LIBRE COMPETENCIA Y DERECHOS SOCIALES: SALUD Y EDUCACIÓN

Andrés Rioseco

CeCo
CentroCompetencia

LIBRE COMPETENCIA Y DERECHOS SOCIALES: SALUD Y EDUCACIÓN

Enero 2020

Andrés Rioseco

Abogado y Magíster en Políticas Públicas por la Universidad de Chile, LLM. in Regulation por University College London. Es profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile y socio fundador de González Rioseco Abogados.

LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA Y SUS FINES

El derecho antimonopolios o de defensa de la competencia otorga a los agentes estatales un poderoso arsenal para intervenir la libertad contractual de los privados y orientar la actividad estatal. Su principal objeto de persecución son los acuerdos que falsean la competencia: la colusión. Pero también permite impedir concentraciones empresariales, perseguir conductas unilaterales y en general reprimir cualquier hecho, acto o convención que impida, entorpezca o restrinja la libre competencia.

La disciplina ha sido cuidadosa en propender a la utilización de esas herramientas exclusivamente para las finalidades específicas que contempla la ley. La legislación chilena define esa limitación en su artículo 1º: *"la presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados"*. Y dado que no hay mayores definiciones sobre el alcance del bien protegido, la jurisprudencia ha debido dar algunas luces sobre su extensión y ha existido cierto debate sobre las consecuencias en la aplicación práctica de esta finalidad protectora de la competencia en los mercados[1].

En derecho comparado, sin embargo, el objeto último de protección de las normas antimonopolios parecía bien definido en los últimos años. Tal como sostuvo Hovenkamp hace unos 15 años, "[d]*espués de décadas de debate, hoy disfrutamos de más consenso sobre los objetivos de las leyes antimonopolios que en cualquier momento del último medio siglo… Poca gente impugna que la misión esencial del derecho de la competencia es proteger el derecho de los consumidores a los precios bajos, innovación, y diversa producción que la competencia promete*"[2].

En Europa la protección del bienestar de los consumidores se había impuesto también como la meta a la que aspira el derecho de la competencia. Al decir de Whish, "[c]*omo proposición general, el derecho de la competencia consiste en reglas que tienen por objeto proteger el proceso de competencia para maximizar el bienestar del consumidor*"[3].

Y aunque en el último período ha surgido cierta impugnación en la academia a la aplicación práctica de las reglas *antitrust*, especialmente por las cortes en Estados Unidos, a quienes se acusa de haber permitido la emergencia de numerosos agentes con poder de mercado, la finalidad de protección del bienestar no ha formado parte de la crítica[4].

---

1. Prueba de ello, el seminario "¿Qué protege el derecho de la Libre Competencia?" organizado por la Facultad de Derecho y el Centro de Competencia (CeCo) de la Universidad Adolfo Ibáñez en junio de 2019. Para una discusión extensiva en doctrina sobre los fines de la libre competencia, véase: Domingo Valdés, *Libre Competencia y Monopolio* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 98-206.

2. Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005), 1. Traducción libre.

3. Richard Whish, *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 1. Traducción libre.

4. Jonathan Baker, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019).

Nuestra institucionalidad de defensa de la libre competencia se ha fundado sobre ese consenso. La creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) por la Ley N° 19.911, lo determina claramente como un organismo especializado en el cual abogados y economistas comparten las tareas de ministros. Así, se les confiere un rol técnico e independiente de otras finalidades de política pública, como la promoción de la pequeña y mediana empresa, la protección de la industria nacional, la estabilidad de los salarios y protección del empleo, la defensa del medio ambiente, o un rol derechamente redistributivo de ingresos o riquezas.

Con un enfoque desde lo económico, entonces, la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados tiene como objeto mediato de cuidado lo que enseña esa ciencia sobre el resultado de los mercados competitivos: una maximización del bienestar social[5].

Como ha expresado el Presidente del TDLC, don Enrique Vergara, "[l]*a política de competencia cumple un rol clave en el funcionamiento de la economía de un país. Contribuye a que se materialicen los beneficios propios de un sistema de mercado, esto es, la existencia de más y mejores bienes y servicios, de mejor calidad, al menor precio posible. Las repercusiones de las malas prácticas en libre competencia son altamente dañinas para el bienestar de los consumidores. Por ello es tan importante contar con instituciones robustas que cuenten con las atribuciones necesarias para investigar y sancionar adecuadamente las conductas que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia; así como para prevenir la comisión de estos ilícitos y fomentar actividades competitivas*"[6].

