

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

Tribunal	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y Corte Suprema (CS)
Rol	TDLC: 57/2007 CS: 4052-07
Fecha	TDLC: 12 de julio de 2008 CS: 28 de enero de 2007
Materia	Derecho Económico
Submateria	Derecho a la competencia y prácticas colusorias
Procedimiento	Recurso de Reclamación
Hechos	Con fecha 28 de septiembre de 2005 la FNE, formuló requerimiento en contra de las Isapres ING, Isapre Vida Tres, Isapre Colmena, Isapre Banmédica e Isapre Consalud por actos contrarios a la libre competencia de aquellos descritos en la letra a) del Artículo 3° del Decreto Ley N° 211. 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.
Tema central discutido	¿La conducta de las Isapres de coludirse para reducir los niveles de cobertura de los planes de salud ofrecidos constituye un atentado contra la libre competencia?
Considerandos relevantes	TDLC. QUINCUAGÉSIMO TERCERO: Que, como consecuencia de los argumentos precedentes, este Tribunal estima que el mercado relevante en el cual se podría haber producido la colusión imputada a las Isapres requeridas 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 par 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 Fonasa. Ello incluiría, con elevada probabilidad, a segmentos ma con ingresos imposables mensuales superiores a \$400.000.-, los que, de acuerdo a sus características (sexo, edad, ingresos, riesgos observables en forma ex-ante), no percibirían a F. como un sustituto relevante de los seguros de salud ofrecidos por las Isapres abiertas; pudiese haber ocurrido un abuso de poder de mercado, como resultado de una eventual colusión por las

	<p>Isapres requeridas o parte de ellas;</p> <p>QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: (...) En opinión de este Tribunal, en el mercado de las Isapres 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 establecidas;</p> <p>SEXAGÉSIMO QUINTO. Que, en resumen, a juicio de este Tribunal, las barreras a la entrada descritas precedentemente 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 permitiría establecer como una hipótesis plausible la existencia de la colusión objeto del requerimiento.</p> <p>Octogésimo. Que, como consecuencia de todo lo anterior, a juicio de este Tribunal las características de la industria hacían factible en el año 2002 –y aun hoy- la celebración de un acuerdo colusivo con el objeto de reducir la cobertura de carátula, pero el mero hecho que todas las empresas hayan efectuado tal reducción no basta para acreditarlo. Por ello, habrá de establecerse a continuación si, en los hechos, dicho acuerdo existió o no. Para tal efecto, y a falta de evidencia directa de la existencia del mismo, será preciso constatar si puede presumirse legalmente la existencia de un acuerdo entre las requeridas a partir de los hechos acreditados en el proceso.</p> <p>CS:</p> <p>9º) Que continuando con el examen de los antecedentes, el fallo expresa, enseguida, que en autos “no hay prueba de que lo que ocurrió haya sido consecuencia de una interdependencia oligopolística, pero que tampoco la hay suficiente de que haya ocurrido la hipótesis contraria”, esto es, que la Isapres se hayan coludido y que, “pese a estimar posible que las requeridas se hayan coludido”, no se ha formado convicción suficiente sobre este punto (reflexión centésima decimasexta);</p> <p>11º) Que las disquisiciones citadas en los cuatro fundamentos que anteceden, aparecen revestidas de una imprecisión y de una falta de certeza impropia de los razonamientos que deben fundar las resoluciones que adopten jueces de la República. En efecto, tales declaraciones resultan vagas, equívocas, contradictorias y poco esclarecedoras al momento de definir si, efectivamente, existe el acuerdo colusorio denunciado en autos. No basta con mencionar la concurrencia de elementos que, eventualmente, podrían servir para establecer ese punto de hecho, sino que es preciso determinar certeramente si ellos acreditan o no dicha circunstancia;</p> <p>16º) Que, en estas condiciones, sólo cabe afirmar que la concurrencia de más de una hipótesis para explicar la conducta reprochada impide a esta Corte arribar a una conclusión indubitada en cuanto a la colusión que, se dice, habría regido la sustitución de la cobertura de carátula de los planes de salud; motivo por el cual, al no haberse adquirido la plena convicción de que tal situación legalmente reprochable se produjo, el recurso de reclamación no puede prosperar y debe ser rechazado.</p>
<p>Decisión.</p>	<p>TDLC: el requerimiento fue rechazado. CS: el recurso de reclamación fue rechazado.</p>
<p>Minorías</p>	

