus efectos nocivos⁸. En síntesis, si bien esta parece una discusión puramente doctrinaria, es evidente que tiene consecuencias prácticas⁹.

Por último, agreguemos que la Corte Suprema ha sido consistente en su jurisprudencia en el sentido que la figura de colusión exige que los partícipes de un acuerdo efectivamente abusen del poder de mercado que dicho acuerdo les permitió alcanzar, mantener o incrementar.

6.2 Prueba del ilícito de colusión

El voto de minoría sostiene que la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditado tanto por prueba directa como indirecta, e incluso, sólo por prueba indirecta. Se indica que, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de la infracción a las normas de competencia.

Agrega que para acreditar los hechos anteriores, el tribunal debe considerar los medios de prueba que la norma del Artículo 22 inciso segundo del Decreto Ley N°211 ha establecido, esto es, los medios de prueba indicado en el Artículo 341 de Código de Procedimiento civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes.

⁸ Romero Guzmán, Juan José (2007) pp. 357-362. y pp. 404-407.

⁹ Valdés Prieto, Domingo (2006) pp. 527-530, en mismo sentido nuestro.

Destaca el fallo de minoría que justamente esa referencia expresa a indicios o antecedentes como medios de prueba adicionales a los que contempla el ordenamiento procesal civil, resulta coherente con la naturaleza de los ilícitos que les corresponde juzgar como también con sistema de apreciación de la prueba que se ha establecido, basado en la sana crítica.

Por otro lado, el voto de minoría sostiene que el examen de los indicios, antecedentes y pruebas allegados a la causa, debe efectuarse en correspondencia con un análisis lógico, jurídico y económico que los considere de una manera sistemática, esto es, ponderando los unos con los otros, considerados en su conjunto, para de esa forma establecer si hay o no infracción a la libre competencia.

Manifiestan también que si de hechos plenamente demostrados puede inferirse la existencia de colusión entre las requeridas, entonces está debe darse por acreditada y aplicarse la multa respectiva. Si en cambio los hechos tienen una explicación plausible alternativa a la colusión, el requerimiento debe ser desechado.

Por último, agregan que esta metodología debe complementarse con el análisis de las explicaciones de las hipótesis alternativas a la colusión que las requeridas han alegado en autos, no bastando que el discurso argumental sea teóricamente susceptible de haber ocurrido en los hechos, sino que ellas sean plausibles y robustas desde el punto de vista económico y jurídico, en relación con los hechos tal como han sido acreditados.

Luego de esto, los ministros que suscriben el voto de minoría concluyen que han llegado al convencimiento que la única conclusión posible respecto de los hechos sometidos a su conocimiento es que existió entre cuatro de las requeridas una práctica concertada cuyo objeto y efecto fue el de restringir la libre competencia para así poder disminuir la relación calidad/precio del producto ofrecido a sus afiliados y limitar la libertad de lección de los mismos.

El voto de minoría se sustenta en la definición de colusión tácita, que ocurre cuando los involucrados toman decisiones paralelas, conscientes de que la decisión de cada uno es similar a la del resto y sabiendo que este paralelismo juega un rol fundamental en la decisión de cada empresa. Es decir que para cada una su comportamiento es óptimo en tanto las otras empresas se comporten de igual manera. La argumentación hace hincapié en que parte fundamental de la tarea del tribunal, una vez acreditados ciertos elementos básicos como el paralelismo de las acciones, la posición dominante de los acusados y el perjuicio provocado a otra, es identificar si el comportamiento de cada empresa era óptimo más allá del comportamiento que siguiesen sus rivales. Para ello las partes involucradas en el caso presentan evidencia sobre factores adicionales que son consistentes con su postura y no con la del adversario.

El fallo del tribunal se basa entonces en la valoración que se haga de esta evidencia o de otros factores adicionales que el mismo tribunal identifique. Si bien existe algún grado de debate en la teoría económica respecto a si ambos tipos de acuerdos debieran sancionarse o sólo los explícitos, la ley del ramo en su Art. 3 castiga a los dos cuando considera entre las prácticas contrarias a la libre competencia “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 cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.