La Ministra del TDLC doña María de la Luz Domper en su discurso inaugural del Día de la Competencia 2017 explicaba que "*el TDLC ha interpretado* [la promoción de la libre competencia] *como el lograr maximizar el bienestar de la sociedad garantizando el buen funcionamiento del mercado. Esto se traduce en maximizar el bienestar (excedente) de los consumidores y en lograr una asignación eficiente de los recursos productivos, para maximizar el bienestar social. Por una parte, con la competencia los consumidores se ven beneficiados con una mayor variedad y calidad de bienes y servicios, a menores precios. Por otra parte, con la competencia entre empresas se obtienen avances tecnológicos y una mayor variedad de bienes y servicios, los que se vuelven más y más baratos bajo la presión de la competencia, todo lo cual beneficia finalmente a los consumidores. La libre competencia fomenta la iniciativa privada, la creatividad y la confianza de los agentes económicos que participan en el mercado. La libre competencia es inclusiva, permite que todos los actores participen libremente y accedan a los mercados*"[7].

Los fallos del TDLC coinciden en la evaluación del bienestar como criterio decisivo cuando se trata de interpretar las normas de defensa de la competencia. Aunque no necesariamente es el bienestar del consumidor el que se persigue proteger. Por ejemplo, al explicar el estándar adecuado para analizar una conducta unilateral exclusoria, el TDLC se inclina por un test de competidor igualmente eficiente por ser "*concordante con una institucionalidad de protección a la libre competencia que busca la maximización del bienestar social y no el ingreso de nuevos competidores por el solo hecho de incrementar el número de participantes en el mercado*"[8].

Mirada desde esa perspectiva, el rol de las agencias antimonopolios tiene sentido en la medida que existan mercados abiertos a la libre competencia como método de maximización del bienestar social. De lo contrario, sólo una adecuada regulación permitirá acercarse aparentemente a los resultados óptimos que proveen los mercados competitivos[9], único sentido último de la protección de la libre competencia en ellos.

---

5. Roger L. Miller y Roger E. Meniers, *Microeconomía* (Bogotá: Mc Graw-Hill, 1998), 608.

6. TDLC, *Anuario Mayo 2016 - Mayo 2017* (mayo 2017), 3, https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/Anuario/Anuario_TDLC_2017.pdf.

7. María de la Luz Domper, "La certeza como objetivo institucional" (Discurso, Santiago de Chile, noviembre 30, 2017), https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/12/Discurso-Dia-Competencia-FNE-final.pdf.

8. *Demanda de Netline Mobile S.A. contra Entel PCS Telecomunicaciones S.A. y otros,* C-271-2013, acumulada a roles C-269-2013 y C-286-2014, Sentencia TDLC N° 156/2017 (2017), C. 98.

9. Robert Baldwin y Martin Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (New York: Oxford University Press, 1999), 9.

Dada la impugnación al rol que los mercados han tenido en la provisión de determinados servicios públicos asociados a los denominados derechos sociales, especialmente en educación y salud, proponemos aquí una breve descripción del rol que ha jugado la libre competencia en algunos de esos mercados, algunas reformas recientes, y cómo los organismos antimonopolios han resuelto los conflictos asociados a actuaciones contrarias a la competencia en ellos.

LIBRE COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE ALGUNOS "DERECHOS SOCIALES"

No hay un catálogo único de los denominados "derechos sociales"[10]. Pero si uno tuviera que enumerar algunos, el derecho a la salud y a la educación muy probablemente formarían parte de esa lista[11].

Las reformas llevadas a cabo en Chile durante la década de 1980 tuvieron por objeto *"la privatización de empresas o de actividades, la introducción de incentivos de mercado, un medio ambiente que promueve la participación e inversión privada en estos servicios; y en aquellos casos en que el Estado se mantiene como proveedor o productor, la búsqueda de soluciones de competencia, descentralización y otras que lo induzcan a la eficiencia en la entrega del servicio"* [12].

Como consecuencia de estas reformas, la provisión de servicios de educación y salud quedó, al menos en parte, sujeta a una estructura de mercado en el que operaría una libre competencia.

A. Provisión de educación bajo un régimen de libre competencia

Hasta hace pocos años, la educación secundaria en Chile estaba constituida por un mercado de libre acceso, con sistemas de selección descentralizados. Las escuelas privadas podían recibir financiamiento público a través de subsidios a la demanda (*vouchers*) y podían obtener utilidades para sus dueños. La idea detrás de ese diseño era que la competencia por atraer estudiantes (y los *vouchers* que ellos portaban) permitiría mejorar la calidad de los servicios educacionales, otorgando a los padres la libertad de elegir el mejor establecimiento para cumplir con su derecho preferente a educar a sus hijos.