	<p>TDL: Ministros señora Butelmann y señor Depolo.</p> <p>2°) Que, en relación con lo anterior, resulta improcedente estimar que la frase final del literal a) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley N° 211 imponga como requisito adicional de ilicitud la circunstancia que los partícipes de un acuerdo como el que se viene describiendo efectivamente abusen del poder de mercado que dicho acuerdo les permitió alcanzar, mantener o incrementar. Lo anterior, por cuanto conforme al 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, interpretación que es 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, y por ende, introducir un requisito adicional para configurar la infracción</p> <p>11°) Que, así las cosas, los ministros que subscriben este voto disidente, ponderando el conjunto de las pruebas, antecedentes e indicios allegados a esta causa, han llegado al convencimiento de 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 competencia para así poder disminuir la relación calidad/precio del producto ofrecido a sus afiliados y limitar la libertad de elección de los mismos. Igualmente, y una vez ponderadas -también en conjunto- las pruebas, indicios y antecedentes aportados por las requeridas, han concluido que no son suficientes para respaldar o sustentar las tesis o explicaciones alternativas de la colusión que justificarían su conducta, por lo que corresponde aplicar a tales requeridas las sanciones y medidas que contempla el Decreto Ley N° 211</p> <p>35°) Que, sin embargo, lo que está acreditado en el expediente es todo lo contrario de lo que debe esperarse en condiciones de competencia. De ello no puede sino deducirse que son los propios competidores quienes han decidido actuar de una manera distinta de la que les ordenaría el mercado de no mediar una confluencia de voluntades cuyo objeto o efecto sea precisamente el de restringir la competencia en el mismo. En otras palabras: los hechos acreditados en esta causa sólo se explican si existe un acuerdo entre los competidores, a menos que existan antecedentes que hagan plausible una explicación de mercado, distinta de la colusión, circunstancia esta última que, a juicio de estos disidentes, no concurre en la especie;</p> <p>CS: ministros señores Oyarzún y Pierry</p> <p>PRIMERO: Que, a juicio de los disidentes, existió entre cuatro de las instituciones requeridas práctica concertada para restringir la competencia y poder disminuir los beneficios otorgados en sus planes de salud, reduciendo los porcentajes de cobertura de los planes y sus topes máximos;</p>
--	--

	<p>CUARTO: Que estiman comprobado que se produjo entre Isapre ING S.A.; Isapre Vida Tres S.A.; Isapre Colmena Golden Cross S.A. e Isapre Banmédica S.A. una simultaneidad en el comienzo de la sustitución de planes, con un evidente paralelismo en el ritmo del reemplazo de dichos planes, unido a una notoria disminución en la intensidad de la competencia entre los actores, reflejado en la reducción de los gastos de publicidad y fuerza de ventas; hechos que considerados en conjunto sólo pueden ser explicados por la existencia de un acuerdo entre las cuatro Isapres requeridas mencionada;</p> <p>QUINTO: Que, al parecer de la minoría, la sustitución de los planes de salud de 100/80 por 90/70 y la disminución de los topes máximos de cobertura, no pueden explicarse por un paralelismo que no sea fruto de colusión o por un aumento del costo de salud enfrentado disminuyendo la calidad del plan, ni por un descenso de la rentabilidad por un incremento de la tasa de siniestralidad.</p>			
<table border="1"> <tr> <td data-bbox="201 814 474 911">Resumen del comentario</td> </tr> <tr> <td data-bbox="201 911 474 1037">Rodrigo Castro Fernández y Felipe Bahamóndez Prieto</td> </tr> <tr> <td data-bbox="201 1037 474 1134">Sentencias Destacadas 2007</td> </tr> </table>	Resumen del comentario	Rodrigo Castro Fernández y Felipe Bahamóndez Prieto	Sentencias Destacadas 2007	<p>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 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 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.</p>
Resumen del comentario				
Rodrigo Castro Fernández y Felipe Bahamóndez Prieto				
Sentencias Destacadas 2007				