Desde nuestra perspectiva, la descripción sintética de la forma de probar los ilícitos contrarios a la libre competencia que realiza el voto de minoría, nos parece de una claridad destacable. Con todo, nos parece importante precisar dos aspectos de lo anterior:

(i) En primer lugar, la referencia del Artículo 22 inciso segundo del Decreto Ley N°211, en cuanto a que serán admisibles los medios de prueba indicados en el Artículo 431 del Código de Procedimiento Civil y todo indicio o antecedente que, en concepto del Tribunal, sea apto para establecer los hechos pertinentes, debe entenderse en su contexto. Los medios de prueba son los instrumentos o circunstancias en los cuales el juez encuentra su convicción frente a las proposiciones de las partes.

En este sentido, si bien la referencia a “todo indicio o antecedente” amplía el marco de los medios de prueba, ellos no podrían en sí mismos constituirse en plena prueba de los hechos que se pretende acreditar. En otras palabras, estos “indicios o antecedentes” deben ser mirados en un contexto de toda la prueba rendida y apreciados conforme a la sana crítica a que está llamado a aplicar el TDLC. Eso es consistente con la definición misma de “indicios” que proporciona la Real Academia de la Lengua, al decir que son “aquellos que mueven de tal modo a creer una cosa, que ellos solos equivalen a prueba semiplena”. Lo mismo respecto a la definición del concepto de antecedente, es decir, “acción, dicho o circunstancia anterior que sirve para juzgar hechos posteriores”. Lo anterior nos lleva a concluir que, aunque parezca evidente, sólo indicios o antecedentes no bastan para acreditar la colusión, pero sí podrán llegar a formar convicción de culpabilidad si ellos van acompañados de otros medios de prueba que los refrenden o fortalezcan.

(ii) Un segundo comentario dice relación con que el voto disidente destaca un elemento nuevo en el análisis de la prueba rendida y que se refiere a que, si de los hechos acreditados o probados puede inferirse la existencia de colusión entre las Isapres requeridas, ella debe darse por acreditada, y solo debería rechazarse si esos hechos tienen una explicación plausible alternativa a la colusión, caso en el cual el requerimiento debe ser rechazado.

Pues bien, el fallo de minoría reprocha al fallo de mayoría que no presenta una única explicación alternativa de la colusión que se haga cargo de todos estos elementos y los justifique en un ambiente concreto de competencia. En este punto, nos parece que lo exigible al TDLC es que llegue a una convicción de culpabilidad, pero si no ha arribado a dicha convicción, no está obligado al mismo tiempo a presentar una única explicación alternativa de la colusión, sino simplemente a explicitar de manera lógica en el fallo sus razonamientos de porque no logró formarse la convicción de culpabilidad.

En justicia, hay que decir que el voto de mayoría da explicaciones alternativas plausibles y razonables de las distintas conductas observadas en las Isapres denunciadas, dejando claro las razones por las cuales no llega a formarse la convicción de culpabilidad en cada caso. Es cierto que el voto de mayoría no da una sola y única explicación, sino que dependiendo del hecho concreto avanza distintas explicaciones posibles, pero todas ellas apuntan en una

misma dirección, esto es, la insuficiencia de la prueba para formarse una convicción de culpabilidad de las imputadas.

VII. ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema conoció del tema por la vía del Recurso de Reclamación interpuesto por la FNE, y fue fallado bajo el Rol 4052-07 el 28 de Enero de 2008. Al igual que a nivel del TDLC, en la Corte Suprema hubo un voto de mayoría suscrito por tres de los integrantes de la sala y un voto de minoría suscrito por dos integrantes de la sala. Es decir, nuevamente se adivina la tensión intelectual que el tema debió generar al interior del tribunal, pero la mayoría estuvo por desestimar el recurso. Sin perjuicio de ello, el fallo de mayoría contiene varios elementos importantes de analizar.

7.1 Elementos teóricos del ilícito de colusión

La Corte Suprema estima que la sentencia del TDLC fija acertadamente las condiciones que deben concurrir para sancionar una conducta como la sancionada. Esto es, 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. Esto despeja un tema vinculado al ilícito de colusión y nos parece que la Corte Suprema siguió el camino correcto y estrictamente apegado a la norma legal.