Sin embargo, luego de décadas de aplicación, el sistema terminó abruptamente con una reforma legal que prohibió el lucro a los establecimientos secundarios que recibieran fondos públicos, les impidió cobrar a las familias de los estudiantes y centralizó el sistema de admisión. Esta reforma estuvo fundada en que el efecto

10. La Declaración Universal de Derechos Humanos los menciona en el artículo 22, señalando que toda persona tiene derecho a obtener la satisfacción de los derechos sociales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a los derechos sociales en su capítulo III, señalando que los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente los derechos que se derivan de normas sociales, entre otros.

11. La Declaración Universal de Derechos Humanos contempla el derecho a la Salud en el artículo 25.1 el sentido de que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a sí mismo y a su familia -entre otros- la salud. En cuando al derecho a la educación, en el artículo 26 señala expresamente que "toda persona tiene derecho a la educación", y agrega que esta "debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental." Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contempla a la salud como límite al ejercicio de otros derechos: como limitación a la libertad de conciencia y de religión (artículo 12.3), como límite a la libertad de pensamiento y expresión (en su variante de salud pública, artículo 13.2.b), como límite al derecho de reunión (artículo 15); como restricción a la libertad de asociación (en su variante de salud pública, artículo 16) y como restricción al derecho de circulación y de residencia (en su variante de salud pública, artículo 22.3). En cuanto al derecho a la educación, en el artículo 26 se refiere al desarrollo progresivo del mismo, al que deben propender los Estados Partes.

12. Cristián Larroulet, "Presentación del editor" en *Soluciones privadas a problemas públicos,* ed. Cristián Larroulet (Santiago de Chile: Libertad y Desarrollo, 2003), 7.

del sistema de libre competencia en la educación secundaria llevó a la segregación de los estudiantes en base a los ingresos de sus padres, y a una calidad del servicio similar a la de los establecimientos públicos que no seleccionaban a sus estudiantes.

En efecto, el mensaje de la Ley Nº 20.845 es explícito en su fundamento para el cambio en el sistema de educación secundaria: "*la sociedad chilena ha exigido al Estado un cambio profundo de paradigma en el sistema educativo, que deje atrás la idea de la educación como un bien de consumo que se transa en el mercado. Un cambio que se funda en la convicción de que la educación es un derecho social*"[13].

El mismo Mensaje, por su parte, explica que el copago se justificó inicialmente en que los padres, madres y apoderados podrían aportar más recursos para la educación de sus hijos, esperándose aumentos en la calidad y optimización de los recursos públicos y privados destinados a esta área. Sin embargo, sostuvo que los resultados del copago llevaron a "*uno de los sistemas educacionales más segregados del mundo (PISA OCDE 2012), sin aportar significativamente en calidad (Mizala y Torche 2012; Valin, 2011; Saavedra, 2013) y aumentando las desigualdades en la educación escolar, alejándose, al mismo tiempo, de una visión de la educación como un derecho humano y social al cual se debe acceder de manera gratuita y sin discriminación*"[14].

Así, la Ley N° 20.845 terminó con el copago, la selección por los establecimientos educacionales, y la posibilidad de lucro de los sostenedores de escuelas privadas que reciben financiamiento público.

En el segmento de educación superior, en tanto, pese a que existía una prohibición formal de que las instituciones universitarias persiguieran fines de lucro, durante décadas imperó una libre competencia. Las instituciones competían por atraer estudiantes a carreras cuyas tarifas eran determinadas libremente por los establecimientos de educación superior. El Estado contribuyó como garante de créditos obtenidos para el pago de los aranceles, limitándose a otorgar "autonomía" a las instituciones que cumplían los requisitos legales.

La Ley N° 21.091 también supuso una reacción contra la consideración de la educación como un mercado asimilable a cualquier otro. En su mensaje, el Ejecutivo sostuvo que "*las carencias que exhibe el sistema de educación superior en la actualidad son amplias y diversas. Si bien existe una masificación de la cobertura, los estudiantes se distribuyen en las distintas instituciones de educación superior según sus capacidades de pago*"[15].