7.2 Mercado relevante

En esta materia nos parece que la Corte Suprema también mantiene la idea de mercado relevante que sustenta el fallo de mayoría del TDLC, esto es, el de las Isapres abiertas. **A lo menos no hay algo concluyente en sentido contrario que se desprenda del fallo.** Lo anterior **tiene relevancia**, toda vez que si se incluyera a Fonasa **dentro del mismo mercado de las Isapres abiertas**, las Isapres requeridas carecerían del poder de mercado necesario para ser investigadas por el ilícito materia de estos autos u otros que potencialmente podrían requerir ser investigados. **Con todo, es evidente que un análisis detallado por cada Isapre puede hacer cambiar esta postura, toda vez que a lo menos en ciertos segmentos Fonasa opera como sustituto de algunas de ellas, dándose cierta movilidad entre sus clientes.**

7.3 Barreras de entrada

La Corte Suprema en forma escueta pareciera respaldar las conclusiones del fallo de mayoría del TDLC en la materia, toda vez que indica 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.

7.4 Frente al razonamiento del TDLC

La Corte Suprema realiza una dura crítica a la manera en que el TDLC expuso su razonamiento y conclusiones a la prueba rendida. La Corte Suprema parte señalando que el

análisis que 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. Luego entra en una detallada enumeración de lo que ella considera incertidumbre de los razonamientos (Considerandos Séptimo al Undécimo), para concluir 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” (Considerando Undécimo). Luego remata diciendo 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” (Considerando Duodécimo).

Nos parece que el reproche que hace la Corte Suprema al TDLC está expresado en términos demasiado duros. En efecto, la forma de razonar del TDLC no es en blanco y negro, muy por el contrario, está lleno de matices y disquisiciones, algunas veces excesivas para nuestro parco medio judicial. Al explicitar sus razonamientos en forma detallada el TDLC no hace sino confirmar la naturaleza mixta de su composición como tribunal, con abogados y economistas, lo que es de suyo excepcional en nuestro medio; y por otro lado da cuenta de un proceso en que el Derecho deja de ser una disciplina autónoma, y muy por contrario, evidencia que el Derecho como ciencia está cada vez más influido por las ciencias sociales en general y por la economía en particular¹⁰.

Con todo, se debe rescatar un mensaje en las duras palabras de la Corte Suprema, y es que el TDLC es libre y autónomo para llegar a la convicción que estime pertinente, pero debe ser más cuidadoso al explicitar las razones de dicha convicción, evitando caer en aparentes contradicciones o utilizar un lenguaje, que por el exceso de matices, parezca poco concluyente.

7.5 Razones de fondo de la Corte Suprema en su voto de mayoría

Como ya adelantamos el fallo de mayoría de la Corte Suprema rechaza el Recurso de Reclamación presentado por la FNE. Sus razones van en la línea de su jurisprudencia previa, esto es, frente a la disyuntiva de estimar si las conductas pueden ser explicadas por un acuerdo o concertación entre las Isapres requeridas o bien por la competitividad y características propias del mercado, claramente se inclina por esta última opción. En forma algo críptica el fallo indica que:

¹⁰ Posner, Richard (2000) pp. 102-122.

“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” (Considerando Décimo Tercero para final).

La Corte abunda este argumento diciendo que 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 (Considerando Décimo Cuarto).

Agrega, en un considerando difícil de entender a cabalidad que, *“la prueba de presunciones con que se pretende demostrar la existencia de la colusión de que se trata, no es directa puesto a 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”*. (Considerando Décimo Quinto).

Nos resulta algo confuso la terminología empleada, toda vez que los medios probatorios directos son aquellos que permiten al juez formarse su convicción por la observación personal y directa del hecho cuestionado, como puede ser una prueba de inspección personal del tribunal. Son, en cambio medios probatorios indirectos, aquellos que permiten formar la convicción del juez sobre el hecho cuestionado a través de la percepción o conocimiento de terceros, como resulta por ejemplo en la prueba testimonial. Parece claro que el Artículo 22 del Decreto Ley N°211 en su inciso segundo admite la prueba tanto directa como indirecta, por su amplia referencia al Artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, que contempla medios de prueba que califican como directos o indirectos según sea el caso.

Respecto de la prueba de presunciones, que concordemos que en los términos recién indicados califica como un medio de prueba indirecto, para que produzca plena prueba, tratándose de presunciones judiciales ellas deben ser graves, precisas y concordantes, en los términos que utiliza el Código civil en su Artículo 1712 inciso final, lo que hay que concordar con el Artículo 426 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, que dispuso que una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento. El que las presunciones sean graves significa que los antecedentes de los cuales se deduce la presunción sean de tal naturaleza que hagan sacar la consecuencia casi necesaria del hecho desconocido que se busca; que sean precisas significa que los antecedentes no sean susceptibles de aplicarse indistintamente a varias situaciones o ser vagos; por último, que sean concordantes se refleja en que sean armónicas entre ellas, que no se destruyan unas a otras¹¹.

¹¹ Rodríguez Papic, Ignacio ; actualizado por Maturana Miquel, Cristián (1995) pp. 103-104 y pp. 210-217.

En síntesis, las presunciones en que se basó el TDLC podrían ser cuestionadas por no reunir estas características de gravedad, precisión o concordancia, pero no se le puede cuestionar su carácter de prueba indirecta, ya que es su naturaleza tener dicho carácter. Con todo, dado los profundos conocimientos procesales de los jueces de la Corte Suprema, es poco probable que en esta aparente confusión terminológica no exista un mensaje más de fondo, y ese sería simplemente que para nuestro más alto tribunal, a lo menos en la mayoría que rechazó el recurso de autos, la colusión sólo puede ser probada por medios directos, es decir, el tribunal exige lo que se ha llamado prueba dura del acuerdo colusivo, no bastándole los medios indirectos para acreditarla.

7.6 Las razones de la Corte Suprema en su voto de minoría.

Por primera vez un fallo de nuestro más alto tribunal muestra diversidad de pareceres en un tema de colusión. En efecto, dos de los Ministros estuvieron en minoría por acoger el recurso dado que, a su entender, existió entre cuatro de las instituciones requeridas una 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. En síntesis, la prueba rendida, a juicio de los ministros del voto de minoría, sólo puede ser explicada por un acuerdo entre cuatro de las Isapres requeridas.

Además, el voto de minoría adopta el criterio de la FNE en el sentido que para configurar el ilícito de colusión, basta el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que hayan producido 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. Por último, los ministros del voto de minoría sostienen, acertadamente, que las prácticas concertadas entre agentes económicos pueden ser acreditadas por prueba directa o indirecta, lo que está en relación con la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica que está llamado a aplicar el TDLC.

VIII. CONCLUSIONES

El tema de la colusión en Chile ha dado lugar a una jurisprudencia que evoluciona permanentemente. Desde los primeros casos que conoció el TDLC hasta el presente caso de las Isapres, el TDLC ha ido haciendo un poco más rígida su postura a favor de buscar pruebas lo más concluyentes de las conductas colusivas entre los agentes económicos. A nivel de Corte Suprema en cambio se observa una línea más clara para exigir pruebas materiales de las conductas colusivas no bastando la prueba indirecta que está contemplada en la normativa de libre competencia en Chile.

Tal como adelantáramos al comienzo de este artículo, creemos que el fallo de mayoría del TDLC es correcto en la ponderación de la prueba realizada y en su decisión de fondo absolutoria. En efecto, el TDLC realizó una adecuada ponderación de los elementos de prueba, exponiendo casi con demasiado detalle la evolución y sutilezas de sus razonamientos, al punto de hacerse merecedor de un severo reproche por parte del fallo de mayoría de la Corte Suprema. La razón fundamental de no haber logrado la convicción suficiente de culpabilidad de las Isapres requeridas es la razón esencial para un fallo

absolutorio y no es reprochable a sus ministros, a falta de convicción de culpabilidad, hacer primar el principio de inocencia a favor de las Isapres requeridas, **entendido dicho principio como una extensión sustantiva del debido proceso como garantía constitucional. En ese mismo orden de ideas**, la calidad de órgano colegiado del TDLC es la mejor garantía que las posturas finales de cada juez solo prevalecen si logran la mayoría necesaria para convertirse en sentencia decisoria.

Los votos de minoría, tanto a nivel de TDLC y de Corte Suprema, dan al tema de la colusión un tratamiento distinto, tanto desde el punto de vista de los elementos que deben reunirse para configurar el ilícito colusivo, como del grado de convicción que les genera la prueba indirecta rendida en los procesos judiciales, la que admiten sin reservas. En ambos tribunales hay un voto de minoría fundamentado aunque insuficiente en número como para hacer prevalecer su postura.