El Mensaje profundiza en las fallas del modelo de competencia en relación con la educación superior: "*el enfoque que privilegia la lógica de mercado y la competencia como mecanismo de asignación de recursos en la educación superior adolece de una falla fundamental, cuál es la calidad. La calidad es una variable compleja que, en general, sólo se observa definitivamente cuando ya se ha incurrido en el gasto y ha transcurrido un tiempo, de forma tal que es prácticamente imposible revertir o contrarrestar los efectos de una baja calidad de la educación entregada. Ello está en la base de la falla del paradigma de mercado en este caso. De este modo, tal como se dio en Chile, la competencia no se da sobre la base de atributos de calidad, sino que en base a la publicidad*"[16].

La reforma además amplió el rol de supervisión, fiscalización, y facultades de intervención del Estado en caso de falla en el prestador del servicio. Lo que en un sistema de libre competencia es un evento usual,

13. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), Mensaje, *Historia de la Ley Nº 20.845, 4,* https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4020/.

14. BCN, Mensaje, *Historia de la Ley Nº 20.845,* 6.

15. BCN, Mensaje, *Historia de la Ley Nº 21.091,* 8, https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7543/.

16. BCN, Mensaje, *Historia de la Ley Nº 21.091,* 9.

la insolvencia de un agente económico, genera en el ámbito de la educación superior una serie de problemas que van desde la valoración de los estudios de los egresados de la institución insolvente, hasta la necesidad de continuidad de los estudios de los actuales estudiantes en otras instituciones.

Así, luego de las recientes reformas al sistema de educación secundaria y superior -motivadas originalmente por movimientos estudiantiles contrarios a los mecanismos de mercado-, la provisión de estos servicios se ha alejado del modelo de libre competencia que imperaba. Es improbable que, al menos en el corto plazo, se tienda a una desregulación de la materia, quedando entonces el rol de la acción antimonopolios reducido a futuro en el sector de educación.

B. Provisión de salud bajo un régimen de libre competencia

Los servicios de salud se prestan mayoritariamente a la población en un esquema de seguro público, conocido como Fonasa. Las prestaciones quedan asignadas al servicio de salud pública respectivo, y sus costos son cubiertos por el seguro público en parte contributivo y en parte financiado con cargo a rentas generales del Estado. Adicionalmente, operan tanto en instituciones públicas como privadas seguros de cobertura obligatoria para ciertas patologías y procedimientos (AUGE y GES).

La libre competencia tiene lugar entre prestadores de salud, especialmente en el sistema privado, y entre aseguradores. En efecto, los usuarios que tienen ingresos suficientes pueden elegir un asegurador privado. Respecto de ellos, operaría la libre competencia[17].

Asimismo, en la provisión de medicamentos existe un sistema de libertad de precios, con aprovisionamiento del sector público para el abastecimiento de la red hospitalaria, y una importante cantidad de usuarios que deben adquirir sus medicamentos con medios propios de proveedores privados[18].

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) en una decisión reciente reconoció algunas particularidades del mercado de la salud: "*A diferencia de otros mercados, en el contexto de prestaciones de salud hay casos en que la demanda por la prestación resulta menos sensible al precio, ya sea por la gravedad de la situación, o porque la prestación se encuentra en gran parte cubierta por el seguro. En dichas situaciones, la variable más relevante serían las vinculadas con la calidad del prestador. En otros contextos, se trata de prestaciones relativamente homogéneas, en que los prestadores suelen hacer una oferta paquetizada que los consumidores usualmente cotizan con antelación, caso en el cual la principal variable competitiva sería el precio. Así, si bien tanto precio como calidad juegan un rol importante, cada variable será más relevante dependiendo del contexto en que se otorgue la prestación*"[19].

17. Las instituciones de salud previsional (Isapre) operan bajo un esquema de competencia en el cual ofrecen planes de salud a sus afiliados. Con todo, una fuerte tendencia a la concentración de las aseguradoras (de 35 el año 1991, a 12 en 2019, de las cuales sólo 6 son abiertas a cualquier afiliado), y algunas distorsiones como costos de cambio (preexistencias), alzas unilaterales de precio que han sido cuestionadas por inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, y revocadas consistentemente por los tribunales de justicia, vinculaciones de propiedad con prestadores de servicios de salud, entre otras, han llevado a cuestionar la efectividad del sistema de libre competencia que las Isapres imprimirían a los servicios privados de salud y han puesto en discusión un proyecto para reformar su regulación. Por su parte, una acusación de colusión para bajar la cobertura de los planes de las Isapre fue rechazada por falta de pruebas por el TDLC en su Sentencia Nº57/2007. *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros,* C-77-2005, Sentencia TDLC Nº57/2007 (2007).