Considerando la situación actual, tanto legal como jurisprudencial, desde el punto de vista de las políticas públicas se hace necesario impulsar mecanismos que refuercen la posibilidad de descorrer el velo de la colusión en Chile. **La necesidad de dar una revisión orgánica y de fondo a la normativa sobre libre competencia, a pocos años de su implementación, parece como necesaria y oportuna. Es evidente que la experiencia de estos años justifica esa revisión, y en particular en materia de colusión, sería posible avanzar en identificar *ex ante* aquellas prácticas de negocios que facilitan la colusión, discriminando entre aquellas consideradas peligrosas como todas aquellas que facilitan la el intercambio de información y la coordinación en materia de precios. Igualmente, la discusión debe incluir las posibles medidas *ex post* que busquen combatir de manera más eficaz los carteles existentes y lograr por esa vía la obtención de la evidencia dura que parece ser el camino por el que ha optado nuestra jurisprudencia¹².**-

¹² Motta, Massimo (2007) pp. 190-202.

BIBLIOGRAFÍA

- Agostini, Claudio; Saavedra, Eduardo y Wellington, Manuel (2007); Las Fallas del Fallo Isapres; Observatorio Económico; Facultad de Economía y Negocios; Universidad Alberto Hurtado; disponible en www.economiaynegocios.uahurtado.cl.
- Becker (1983), Internal Organization of Hospitals and Hospital Costs,. Inquiry.
- Cherkin, D.C, L. Grothaus and E. H. Wagner (1989); The Effect of Office Visit Copayments on Utilization in a Health Maintenance Organization; Medical Care.
- Cherkin D. C, L. Grothaus L, and E. H. Wagner (1990); The effect of office visit copayments on preventive care services in a health maintenance organization; Inquiry.
- Desormeux, D. (2001); Monografía; Instituto de Economía; Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Elhaug, Einer y Geradin, Damien (2007); Global Competition Law and Economics; Hart Publishing.
- Kovacic, W.E. (1993); The identification and proof of horizontal agreements under the antitrust laws; Antitrust Bulletin.
- Larrañaga, O. (1996); El sistema de salud dual chileno, mimeo, Universidad de Chile y Cepal.
- Libertad y Desarrollo (2005); ISAPRES: Mercado y Competencia; Temas Públicos N° 744.
- Miranda, E. y R. Paredes, (1997); Competencia, integración vertical y rendimiento en los servicios de salud públicos y privados de Chile, Documento de Trabajo R-306, BID.
- Motta, Massimo (2007); Competition Policy, Theory and Practice; Cambridge University Press.
- Newhouse, J. P. (1996); Free For All? Lessons from the RAND Health Insurance Experiment; Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Posner, Richard (2000); La Decadencia del Derecho como Disciplina Autónoma: 1962-1987; en Derecho y Economía: Una Revisión de la Literatura; de Roemer, Andrés (Compilador); Fondo de Cultura Económica.
- Phlips, L. (1998); Collusion and predation. On the detection of collusion and predation, Applied Industrial Economics.
- Rodríguez Papi, Ignacio (1995) Procedimiento Civil; Juicio Ordinario de Mayor Cuantía; Actualizado por Maturana Miquel, Cristián; Editorial Jurídica de Chile.
- Romero Guzmán, Juan José (2007); Colusión de Empresas de Oxígeno: ¿Cuánta Evidencia es Suficiente?; en Sentencias Destacadas 2006; Libertad y Desarrollo.
- Valdés Prieto, Domingo (2006); Libre Competencia y Monopolio; Editorial Jurídica de Chile.
- van Vliet, R.C. (1992); Predictability of Individual Health Care Expenditures, Journal of Risk and Insurance.
- Viscusi, W. Kip; Harrington, Joseph E. Jr. y Vernon, John M. (2005); Economics of Regulations and Antitrust; MIT Press Books.-
- Wilensky, G. and L. F. Rossiter (1983); The Relative Importance of Physician-Induced Demand in the Demand for Medical Care; The Milbank Memorial Fund Quarterly. Health and Society.