18. FNE, *Estudio de Mercado sobre Medicamentos: Informe preliminar* (noviembre 2019), https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/11/Informe_preliminar.pdf.

19. *Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.*, F178-2019, Informe de prohibición de operación de concentración (2019), 32.

C. Problemas en la provisión de salud o educación bajo un régimen de libre competencia

Existen otros derechos reconocidos como "sociales" que no presentan mayores dificultades en su análisis desde la perspectiva de la libre competencia. Salvo en economías centralizadas, los alimentos se transan en mercados que operan bajo regímenes de libertad de precios conforme al libre juego de la oferta y la demanda. Así, el mercado es el mecanismo de asignación que se ha mostrado más eficiente para la satisfacción de la demanda de bienes esenciales para la vida humana.

Por tanto, más allá de su carácter de derecho social, la pregunta por el rol de la libre competencia (y la acción antimonopolios) se puede reconducir a la suficiencia del mercado para proveer esos servicios.

Hay problemas comunes en salud y educación, referentes a asimetrías de información, insuficiencia de los precios como mecanismo de asignación eficiente, servicios heterogéneos, problemas asociados a la calidad de servicio difíciles de considerar en las tarifas, entre otros. Por esos motivos, buena parte de los países de la OCDE utilizan mecanismos de asignación y provisión distintos al mercado para la mayor parte de los segmentos de educación primaria y secundaria, y salud pública, que cubren porcentajes elevados de la población[20].

Sin mercado como asignador de recursos, como mecanismo de fijación de precios y satisfacción de la demanda, no hay libre competencia posible, no hay un rol para una institucionalidad antimonopolios. En este sentido, por ejemplo, se han pronunciado algunas decisiones en derecho comparado a propósito de la provisión de algunos servicios como salud y educación.

En Francia, las tarifas de ciertos médicos especialistas estaban reguladas por un reglamento, que contenía, a su vez, la posibilidad de cobrar a los pacientes sobrecargos en circunstancias excepcionales, que debían informarse en la atención porque no eran cubiertos por los seguros. Diferentes asociaciones de médicos especialistas instruyeron a sus asociados en el uso de estos sobrecargos, lo que fue acusado por la autoridad de competencia francesa como una concertación para alzar los precios y sancionado con multas por más de 800.000 euros[21]. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Paris[22], en decisión confirmada por la Corte de Casación[23], revocó la decisión de la autoridad de competencia, desechando los cargos de prácticas concertadas tendientes a aumentar tarifas porque "*esta modalidad de su actividad profesional escapa a toda competencia y por lo tanto, no puede aceptarse que los actos alegados contra los sindicatos tuvieran el objeto o el efecto de prevenir, restringir o distorsionar la competencia en un mercado, en particular de obstruir la fijación de precios por el juego libre del mercado*"[24]. El fundamento esencial del fallo es que, no habiendo competencia en precios por diseño del sistema, la acción concertada para utilizar los sobrecargos que permitía el propio sistema no podría configurar un ilícito anticompetitivo.

Existe una extensa literatura económica que sostiene que los servicios de salud (y hospitales) están lejos de constituir mercados en un sentido clásico. Estos servicios se caracterizan por pacientes que tienen información imperfecta, con proveedores y aseguradores con influencia desproporcionada.

---

20. Ankit Kumar et al., "Pricing and competition in Specialist Medical Services: An Overview for South Africa", *OECD Health Working Papers,* N° 70 (2014), https://doi.org/10.1787/5jz2lpxcrhd5-en.

21. Conseil de la Concurrence. Décision n° 08-D-06 du 2 avril 2008.

22. Cour d Appel de Paris, 1ere Chambre, Section H. Arret du 18 Mars 2009.

23. Cour de Cassation, Audience publique du 7 avril 2010, Arrêt n° 432FS-P+B.

24. Cour d Appel de Paris, 1ere Chambre, Section H. Arret du 18 Mars 2009.

Los prestadores tienen problemas de agencia, pues pueden recomendar servicios que maximicen sus propios reembolsos. Y los pacientes suelen seguir tales recomendaciones. Los aseguradores en tanto, tienen interés en reducir los costos de la atención y los reembolsos que pagan a los prestadores. Esta asimetría de información y divergencia de motivaciones ha justificado usualmente un mayor nivel de regulación de precios en salud[25].

Otro ejemplo de la dificultad de abordar con herramientas del derecho de la competencia cuestiones vinculadas a derechos sociales puede encontrarse en United States v. Brown University in Providence, et al[26]. El año 1991 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) acusó a 9 universidades de conspirar para fijar los precios que pagaban los estudiantes. Las universidades justificaron su coordinación porque de esa forma podían concentrar la ayuda financiera federal o estatal en los estudiantes menos favorecidos, manteniendo un esquema de admisión ciego a la capacidad financiera de los estudiantes. Todas las universidades de la Ivy League (Yale, Harvard, entre otras) alcanzaron un acuerdo con el DOJ, pero el Massachusetts Institute of Technology (MIT) se mantuvo en la defensa de la legalidad de su conducta, y llevó el caso hasta una decisión judicial. En primera instancia se condenó al MIT por fijación de precios en infracción de la sección 1 de la Sherman Act, pero la Corte de Apelaciones revocó la decisión obligando a un nuevo juicio. La corte argumentó que tratándose de instituciones sin fines de lucro la conducta debió analizarse bajo una regla de razón, incluyendo la revisión de las justificaciones para el actuar colectivo, en este caso, la protección de la ayuda financiera a los estudiantes menos favorecidos. El gobierno abandonó el caso luego de esa decisión, considerando además que en el intertanto se había dictado una ley que regulaba el asunto[27].

Pese a lo anterior, como hemos visto, en algunos segmentos la legislación chilena se orienta a mecanismos de mercado y pretende que la entrada y los precios sean fijados por el libre juego de la oferta y la demanda. Por eso, ha tocado a las instituciones antimonopolios intervenir cuando en esos segmentos algunos agentes han actuado en infracción de la libre competencia.

ALGUNOS CASOS DE ACCIÓN ANTIMONOPOLIOS EN SERVICIOS DE EDUCACIÓN Y SALUD

El TDLC[28] ha tenido oportunidad de revisar casos en los mercados de servicios de educación y salud. Como se verá, el análisis de estos mercados por las agencias antimonopolios se asemeja bastante al de cualquier otro mercado revisado.

En efecto, se definen mercados relevantes, condiciones de entrada y se evalúan los hechos acreditados a partir de los efectos anticompetitivos más usuales: exclusión o explotación.

---

25. Randall P. Ellis y Thomas G. McGuire, "Supply-Side and Demand-Side Cost Sharing in Health Care", *The Journal of Economics Perspectives 7,* N° 4 (1993), 135-51.

26. *U.S. v. Brown University in Providence, et al.,* 5 F.3d 658, 3rd Cir. *(1993).* Citado en: Dennis W. Carlton, Gustavo E. Bamberger y Roy J. Epstein, "Antitrust and Higher Education: Was there a Conspiracy to Restrict Financial Aid?", *Rand Journal of Economics* 26 (1995).

27. Carlton et al., "Antitrust and Higher Education", 131-47.

28. Recientemente, la FNE prohibió la fusión entre las Clínicas Iquique y Tarapacá, de la ciudad de Iquique. Se trataba de los dos únicos establecimientos privados de su complejidad en la ciudad, por lo que la autoridad consideró que no existían remedios que mitiguen los riesgos para la competencia en el mercado local. Según la FNE, "la Operación implicará, en los hechos, un monopolio en los servicios de salud privada de atención cerrada en Iquique, en los siguientes segmentos: (i) prestaciones hospitalarias para beneficiarios de Isapres y de Fonasa; (ii) derivaciones desde el sistema de salud público en la Región de Tarapacá; y, (iii) convenios con otras instituciones para la provisión de ciertas prestaciones de salud en favor de sus beneficiarios o empleados". Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A., F178-2019, Informe de prohibición de operación de concentración (2019), par. 516.

A. Instituto Profesional de Chile con Colegio de Kinesiólogos

El Instituto Profesional de Chile (IPCH), una institución de educación técnico profesional, demandó al Colegio de Kinesiólogos de Chile A.G. por conductas anticompetitivas. IPCH comenzó a impartir la carrera de kinesiología, en circunstancias que la orden profesional presionaba para que la carrera fuese impartida únicamente por universidades y adoptaba actitudes calificadas por IPCH como hostigamiento.

El TDLC analizó la demanda como en cualquier otro mercado relevante. A su juicio "*existen dos mercados, ya que es necesario distinguir entre el de provisión de servicios educacionales para la formación de kinesiólogos, por un lado, y el de servicios kinesiológicos propiamente tal, por otro. Ello por cuanto, si bien el Colegio de Kinesiólogos no concurre de manera directa a la formación de la oferta o la demanda en ninguno de los mercados citados, interviene en forma indirecta en el mercado de servicios kinesiológicos como representante de un grupo significativo de oferentes de dichos servicios, como son sus colegiados*"[29].

Definido de esa manera el mercado, el TDLC concluyó que algunos de los actos imputados (cartas enviadas a centros asistenciales para impedir la contratación de kinesiólogos que no sean licenciados, y comunicaciones a kinesiólogos para que se abstengan de enseñar en instituciones no universitarias), "*constituyen hechos o conductas que entorpecen la libre competencia en los mercados de servicios educacionales de la carrera de kinesiología, amenazando la entrada no sólo del demandante al mercado, sino dando una señal negativa a todos los potenciales entrantes de iguales características, razón por la que se ordenará que tales hechos o conductas cesen y que no se cometan en lo sucesivo*"[30].

B. FNE contra AM Patagonia S.A.[31]

Un grupo de médicos especialistas de la ciudad de Punta Arenas formaron una asociación con el objeto de negociar con las aseguradoras, acordando un arancel que fue propuesto a las Isapres, pero fue rechazado. En consecuencia, los afiliados de dichas Isapres debieron pagar el arancel al contado, sin poder acceder a bonos y copago. Además, se produjo un incremento en los precios de las prestaciones médicas.

Definiendo el mercado relevante, el TDLC explicó que "*los servicios ofrecidos por médicos especialistas no tienen sustitutos cercanos. Un médico especialista sólo enfrenta competencia directa de los restantes médicos de su misma especialidad. En este sentido, aunque determinadas necesidades o dolencias pueden ser atendidas tanto por médicos especialistas como por médicos generales, existen patologías que están asociadas a una especialidad, que sólo pueden ser adecuadamente tratadas por los médicos que la poseen*"[32]. Con todo, el TDLC considera que no hay una competencia intensa en precios entre los médicos especialistas, porque se trataría de productos diferenciados en que la confianza o reputación incide en la elección del médico[33].

---

29. *Demanda de Instituto Profesional de Chile en contra de Colegio de Kinesiólogos de Chile A.G.*, C-71-05, Sentencia TDLC Nº 35/2005 (2005) C.6.

30. *Demanda de Instituto Profesional de Chile en contra de Colegio de Kinesiólogos de Chile* A.G., C-71-05, Sentencia TDLC Nº 35/2005 (2005) C.16.

31. *Requerimiento de la FNE contra AM Patagonia S.A.* y otros, C-121-2006, Sentencia TDLC Nº 74/2008 (2018).

32. *Requerimiento de la FNE contra AM Patagonia S.A.* y otros, C-121-2006, Sentencia TDLC Nº 74/2008 (2008), C. 8.

33. *Requerimiento de la FNE contra AM Patagonia S.A.* y otros, C-121-2006, Sentencia TDLC Nº 74/2008 (2008), C. 17.

Por su parte, el TDLC reconoce que "*el mero hecho de que un conjunto de médicos u otros profesionales se asocien con el exclusivo propósito de negociar con empresas que tienen poder de mercado, con el fin de evitar abusos de posición dominante en su contra y no de producir efectos contrarios a la competencia, no constituiría, en principio, un ilícito susceptible de reproche en conformidad al Decreto Ley Nº 211*"[34-35]. Sin embargo, declara que el alcance del acuerdo ameritó a una concertación de precios de las prestaciones médicas a cobrar a los usuarios finales, y en ese sentido, constituye un ilícito anticompetitivo que tuvo por efecto incrementar los precios enfrentados por los afiliados[36].

C. FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros[37]

Los requeridos fueron acusados de celebrar y ejecutar un acuerdo destinado a fijar precios mínimos de las prestaciones médicas y procedimientos quirúrgicos. Para ello, habrían constituido una Asociación Gremial a través de la cual habrían materializado un alza generalizada de precios, afectando el mercado de la salud privada de dicha zona, y a los pacientes que demandan los servicios en cuestión.

En un sentido similar al caso anterior, "*la implementación del acuerdo de precios de cara a los pacientes hubiera sido más difícil o producido menores efectos en el mercado si las requeridas no hubieran actuado colectivamente frente a las Isapres. Fue la imposibilidad de utilizar el pago con bonos lo que permitió a las requeridas "forzar" a un aumento significativo de las atenciones pagadas sin bonos, de modo tal que los usuarios de consultas y atenciones quirúrgicas ginecológicas se vieron obligados a pagar directamente al médico el precio particular, que era más alto. Como resultado, ambas acciones (precio mayor e imposibilidad de pagar con bonos producto de la cancelación de los convenios con las Isapres) derivaron en un precio por paciente –o precio promedio ponderado– significativamente más elevado*"[38].

El fallo concluye que "*es posible inferir de manera razonable que las alzas de precios, tanto en las consultas como en prestaciones quirúrgicas, se debieron únicamente a la existencia del acuerdo y no pueden, por el contrario, ser atribuidas a explicaciones alternativas".*[39]

Así, en casos en que se considera la competencia individual de los prestadores privados de salud, en este caso los médicos, falseada por los acuerdos entre un número suficiente de ellos para fijar sus "aranceles" o precios mínimos de los servicios, se concluye, como en la revisión de cualquier mercado, que se trata de un acuerdo anticompetitivo que va en directo perjuicio de los usuarios, permitiendo un incremento efectivo de los precios que ellos enfrentan. La provisión de servicios de salud funciona en este caso como cualquier otro mercado susceptible de ser cartelizado por sus proveedores.

---

34. R*equerimiento de la FNE contra AM Patagonia S.A. y otros,* C-121-2006, Sentencia TDLC Nº 74/2008 (2008), C. 27.

35. Sobre la negociación entre grupos de prestadores y aseguradores hay discusión en la literatura. En general, se soluciona con negociaciones entre "monopolios bilaterales" que suelen tener algún tipo de regulación de precios vía benchmark de los servicios públicos o el gobierno. Ver, por ejemplo: Kumar et al., "Pricing and competition in Specialist Medical Services", 45.

36. *Requerimiento de la FNE contra AM Patagonia S.A. y otros,* C-121-2006, Sentencia TDLC Nº 74/2008 (2008), C. 35.

37. *Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros,* C-265-2013, Sentencia TDLC N° 145/2015 (2015).

38. *Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros,* C-265-2013, Sentencia TDLC N° 145/2015 (2015), C. 17.

39. *Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros,* C-265-2013, Sentencia TDLC N° 145/2015 (2015), C. 44.

Conclusiones

El modelo de provisión de servicios que cumplen la función de dar acceso a los denominados derechos sociales bajo un régimen de libre competencia ha sido objeto de impugnación en Chile en los últimos años. En particular en materia de educación, pero crecientemente en otros ámbitos, se ha desafiado la viabilidad de los mercados competitivos como mecanismos eficientes de asignación de recursos en estas materias. Se imputa a los mercados resultados deficientes en términos de costos y de calidad. Por ahora no es posible anticipar el rol que en un futuro próximo jugará la libre competencia en relación con los denominados derechos sociales, y en especial con el acceso a la salud y educación.

Sí puede observarse que en los espacios de nuestro sistema en que la libre competencia ha operado, hasta la fecha las autoridades antimonopolios han entrado a conocer conductas consideradas anticompetitivas con prácticamente las mismas herramientas de análisis con que se revisa cualquier otro mercado, regulado o no. Las acusaciones de conductas exclusorias, acuerdos anticompetitivos, y operaciones de concentración se han analizado recurriendo a las herramientas usuales del análisis *antitrust.*

La justificación de su actuación es la misma finalidad general de protección del bienestar social que ha promovido la institucionalidad nacional antimonopolios: la defensa y promoción de la libre competencia como una defensa y promoción de las virtudes del mercado en la asignación de los recursos y en la maximización del bienestar social.

Sería ajeno a sus facultades, e incluso contradictorio, esperar que los propios organismos encargados de defender la libre competencia en los mercados orienten a la política pública a excluir ciertas actividades del uso de este mecanismo, o renuncien a analizar estos mercados por existir alguna forma de regulación.

Sin embargo, una primera novedad parece provenir del estudio de mercado de medicamentos llevado a cabo por la FNE. A través de una delicada revisión de las distintas relaciones contractuales y costos involucrados, la autoridad recomienda una serie de medidas, algunas de las cuales, sugieren derechamente intervenir imponiendo regulaciones ante la evidencia de fallas en el mercado. Este mecanismo de estudios de mercado probablemente dará una nueva aproximación por la cual los organismos antimonopolios tengan un rol de advertencia respecto de fallas de mercado que no puedan solucionarse con una mera protección de la libre competencia como mecanismo para maximizar el bienestar social.

Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web: **http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/**

Cómo citar este artículo:
Andrés Rioseco. "Libre competencia y derechos sociales: salud y educación", *Investigaciones CeCo* (enero, 2020), **http://www.centrocompetencia.com/investigaciones**

Envíanos tus comentarios y sugerencias a **info@centrocompetencia.com**
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile