Santiago, a veintisiete de marzo de dos mil veintitrés.

Al escrito folio N° 37914-2023: a sus antecedentes.

Vistos:

Primero: En estos autos Rol N° 91.429-2022, don Antonio Rubilar Suárez, abogado, actuando en representación de Nexus Chile SpA ("Nexus"), sociedad de inversiones y controladora indirecta de Isapre Nueva Masvida S.A. (NMV) dedujo recurso de queja en contra de los Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señores Nicolás Rojas Covarrubias, Jaime Barahona Urzúa y las señoras Daniela Gorab Sabat y María de la Luz Domper Rodríguez, por haber dictado con faltas o abusos graves la sentencia definitiva de 5 de septiembre de 2022 que, por mayoría, rechazó el recurso especial de revisión que interpuso respecto de la resolución dictada por la Fiscalía Nacional Económica ("FNE"), de fecha 3 de febrero de 2022, que prohibió la operación de concentración notificada por Nexus y Colmena Holding SpA (en lo sucesivo Colmena), respecto de la eventual adquisición de la quejosa del 99,99% de las acciones de la segunda.

FELBXEXQRXK

Segundo: Para una mejor ilustración de lo que se decidirá, cabe señalar los siguientes antecedentes del proceso:

1.- El 12 de abril de 2021, Colmena y Nexus notificaron a la FNE la operación de concentración entre ambas, de manera tal que se otorgaría a Nexus una influencia decisiva en la administración de Colmena, en los términos del artículo 47 letra b) del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 y sus modificaciones posteriores (en adelante Decreto Ley N° 211).

2.- En razón de esa comunicación, la FNE instruyó el inicio de una investigación, en la cual su División de Fusiones, emitió un Informe en que recomendó prohibir la operación de concentración ("Informe de Prohibición").

3.- La FNE sobre la base de lo dispuesto en dicho Informe, dictó su resolución de prohibición.

Estableció que en la actualidad las Isapres abiertas son seis: Colmena Holding SpA, Nueva Masvida S.A,

FELBXEXQRXK

Consalud S.A., Cruz Blanca S.A., Banmédica S.A. y Vida Tres S.A., estas dos últimas sujetas a un controlador común.

De igual manera, fijó que el mercado relevante de las Isapres corresponde a la venta de planes de salud, que pueden ser individuales y/o colectivos o grupales, precisando que aquellos no se sustituyen entre sí porque se trata de productos distintos.

En lo geográfico, se sostuvo que si bien tienen un alcance nacional, la venta de los planes de salud puede dividirse en cuatro macrozonas –Norte, Valparaíso, Región Metropolitana y Sur–.

Se añadió, que el mercado de las Isapres presenta, también, significativas barreras de entrada que afectan su dinamismo y dificultan el ingreso de nuevos actores, así el único ingreso en veinticinco años, corresponde a la Isapre Esencial que es parte del grupo empresarial Alemana S.A. la que, en todo caso, atendida su calidad de nicho, no es oportuna ni suficiente para mitigar los efectos anticompetitivos de la operación que se estudia.

FELBXEXQRXK

En ese contexto, concluyó que se perdería la competencia entre NMV y Colmena si se perfeccionase la operación, puesto que aquella generaría riesgos relevantes de orden horizontal, tanto unilaterales como coordinados, constituyendo una reducción sustancial de la competencia en el sector, a la luz del artículo 57, letra c) del Decreto Ley N° 211.

En concreto, sostuvo que la fusión generaría un incentivo a la controladora, de aumentar los precios de los planes de salud que comercializan y los que mantiene en stock, como asimismo la de disminuir la calidad del contrato, determinada por los niveles de cobertura efectiva de los planes o por la calidad de los servicios ofrecidos.

La FNE justificó esta afirmación a partir de un análisis estructural de mercado, identificando a este como uno altamente concentrado de suyo y, de un examen de cercanía competitiva entre las partes, la que sería especialmente relevante en el mercado de planes individuales de comercialización de libre elección en las macrozonas Norte, Valparaíso y Sur.

FELBXEXQRXK

La FNE añadió en lo referente a los riesgos coordinados que, de perfeccionarse la operación, se facilitaría una mayor simetría entre las Isapres en la toma de sus decisiones, que podría afectar el precio base, GES, stock y coberturas de los planes de salud en comercialización unido a que con ésta, se elimina un competidor que se abstenía de implementar alzas de precios bases anuales y los mayores oferentes de planes de salud de libre elección.

En lo relativo al informe de eficiencias, presentado por las partes durante la investigación, la FNE declaró que no eran suficientes para mitigar los riesgos antes señalados, porque no eran verificables, inherentes a la operación ni tampoco aptas para compensar el mayor poder de mercado que adquiriría la entidad resultante luego de la operación.

Por último, en lo relativo a las medidas de mitigación ofrecidas por las isapres, sostuvo que además de no ser idóneas para generar dicha mitigación, son difíciles de implementar y fiscalizar.

FELBXEXQRXK

4.- Las partes Nexus y Colmena Holding SpA, sociedad de inversiones y controladora de Colmena Salud S.A y de Colmena Golden Cross S.A. con fecha 17 de febrero de 2022, impugnaron la Resolución de Prohibición ante el TDLC, a través de la interposición del recurso de revisión especial consagrado en el inciso final del artículo 57 del Decreto Ley N° 211.

Solicitaron revocar la decisión de la FNE y, en su lugar, aprobar la operación de manera pura y simple o, en subsidio, sujeta a las medidas de mitigación ofrecidas por las partes o, en subsidio de todo lo anterior, sujeto a otras medidas que el TDLC considerara adecuadas y suficientes.

En lo pertinente, argumentaron que:

(i) Se trata de la fusión de los dos actores con menor participación –cuarto y quinto lugar– de la industria, los que además no estarían integrados verticalmente con prestadores de salud.

Por el contrario, señalaron que la fusión generaría sinergias en beneficio de los consumidores, tales como la obtención de mayores beneficios para sus afiliados por

FELBXEXQRXK

la aplicación de una economía de escala en lo administrativo.

(ii) Los riesgos identificados por la FNE serían hipotéticos e inexistentes, desde que las Isapres mantienen carteras complementarias y, en cuanto al alza de precios, no es un riesgo real, porque no es una facultad de las partes, sino que se encuentra estrictamente regulado tanto legal como jurisprudencialmente.

Afirman que todas las Isapres ofrecen planes para cada segmento del mercado, por lo que este factor no define la cercanía competitiva de las mismas y que el análisis de las razones de desvío a FONASA demostraría que las partes no son los actores que se ejercen mayor presión competitiva entre ellas.

(iii) El diagnóstico que la FNE hizo de las condiciones de entrada al mercado sería errado, desconociendo el ingreso de un nuevo actor cual es la Isapre Esencial la que, además, estaría integrada verticalmente a la Clínica Alemana, uno de los

FELBXEXQRXK

principales prestadores de Colmena, con presencia relevante en Santiago y en el sur.

(iv) La operación generaría eficiencias y sinergias en beneficio de los consumidores consistentes en: **(a)** ahorros de copagos por la homologación de aranceles debido la extensión del arancel más bajo de los convenios originales de NMV y Colmena, a toda la cartera integrada de afiliados; **(b)** reducción de aranceles de prestadores de salud; **(c)** economías de escala por el incremento en el número de beneficiarios; y (d) ahorro de tiempo para los afiliados por el aumento de la cobertura de las sucursales de atención para éstos.

(v) Por último, sostuvieron que las medidas de mitigación ofrecidas por su parte resultarían suficientes para mitigar los eventuales riesgos identificados por la FNE y al efecto propusieron quince remedios conductuales.

5.- El TDLC, con fecha 5 de septiembre de 2022, dictó sentencia en virtud de la cual rechazó el recurso de revisión especial interpuesto por Nexus Chile SpA, Colmena Holding SpA, Colmena Salud S.A. y Colmena Golden Cross S.A., confirmando la resolución de la FNE que

FELBXEXQRXK

prohibió la operación de concentración consistente en la adquisición de Colmena por parte de NMV.

La sentencia, fijó como mercados relevantes para la operación los siguientes: El mercado de los planes de salud individuales y colectivos provistos por Isapres abiertas, en el territorio nacional.

Añadió que los planes de salud que comercializan las Isapres son bienes diferenciados y, en ese entendido, el análisis estructural debe complementarse con un examen de la cercanía competitiva de las partes de la operación.

En cuanto a los riesgos, expresó que estos son unilaterales y coordinados y que para los efectos de evaluar los efectos de la operación, se utilizara como contrafactual el año 2019, debido a la pandemia.

Los riesgos unilaterales, se refieren a la posibilidad de que las entidades fusionadas tendrían incentivos o capacidad para aumentar los precios de los planes individuales, grupales en comercialización y/o en stock o cartera; para disminuir la calidad o servicios de los planes que ofrecen.

FELBXEXQRXK

Los jueces recurridos ponderaron los análisis que efectuó la FNE, para determinar la prohibición de la operación. Respecto del examen estructural de la comercialización de los planes de salud, se estableció que la fusión muestra que: **(i)** los actores del mercado disminuyen de cinco a cuatro, teniendo todos ellos una participación de mercado relativamente simétrica; **(ii)** la participación combinada de las Partes sería de [20 – 30]%; y **(iii)** el cambio en el índice de concentración HHI sería de 368 con un HHI posterior a la Operación de 2510, valores que dan cuenta de un mercado altamente concentrado según el umbral establecido en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de la FNE.

El TDLC sostuvo que, del análisis cuantitativo y cualitativo de cercanía competitiva que realizó la FNE de los riesgos unilaterales, es posible concluir que Colmena y NMV sí compiten, en relación con el precio base de los planes individuales de libre elección que comercializan, esto es, respecto del grupo socioeconómico al que apuntan; porque algunos clientes sustituyeron una

FELBXEXQRXK

respecto de la otra y visceversa y, por último, aun considerando el posible desvió de usuarios a Fonasa, la magnitud del riesgo unilateral detectado para el caso de NMV sigue siendo alto en cualquiera de las variables que se citan.

De igual manera, los jueces recurridos compartieron lo establecido por la FNE, en cuanto a que la operación suponía cambios que permitían o hacían más probable y efectiva una coordinación entre Isapres en la provisión de planes de salud y aumentaba la posibilidad de que tal coordinación fuese sostenible en el tiempo, perjudicando la competencia como también que no acreditaron la existencia de eficiencias que fueran capaces de compensar los riesgos anticompetitivos detectados en la Investigación y descartó que las medidas de mitigación propuestas por las recurrentes fuesen capaces de evitar o minimizar de forma adecuada los riesgos asociados a la operación, concluyendo que eran insuficientes para restaurar la presión competitiva, además de ser difíciles de monitorear y complejas de ejecutar, razón por la que los jueces concluyeron que la decisión del órgano

FELBXEXQRXK

gubernamental de prohibir la fusión, era correcta y se ajustaba a la normativa.

Tercero: Con fecha 11 de septiembre de 2022, Nexus Chile SpA interpuso recurso de queja, alegando las siguientes faltas y abusos:

A. Los jueces recurridos hacen caso omiso de los antecedentes del proceso.

Sostuvo, en lo pertinente, que la resolución no se hizo cargo de lo explicitado en los informes económicos, acompañados por su parte y de la situación actual de la industria. En concreto, explica que nada se habría explicitado en cuanto a que la operación de concentración involucra al cuarto y quinto actor del mercado; que las isapres no se encuentran integradas verticalmente con clínicas y recintos hospitalarios; que no se aplicó criterios anteriores en materia de fusiones; que se cometieron errores en la determinación de los análisis de riesgos unilaterales y coordinados, además, de no considerar las eficiencias y medidas de mitigación propuestas por las partes.

FELBXEXQRXK

Señala que el TDLC se limitó a reproducir el análisis efectuado por la FNE, desconociendo lo expuesto por su parte, validado por los informes económicos que latamente analiza; obviando el mal estado de la industria, la carga regulatoria que pesa sobre las isapres y la incertidumbre respecto de posibles cambios en la estructura del mercado.

B. La sentencia incurre en contradicciones y elude antecedentes que establecían que la operación debía ser aprobada.

i. El TDLC no consideró en su totalidad las eficiencias presentadas por Nexus y Colmena: **a)** ahorro de copagos por parte de los particulares; **b)** reducción de aranceles de prestadores de salud, por la adquisición de la entidad resultante de un poder de negociación mayor y **c)** ahorro de tiempo para los afiliados por el aumento de la cobertura de las sucursales de atención.

Insiste en que los jueces recurridos se limitaron a adherirse a la tesis de la FNE, sin analizar los informes económicos presentados por su parte y, en especial, el de prohibición entre Clínica Iquique y Redinterclinica en

FELBXEXQRXK

que la FNE sostuvo que era perjudicial para los usuarios el mejoramiento de la posición negociadora de un prestador. En cambio, en el caso de autos, el poder de negociación favorecería a dos prestadores, permitiendo disminuir los precios por un mayor poder de negociación.

ii. El TDLC desestimó sus argumentos económicos, identificando riesgos inexistentes o que al menos, desconocen gravemente la realidad del mercado, puesto que, el riesgo de aumento de precio en los planes de salud y/o disminución de sus beneficios, no es posible de la manera que se expone por la FNE y que fuese ratificado por los jueces recurridos, puesto que el mercado de las ISAPRES se encuentra altamente regulado en dicho aspecto, tanto desde el punto de vista legal como jurisprudencial.

En efecto, la Ley N° 21.350 establece un procedimiento para modificar el precio base de los planes de Salud y esta Corte Suprema ha puesto, también, exigencias a las Isapres al momento de subir los precios, debiendo justificar dichas alzas, tal como se desprende de lo decidido en la causa Rol N° 12.514-2022 dictada por esta Corte.

FELBXEXQRXK

iii. No se consideró el rol de FONASA, en cuanto constituye un disciplinador de las Isapres y del mercado.

Al respecto comparten lo expuesto por el voto de minoría del Ministro Sr. Paredes y del informe económico de Compass, en tanto, se debió considerar la incidencia real que tiene FONASA en el mercado, como un competidor efectivo y que produce desvíos de clientela desde las ISAPRES, promoviendo que existan cotizantes de FONASA que migren a las Isapres y viceversa, realizando por tanto, una falsa apreciación de los antecedentes del proceso.

IV. Agrega que es un hecho público, el complejo escenario económico que actualmente enfrenta el mercado de las Isapres unido a la imposibilidad de hacer efectivo el aumento anual de los planes de salud de acuerdo a lo fallado por esta Corte, al acoger recursos de protección. Dentro de ese contexto es que la fusión de las isapres constituye un mecanismo que les ha permitido sobrellevar sus cargas económicas y un seguro para que sus afiliados puedan seguir recibiendo sus prestaciones.

Añade que las faltas y abusos denunciados, además, constituyen una vulneración al artículo 19 N°21 de la

FELBXEXQRXK

Carta Fundamental, lo cual, en sí mismo, configura una falta y abuso grave. Puesto que, no obstante contar la fusión con antecedentes e informes del todo idóneos y suficientes para asegurar la idoneidad y licitud de dicha operación, se ha realizado una interpretación antojadiza e incorrecta por parte de los sentenciadores de los antecedentes del proceso, tal como se ha venido explicando, impidiéndole ejercer la libertad que tiene a desarrollar su actividad económica.

Y que todas las faltas y abusos denunciados, igualmente, dan cuenta de una falta de motivación de la decisión adoptada.

Cuarto: Los jueces recurridos, al informar en lo pertinente, expresan que los puntos que la quejosa alegó, fueron abordados por la sentencia, argumentando detalladamente las razones por las cuales se desestimaron cada uno de ellos.

Motivo por el que estiman no haber incurrido en las faltas y abusos graves que se les imputan y menos en los términos que exige el legislador para hacer viable el presente arbitrio.

FELBXEXQRXK

Quinto: Como se ha señalado anteriormente, el recurso de queja resulta procedente sólo cuando se advierte la comisión por los jueces recurridos de errores graves y faltas inexcusables en la aplicación e interpretación del derecho, de tal manera trascendentes que el único remedio que podría servir para su remoción, sea este mecanismo recursivo de carácter disciplinario, de modo que antes de analizar la crítica esbozada, pareciera preciso determinar el marco normativo que circunscribe el régimen de isapres unido al estado actual de la industria y colegir, sobre su base, si los errores en que se basa la queja y que justificaría acceder a este recurso, puede advertirse en concreto para proceder en consecuencia.

Sexto: Con el fin de dilucidar la controversia, resulta pertinente recordar ciertos conceptos económicos – jurídicos que fundamentan la materia cuestionada y, sobre la base de aquellos, revisar la normativa aplicable al caso en particular.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre

FELBXEXQRXK

competencia y, para estos efectos, operación de concentración o fusión, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregarle el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Conjuntamente con lo anterior, debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora

FELBXEXQRXK

del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, sustentado en un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución (Cea Egaña José Luis, "Notas Sobre Orden Público Económico", en Gaceta Jurídica N° 135 (1991), p. 19.) o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad – públicos y privados – en su dimensión económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (V. Avilés Hernández, citado por Sebastian Vollmer, Derechos Fundamentales y Colusión, Universidad de Chile).

Séptimo: Esta Corte ha declarado que la libre competencia, conforme se desprende del Decreto Ley N°211, es aquella que "tiene como bien jurídico protegido –justamente- la libre competencia, la que puede entenderse como la posibilidad que tienen las personas para

FELBXEXQRXK

participar en cualquiera actividad económica, como oferente o demandante, pudiendo decidir libremente cuándo entrar o salir de un mercado, sin que exista ninguna persona o entidad que le pueda imponer condiciones en las relaciones de intercambio que interfieran en el flujo natural de los bienes y servicios".

Por otra parte y, en lo pertinente al caso en estudio, cabe agregar que el desarrollo del derecho de la competencia ha implicado, entre otros, el establecimiento de diversos regímenes de control de operaciones de concentración, de acuerdo con los profesores Wish y Bailey:

"Una característica particularmente notoria de la política de competencia durante los últimos 20 años ha sido la proliferación de regímenes de derecho de la competencia alrededor del mundo. Más de 130 países tienen regulaciones protegiendo la libre competencia, y al menos 110 de aquellas incluyen regímenes de control de operaciones de concentración. La proliferación de los sistemas de control de operaciones de concentración ha tenido un impacto mayor sobre los agentes económicos que

FELBXEXQRXK

las normas contra carteles o comportamiento abusivo, no porque a los agentes económicos les sean indiferentes las segundas, sino porque las operaciones en las que se ven involucrados usualmente se encuentran sujetas a control obligatorio previo bajo las primeras." (WISH, Richard y BAILEY, David. Competition Law. Décima edición. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press, 2021. Traducción libre)

En ese entendido, la mayoría de los sistemas de control de operaciones de concentración se encuentran contestes en cuanto a que estas operaciones, en principio son actos lícitos y un aspecto integrante del desarrollo regular de los negocios, por lo que no constituyen una infracción como tal al derecho de la libre competencia, sin perjuicio, de su necesidad de regularlas, atendida a la reducción intrínseca que conllevan del mercado.

Octavo: En ese orden de ideas, la Ley N° 20.945 que reglamentó la materia, introdujo un control preventivo obligatorio de operaciones de concentración, que consiste en evaluar si la aprobación de ésta pueda tener como efecto una reducción sustancial en la competencia, en

FELBXEXQRXK

cuanto implica un aumento del poder de mercado de sus agentes y/o facilita potenciales acuerdos entre competidores.

En su mensaje, dicha Ley, haciéndose cargo de las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) señaló que sus principales objetivos en relación a las operaciones de concentración eran:

(i) la inclusión de un régimen específico de control de operaciones de concentración en la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

(ii) la definición de qué operaciones están sujetas al control de operaciones de concentración e incorporación de un sistema claro de notificación de dichas operaciones;

(iii) el establecimiento de un procedimiento eficiente, transparente, previsible y colaborativo para el análisis de las operaciones de concentración;

(iv) la adopción de un estándar sustantivo en virtud del cual las operaciones de concentración serán analizadas; y,

FELBXEXQRXK

(v) la presencia de herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración.

Noveno: El artículo 47 del Decreto Ley N° 211 señala que:

"*Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías:*

b) Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro".

Décimo: Por su parte, la FNE, en junio de 2017, dictó la Guía de Competencia, mediante la cual estableció algunos lineamientos para determinar, en el marco de sus atribuciones, cuándo se está ante una adquisición de control o influencia decisiva en la administración, en

FELBXEXQRXK

los términos del artículo 47 letra b) del Decreto Ley N° 211, expresando que se "[…] *entiende por control o influencia decisiva la posibilidad, de jure o de facto, de determinar -o vetar- la adopción de decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo de un agente económico. Dicho control supone, entre otros, influir decisivamente o controlar la composición de su administración, derechos a voto, decisiones estratégicas o de negocios, o, en general, influir en el desenvolvimiento competitivo del mismo.*

Es relevante señalar que será suficiente la posibilidad de influenciar decisivamente o controlar el actuar competitivo de otro agente económico para entender que se configura la hipótesis de la letra b) del artículo 47 del DL 211, no siendo necesario determinar si efectivamente se ha concretado o no dicha influencia decisiva o control, o si se ejercerá o no en el futuro.

La posibilidad de ejercer influencia decisiva o control en otro agente económico será materia de análisis caso a caso, por parte de la Fiscalía, considerando la

FELBXEXQRXK

relación efectiva entre los agentes económicos respectivos".

Undécimo: De la normativa descrita, se advierte que la operación de concentración, especialmente en el caso de la letra b) del artículo 47 del Decreto Ley N° 211, requiere de un ejercicio interpretativo para determinar si la fusión altera o disminuye la libre competencia entre los agentes del mercado, afectándola –como señala la ley- decisivamente.

Premisa que deberá ser revisada a la luz de lo dispuesto en los artículos 54 y 57 del Decreto Ley N° 211, que consagran expresamente el estándar a ponderar en este tipo de operaciones, señalando, respectivamente, que la FNE podrá extender su investigación en caso de considerar que la operación "puede reducir sustancialmente la competencia" y que la prohibirá cuando aquella cuente con "aptitud para reducir sustancialmente la competencia".

Duodécimo: En este contexto, cabe agregar, tal como lo indicó el TDLC, que el ámbito del recurso de revisión comprende un escrutinio tanto del mérito como de los

FELBXEXQRXK

fundamentos de las resoluciones de la FNE que prohíben una operación de concentración, es decir, importa un análisis de los supuestos fácticos, jurídicos y económicos que fundan la resolución recurrida.

Análisis que deberá hacer esta Corte, para efectos de determinar si la decisión de la FNE de no autorizar la fusión entre las isapres, corroborada por los jueces recurridos, se ajustó a la normativa legal citada.

Décimo tercero: La operación objeto de este recurso, como se dijo, fue clasificada en la letra b) del artículo 47 del Decreto Ley N° 211 y consiste en la adquisición de acciones de Colmena pertenecientes a Colmena Holding SpA por parte de Nexus Chile SpA, controlador de NMV, lo cual permitirá a esta última influir decisivamente en la administración de Colmena, de manera que se trata de una concentración de carácter horizontal.

Décimo cuarto: La FNE sostuvo que las razones por las cuales prohibió la fusión entre las isapres NMV y Colmena S.A., se debe a que se perdería entre ellas la competencia, lo cual se traduce, a su juicio, en que las fusionadas podrían subir los precios de los contratos de

FELBXEXQRXK

salud, tanto de los nuevos como de aquellos en stock; que tendrán mayor incentivo para desmejorar las prestaciones que mediante aquellos entregan a sus afiliados, además de que en esta condiciones, se hace más fácil coordinarse con las otras Isapres.

Explicó que dichos efectos se producen, porque no obstante ser las partes, las isapres de menor tamaño del mercado, al fusionarse pasarán a ser el primer actor de la industria, concentrando aún más el ya reducido mercado relevante, disminuyendo la competencia en el sector.

Añade que la competencia perdida es importante, puesto que, se trata de instituciones que son cercanas competitivamente, esto es, que se dirigen a un mismo grupo de afiliados, enfocándose principalmente hacia regiones y ofrecen contratos de salud a precios similares, v.gr., son las mayores oferentes de contrato de salud de libre elección.

Precisa que la Ley N° 21.350 y las sentencias de esta Corte sobre la determinación de alzas de precios de los contratos de salud, solo refieren al precio base de estos y no a la oferta para los nuevos planes, los

FELBXEXQRXK

cuales, insiste, podrían incrementarse por las isapres, como también, los contratos vigentes a través de la prima GES y/o disminución de las prestaciones que en ellos se ofrecen.

En cuanto a los riesgos de coordinación, se indica que este aumenta, porque se elimina el rol que ejerce NMV en el mercado, en cuanto a que es la única, que no reajusta el precio de sus planes de salud.

Expuso que las eficiencias a las que alude la quejosa, como sería la baja de aranceles al tener un mayor poder de negociación ante los prestadores, son inciertas y no verificables. En lo relativo a las medidas de mitigación ofrecidas, dice que se trata de propuestas de difícil fiscalización, fáciles de incumplir y que no solucionan los problemas de fondo de la fusión, esto es, la mayor concentración que genera; las alzas de los precios de los contratos de salud; disminución de las prestaciones que contemplan los planes de salud y, por el contrario, podrían causar distorsiones en el mercado, siendo muy difícil para la FNE fiscalizar.

FELBXEXQRXK

Por último, expresaron que la quejosa no invocó, durante el proceso administrativo, una defensa de empresa en crisis que dé cuenta que se encuentran al borde de la quiebra. Solo se formularon argumentos genéricos y sin respaldo en el proceso, razón por la que sostiene la autoridad, que dicho factor no es posible de considerar.

Décimo quinto: Conforme se explicó, el estándar que debe aplicar la FNE para prohibir una operación de concentración emana de lo dispuesto en el artículo 54 del Decreto Ley N° 211, en cuanto en ella se indica, que dicho patrón suponga una reducción sustancial de la competencia.

En la especie, la fusión que se notificó a la FNE, involucra a las dos Isapres con menor participación del mercado, puesto que, entre ambas sumarían entre un [20 – 30]%, carecen de integración vertical y se incorporó al mercado un nuevo actor, cual es la Isapre Esencial.

Si bien, es procedente tener como contrafactual el año 2019, por las mismas razones que se fijó éste, es decir, considerar la probabilidad más cercana a la realidad del mercado, no puede dejar de tenerse en

FELBXEXQRXK

consideración el actual estado de la situación de las Isapres, como pretende la FNE y los jueces recurridos, considerando que aquélla, corresponde a una mera defensa que no fue aludida en su oportunidad por la quejosa.

En efecto, se trata de un hecho público y notorio, ratificado mediante la Ley N° 21.350 y la mesa de dialogo que el Gobierno Central estableció, justamente, para conocer y resolver mediante la aplicación de políticas públicas, la situación económica de las Isapres. Lo anterior porque aquello podría significar que no puedan mantenerse en el mercado, lo cual importa no solo una complicación para el sistema privado sino también al público, atendida la naturaleza de las prestaciones que ellas entregan a los ciudadanos que se encuentran afiliados a las Isapres. Cuestión que obliga a los involucrados a buscar acuerdos que permitan hacer efectiva la aplicación de los principios básicos del sistema económico –desarrollo de una actividad económica licita, propiedad privada, desconcentración de los factores económicos, entre otros- complementado y guiado por el fin último del Estado, cual es, el bien común de

FELBXEXQRXK

la sociedad y, que en la especie, se concreta en la posibilidad que los afiliados a las isapres puedan tener acceso a sus prestaciones médicas en el sistema de salud que libremente eligieron con una industria regulada y fiscalizada por el Estado, además, del deber de éstas de internalizar, que se encuentran cumpliendo con el ejercicio de un derecho fundamental.

Lo anterior, porque como se dijo, el recurso de revisión comprende un escrutinio los supuestos fácticos, jurídicos y económicos que fundan la resolución recurrida.

Décimo sexto: La FNE, en lo medular, sostuvo que la reducción sustancial de la competencia que sustenta su negativa en la operación de concentración en estudio, gira en torno a que ésta, conllevaría a que los agentes fusionados aumentarían los precios de los contratos de salud y/o reduciría la calidad de los bienes y servicios ofrecidos por mediante los mismos.

Como bien señalaron los jueces recurridos, el Plan de Salud es el producto principal que comercializan las

Isapres y en éste se definen los beneficios que recibe el cotizante y sus cargas legales.

Los Planes de Salud, de acuerdo a la normativa que los reglamenta deben cubrir:

a) las "Garantías Explícitas de Salud" o GES, las que a diferencia de los usuarios de Fonasa que lo financian con el 7% de su renta imponible, los afiliados a isapres deben pagar un precio adicional por ellas, el cual es fijado por su Isapre e informarse a la autoridad.

b) Las "Coberturas Adicionales para Enfermedades Catastróficas" ("CAEC").

c) Otras prestaciones que se integran al denominado "plan de salud complementario", por el cual el cotizante, igualmente, debe pagar un precio base que se estipula en el contrato suscrito con la Isapre.

Décimo séptimo: En este contexto, resulta imprescindible analizar el mecanismo de reajuste de precios que contempla la ley respecto de los contratos de salud y la precisión que a su respecto esta Corte realizó, en los autos Rol N° 12.514-2022:

FELBXEXQRXK

"La Ley N° 21.350, de 14 de junio de 2022, modificó los artículos 197 y 198 del DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud e introdujo un nuevo artículo 198 bis y disposiciones aplicables específicamente a los años 2020, 2021 y 2022, a propósito del COVID- 19, que cambiaron la regulación anterior que permitía, en ciertas condiciones, alzas anuales en los planes de salud. De este modo, se prohibieron las alzas en los años 2020 y 2021 y para los siguientes años se establecieron reglas generales y una transitoria para el 2022.

En este nuevo marco normativo, el régimen de adecuación del precio de los planes de salud, presenta las siguientes etapas:

1.- Ha sido el legislador quien ha establecido, regulado y mantenido la posibilidad de revisión anual por parte de las Isapres del precio base de los planes de salud individual acordados en los contratos de salud previsional.

2.- Para la realización de aquel incremento corresponde: a) Por una parte, cumplir con el procedimiento legal (artículo 198 Decreto con Fuerza de

FELBXEXQRXK

Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud), en que la Superintendencia del ramo determinará anualmente el índice máximo de variación porcentual que se podrá aplicar a los precios base de los planes de salud.

b) Luego de lo anterior, corresponde a cada Isapre acordar y comunicar a la autoridad la decisión fundada de adecuar en general sus planes.

c) Cumplida la anterior determinación se deberá ejercer también fundadamente esta opción y "en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan" (artículo 197 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud), la que corresponde poner en conocimiento de los afiliados.

3.- Ante la carta de la Isapre, comunicando el alza de los planes de salud, al ejercer la adecuación de los mismos, los cotizantes pueden: a) Aceptar los nuevos precios fijados por la Isapre; b) Desafiliarse de la Institución o c) Impugnar administrativa o judicialmente la adecuación informada por la Isapre.

FELBXEXQRXK

4.- Operando la reforma en régimen, a lo menos cada tres años, por Decreto Supremo del Ministerio de Salud y del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, se aprobará la norma técnica que determine el algoritmo de cálculo para fijar un indicador máximo de variación porcentual que cada una de las Instituciones de Salud Previsional podrán aplicar al precio base de los planes de salud, estableciendo la ponderación de los factores que sirvan para su cálculo.

5.- La misma Superintendencia de Salud validará mensualmente: (i) los registros de prestaciones y sus frecuencias, pudiendo requerir a las Isapres y prestadores de salud toda la información financiera, contable y operativa que se precise para la correcta construcción del indicador y cualquier otra información que requiera para dichos efectos; (ii) la cartera de beneficiarios, y (iii) los subsidios por incapacidad laboral enviados por las Instituciones de Salud Previsional.

6.- De igual modo, la Superintendencia de Salud anualmente deberá: a) calcular los índices (i) de

FELBXEXQRXK

variación de los costos de las prestaciones de salud, (ii) de variación de la frecuencia de uso experimentada por las mismas, (iii) de variación del costo en subsidios por incapacidad laboral del sistema privado de salud, y b) incorporar en el cálculo (iv) el costo de las nuevas prestaciones y (v) la variación de frecuencia de uso de las prestaciones, que se realicen en la modalidad de libre elección de FONASA y (vi) cualquier otro elemento que sirva para incentivar la contención de costos del gasto en salud.

7.- Con toda la información anterior, según se expresó, los primeros diez días corridos del mes de marzo de cada año, por resolución fundada, publicada en el Diario Oficial y en su página web, y conforme al procedimiento legal, el Superintendente de Salud fijará el indicador máximo de variación porcentual que las Instituciones de Salud Previsional podrán aplicar al precio base de los planes de salud. El índice de variación porcentual, así fijado, se entenderá justificado para todos los efectos legales.

FELBXEXQRXK

8.- En el plazo de quince días corridos, contado desde la publicación del indicador, las Isapres deberán informar a la Superintendencia de Salud su decisión de aumentar o no el precio base de los planes de salud y, en su caso, el porcentaje de ajuste informado que aplicarán a todos sus planes de salud, el que en ningún caso podrá ser superior al indicado por la Superintendencia de Salud. En el evento de que el indicador sea negativo, las Isapres no podrán subir el precio.

9.- Los nuevos precios entrarán en vigencia a partir del mes de junio de cada año, con excepción de los planes que a dicha fecha tengan menos de un año, como de aquellos expresados en la cotización legal obligatoria y de los que se rigen de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 200 de la misma ley.

10.- Para el primer año de vigencia de la reforma introducida por la Ley N° 21.350, el cálculo del indicador del artículo 198 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, se compondrá por el promedio de los últimos tres indicadores determinados por la Superintendencia para los años 2020, 2021 y el

FELBXEXQRXK

fijado a marzo de 2022. Este índice en ningún caso podrá ser superior a la variación de la partida del Ministerio de Salud, correspondiente a la Ley de Presupuestos del Sector Público aprobada para el año 2022, en consideración con el año inmediatamente anterior.

11.- Cumplidas las determinaciones anteriores se podrá modificar fundadamente el precio de todos sus planes de salud individual, siempre en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan (inciso 3° del artículo 197), y no se sobrepase el índice de variación porcentual máximo fijado por la autoridad (letra d), del numeral 2, del artículo 198), expresando los motivos que sustentan dicho proceder."

Décimo octavo: De lo anterior, se evidencia que el precio de los planes base del contrato de salud, es fiscalizado por la Superintendencia de Salud, mediante un procedimiento en el cual debe determinar el Índice de Variación Porcentual que se aplicará como máximo a los precios de los planes de Salud o Indicador Referencial de Costos de la Salud (IRCSA), con el objeto de precisar si

FELBXEXQRXK

éste se ajustó a las exigencias previstas por el legislador en el régimen permanente, por la diferente normativa reglamentaria que debe ser expedida, como el régimen establecido transitoriamente, en la primera oportunidad en que comience a regir la modificación legislativa introducida por la Ley N° 21.350.

En segundo lugar, la comunicación de las Instituciones de Salud Previsional de aumentar o no el precio de los planes de salud y, en su caso, el porcentaje en que realizarán dicho ajuste.

En tercer término, la comunicación a los cotizantes de la decisión de aumentar o no los costos de los planes de salud y el porcentaje en que se incrementarán.

Décimo noveno: En cuanto al examen del procedimiento de fijación del indicador del alza máxima porcentual de los planes base de salud, fijados por la Resolución Exenta SS N° 352, de 2 de marzo del corriente, es necesario señalar que, por medio de la Circular IF/N° 401, la Superintendencia de Salud con fecha 30 de diciembre de 2021, "Imparte Instrucciones sobre Procedimientos de Adecuación de los Precios Base a los

FELBXEXQRXK

Planes de Salud ajustado a la Ley 21.350", y que, por Resolución Exenta SS N° 352, de 2 de marzo de 2022 y publicada en el Diario Oficial el día 10 del mismo mes y año, "Fija el Porcentaje Máximo de Ajuste que las Instituciones de Salud Previsional Deberán Considerar en las Adecuaciones de Precios de los Planes de Salud".

Vigésimo: En consecuencia, tal como lo declaró esta Corte, en los citados autos Rol N° 12.514-2022, es posible afirmar que, conforme con la nueva regulación contemplada en la Ley N° 21.350, *la razonabilidad o justificación requerida para una propuesta de variación del precio base de los planes de salud hecha por una Isapre no exige una vinculación directa con los planes individuales, sino que es de carácter general, aplicable "a todos los planes de salud" ofrecidos por la Institución de Salud Previsional correspondiente.*

Tal variación debe justificarse en los factores que la citada Ley N° 21.350 contiene, así para fijar ese indicador del porcentaje máximo de variación porcentual de los precios bases de los planes de salud, se debe considerar:

FELBXEXQRXK

i) *la variación de los costos de las prestaciones de salud;*

ii) *la variación de la frecuencia de uso experimentada por las mismas;*

iii) *la variación del costo en subsidios de incapacidad laboral del sistema privado de salud;*

iv) *el costo de las nuevas prestaciones;*

v) *la variación de frecuencia de uso de las prestaciones, que se realicen en la modalidad de libre elección de FONASA; y*

vi) *cualquier otro elemento que sirva para incentivar la contención de costos del gasto de salud.*

Vigésimo primero: Se corrobora lo expuesto por el artículo 206 del DFL N° 1 que exige a las Isapres asegurar las GES e informar a la Superintendencia el precio que cobrará por ellas, el que será publicado por ese organismo en el Diario Oficial. Este precio sólo podrá variar cada tres años, salvo que el decreto que establece las GES sea revisado antes de ese período. El precio que la Isapre defina para las GES y la forma en que se pacte (pesos o unidades de fomento), debe ser el

FELBXEXQRXK

mismo para todos sus beneficiarios. En el caso que decidan reajustar el valor, no puede sobrepasar el máximo fijado por el indicador de reajuste determinado anualmente por la Superintendencia de Salud.

Vigésimo segundo: Así planteado el asunto, queda en evidencia que no se configura como potencial riesgo de concentración, el fundamento –central- estructurado por la FNE, para no permitir la fusión, cual es la posible y/o incentivo de las candidatas a fusionarse, de que, en su nueva posición dentro del mercado, decidan de *motu proprio* aplicar alzas de los precios de los planes de salud y/o disminución las prestaciones ofrecidas por las Isapres a través de los mismos.

Por el contrario, se trata de un sector fuertemente regulado, existiendo límites y mecanismos a seguir para los aumentos de precios de los planes, lo cual atenúa el riesgo de conductas coordinadas que, de cualquier manera, resultan menos probables y que, en otros mercados, debido a la dificultad de comparación de los planes, por lo mismo, generan bajos incentivos a los competidores para involucrarse en tales acuerdos, unido a que - como se

FELBXEXQRXK

dijo- las Isapres involucradas en la operación no se encuentran integradas verticalmente, lo cual lleva a que los oferentes busquen prestaciones más baratas al carecer de un prestador único.

Vigésimo tercero: Se desprende de la Ley N° 21.350, la jurisprudencia de esta Sala y lo decidido por la Superintendencia de Salud mediante Resolución N°276 de 7 de marzo de 2023, que fijó en un 2,6% el porcentaje máximo de alza de los planes para el próximo proceso de adecuación 2023, que el modelo actual de la determinación del precio de los contratos de salud da cuenta que el alza de aquellos puedan experimentar se encuentra ampliamente reglamentada, fijándose al efecto una serie de factores que deben considerar las partes, unido al razonamiento que de los mismos y los montos a fijar debe hacerse por la Isapre, para los efectos de subir o modificar su valor.

En otras palabras, el reajuste o alza de precios de los planes de salud, no ha quedado a la mera voluntad de las partes, sino que se trata de un sistema mixto, que la literatura denomina control de precios indirecto y que

FELBXEXQRXK

debe ser fiscalizado por la Superintendencia de Salud, de manera tal que si se incumple por las partes dichas etapas, los precios fijados carecerían de validez.

Vigésimo cuarto: Por lo demás, atendido que el quid del razonamiento dado por esta Corte en cuanto a la forma en que las Isapres deben alzar sus precios, esto es, basado en la debida motivación y fundamentación que dichas decisiones deben contener, permite colegir que la reglamentación antes revisada no solo se aplica al alza del precio base del contrato de salud, sino que a cualquier modificación que se quiera realizar al contrato de salud, en ese ámbito, porque no ha de olvidarse de la naturaleza de aquellos –acto bilateral- y que la prestación, que por su intermedio obtiene el afiliado, se sustenta en *ultima ratio* en un derecho fundamental como es el acceso a la salud.

Al efecto, cabe reiterar que se trata de dos Isapres que no cuentan con prestadores relacionados –carece de integración vertical-, lo cual incentiva a que estas traten de obtener precios más bajos para disminuir sus costos, la negociación entre las isapres y

FELBXEXQRXK

prestadores, podría generar un efecto de disminución de los precios, sobre la base que el riesgo de coordinación entre Isapre y prestador es casi inexistente y, que al existir una Isapre con mayor cartera, tendría también un poder negociador mayor. En ese mismo orden de ideas, el efecto de la fusión debería tender a disminuir los gastos de administración y ventas, mejorando la eficiencia en la gestión operacional de la nueva entidad, si se aplica este concepto correctamente.

Vigésimo quinto: Eliminado el factor preponderante que sostuvo la FNE para denegar la operación de fusión, -alza de precio de los contratos de salud- se desvanecen consecuentemente, también, los otros elementos que se aludieron para fundar ese rechazo, como lo sería el desmejoramiento de las prestaciones otorgadas a través del contrato de salud, porque su sustrato emanaba para dicho órgano a partir de la premisa principal, aumento del valor de los planes de salud y, lo mismo es aplicable con los riesgos coordinados, desde que desapareceré el factor distorsionador cual es, la posibilidad de fijar un precio.

FELBXEXQRXK

Vigésimo sexto: En el contexto descrito, aparece que los jueces del Tribunal de la Libre Competencia incurrieron en las faltas o abusos graves invocadas por el recurrente, por cuanto no se efectuó la distinción precedentemente expuesta, desde que, como se dijo, la reducción de agentes del mercado, en este caso, no conlleva a una alza automática del valor de los precios y/o –consecuentemente- un desmejoramiento de las prestaciones que los contratos de salud ofertan, porque los primeros son fijados dentro de un marco legal, que implica que la Superintendencia de Salud deba preocuparse que cualquier alza en su precio, se ajusten al ordenamiento jurídico y a las reglas de coordinación que esta Corte en su momento, declaró al efectuar una exegesis de la normativa aplicable, conforme se explicitó precedentemente.

Por tanto, la FNE no acreditó que la operación consultada tenga la aptitud de reducir de forma sustancial la competencia, porque no se configura el riesgo unilateral que invoca para ello y, por lo mismo, el de coordinación que alude, igualmente, queda

FELBXEXQRXK

desprovisto del sustrato fáctico que incentivaría a las otras Isapres para alinearse tras las fusionadas en algún ítem.

Vigésimo séptimo: Lo anterior no importa desconocer dos cuestiones fundamentales, por un lado, la realidad económica en que se desarrolla esta fusión de Isapres y, por otro, el resguardo a la libre competencia, que esta Corte Suprema debe velar porque se cumpla, al constituir un elemento estructurante del ordenamiento público económico.

Es la ley la que autoriza al tribunal, para que con el fin de mantener un equilibrio dentro del mercado relevante y la libre competencia, pueda aprobar una operación de fusión a condición que se cumplan las medidas de mitigación que ofrezcan las notificantes y/o decretar otras con el afán de cumplir el mandato legal de no reducir sustancialmente la competencia.

Ahora bien, en el análisis que se haga de esas medidas, la autoridad sostiene que son "elementos centrales de la efectividad de las mismas para solucionar el problema de competencia detectado, su factibilidad de

FELBXEXQRXK

implementación, ejecución, monitoreo y la proporcionalidad de éstas". (Sección 7 de la Clayton Act, el artículo 8 del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo de la Comunidad Europea y los artículos 54 y 57 del Decreto Ley N° 211 y Mensaje del Fiscal Nacional Económico de la época Sr. Felipe Irarrázaval a propósito de la Guía de Remedios de la FNE de 2017, pág. 3).

Vigésimo octavo: Conforme lo reglamenta la FNE, en la citada Guía de Remedios, las medidas de mitigación, remedios o compromisos, constituyen instrumentos de control de las fusiones y, como tal, deberán: **a)** ser idóneas para el caso particular, con un grado de suficiente de certeza para impedir que la operación reduzca sustancialmente la competencia, durante todo el período esperado, de allí que se prefiera remedios que más rápido se hacen cargo de los problemas detectados, y no se aceptan remedios transitorios salvo que estime que los efectos anticompetitivos no le sobrevivirán; **b)** efectivas, esto es, que resulten factibles de implementar, ejecutar y monitorear y **c)** proporcionales al problema de competencia detectado.

FELBXEXQRXK

En ese entendido, es que, el inciso cuarto del artículo 31 bis del Decreto Ley N° 211, prescribe que:

"En el caso que la sentencia revoque la resolución recurrida, el Tribunal, en la misma sentencia, podrá aprobar la operación de concentración en forma pura y simple o sujeta a las últimas medidas ofrecidas por el notificante de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 53. Adicionalmente, podrá el Tribunal aprobar la operación bajo la condición de que se dé cumplimiento a otras medidas que considere adecuadas y suficientes".

Vigésimo noveno: De acuerdo a lo consignado en el punto 3.13, del fallo que se ataca, la quejosa propuso quince medidas de mitigación, las que analizadas por este Tribunal, permiten concluir que en ellas se cumplen los requisitos antes referidos – idóneas, efectivas y proporcionales- toda vez que resultan factibles de implementar, ejecutar, monitorear y proporcionales, puesto que, de su lectura se advierte que identifican los riesgos que expuso la FNE – alza de precios de los planes

FELBXEXQRXK

de salud; eliminación de prestaciones del contrato y coordinación de las Isapres.

Y en ese entendido, las recurrentes formulan para dichos conflictos, una serie de medidas que, unidas a las adecuaciones y precisiones que este Tribunal propondrá, en cada caso, permite a las partes abordar un mayor compromiso de solución de los problemas que podría suscitarse por la operación y que se traduce en impedir que producto de la fusión, se reduzca sustancialmente la competencia.

Para lo anterior, este Tribunal a través de los remedios propuestos por la quejosa, y haciendo uso de las facultades contenidas en la parte final del artículo 31 bis del Decreto Ley N° 211 pretende mantener las actuales condiciones del mercado relevante, en especial, los beneficios con cuentan los afiliados de las notificantes en sus respectivos contratos de salud para los efectos de ser traspasados a NMV.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, **se acoge** el recurso de queja deducido por Nexus Chile SpA y, en

FELBXEXQRXK

consecuencia, **se deja sin efecto** la sentencia de cinco de septiembre de dos mil veintidós, dictada por el Tribunal de la Libre Competencia, que rechazó el recurso de revisión entablado por la quejosa y otras contra la resolución de la Fiscalía Nacional Económica de tres de febrero de dos mil veintidós, que prohibió la operación de concentración consistente en la adquisición de Colmena por parte de NMV y, en su lugar, se dispone que **se acoge** el recurso y, en consecuencia, **se aprueba** la operación consistente en la fusión entre las referidas Isapres, bajo las siguientes medidas de mitigación:

I.- Las propuestas por las Isapres:

1.- El establecimiento de una "Banda Competitiva" por la cual, cada vez que la entidad fusionada tenga una utilidad neta superior al 4% del ingreso anual bruto no podrá adecuar los precios bases de los planes de salud; y no podrá subir los precios de los planes en comercialización. Esta medida supone el establecimiento de un margen de utilidad máximo cuyo exceso se traspasa directamente a los afiliados en forma de beneficios e impacta también en los precios de la prima GES, ya que

FELBXEXQRXK

actúa como un disciplinante natural de la entidad fusionada.

Para los efectos de la fiscalización de este compromiso, la Isapre deberá presentar a la Superintendencia de Salud, los antecedentes económicos pertinentes que acrediten esa utilidad neta, dentro del período señalado por la Ley N° 21.350 y su reglamentación aplicable, para determinar y validar el alza máxima anual de todos los planes de salud que administrará la entidad resultante de la fusión, debiendo controlarse los aumentos en los gastos de administración y ventas, que pudieran distorsionar el margen de utilidad.

2.- La posposición de cualquier modificación o término de planes grupales no médicos de NMV, por el plazo de cinco años y/o hasta que se modifique la legislación.

Para el cumplimiento de esta medida, deberá tenerse en consideración, en lo que fuese compatible, la Circular IF N° 418 de la Superintendencia de Salud, que imparte instrucciones sobre la configuración, contratación y mantención de planes grupales.

FELBXEXQRXK

3.- La mantención de una oferta mínima de planes de salud en comercialización por parte de la entidad resultante que abarque, al menos, los mismos rangos de la bonificación que cada una de las Isapres fusionadas financia, según el plan contratado.

4.- La adopción del Arancel Fonasa Modelo Libre Elección (MLE) como arancel único de referencia en todos los planes nuevos. Esto supone una invariabilidad arancelaria para la entidad resultante de todas las prestaciones de salud con código Fonasa.

En este punto se tendrá en consideración que el arancel MLE de Fonasa, cuenta con sistema Pago Asociado a Diagnóstico (PAD) y Grupos de Diagnostico Relacionados (GRD) para efectos de su tramitación administrativa.

5.- La implementación de la plataforma tecnológica y operacional de Colmena para el procesamiento y pago de licencias médicas y subsidios por incapacidad laboral, sin perjuicio de las mejoras que se puedan implementar en el futuro. Con el fin de permitir una mayor automatización del sistema, mejorando los tiempos de espera.

FELBXEXQRXK

6.- La creación de la "Defensoría del Afiliado" con el objetivo de velar por la protección y resguardo de los intereses del afiliado frente a la entidad resultante en todas las materias vinculadas a la relación contractual con la Isapre así como todas las materias que puedan suscitar una diferencia entre los afiliados y la entidad resultante, en cuanto sean permitidas por la Superintendencia de Salud.

Para la implementación de esta medida la Isapre deberá desarrollar una propuesta que presentará ante la Superintendencia de Salud, dentro del plazo de seis meses, en la cual se indique como operará el sistema en la práctica y los mecanismos que implementaría al respecto, con el objeto que la Autoridad revise y determine su ámbito de aplicación, de manera tal que no afecte su competencia en materia de resolución de conflictos y, por el contrario, se transforme en una instancia real, rápida y efectiva de solución de conflictos entre el afiliado y la Isapre, posibilitando la disminución de reclamos ante la Administración y los tribunales de justicia.

FELBXEXQRXK

7.- La incorporación en los nuevos planes de todas las prestaciones de salud aranceladas que NMV y Colmena contemplan actualmente, adicionales a las que tienen arancel Fonasa, sin dejar ninguna fuera.

8.- La creación de un "Comité de Casos Especiales e Innovación Tecnológica" cuyo objeto es recibir, tramitar y evaluar las solicitudes formuladas por los afiliados.

Al igual que en la medida 6 y dentro del mismo plazo, la Isapre deberá presentar ante la Superintendencia de Salud una propuesta que defina su funcionamiento, procedimientos, que lugar ocupará en la Isapre, recursos que se destinarán, plazos de respuesta, etc.

9.- La mantención de toda la red de sucursales existente en aquellas localidades donde hay presencia de Colmena o NMV.

10.- La mantención y mejoramiento del canal de ventas digital disponible en el sitio web de Colmena, precisando el cambio por la operación de fusión.

11.- La mantención, para la cartera de afiliados de Colmena y de NMV, del mejor plazo promedio de resolución

FELBXEXQRXK

y reembolso ambulatorio vía web que exista entre ambas Isapres que corresponde a tres días en resolver y tres días en depositar.

12.- La adopción del estándar más exigente de desempeño de tiempos de espera y tasa de caídas de las llamadas del call center que existe entre NMV y Colmena.

Para estos efectos se llevara un registro de las consultas por medio del call center con temporizador de espera, de la cual se dará cuenta periódicamente a la Superintendencia de Salud.

13.- La mantención de la cantidad de servicios disponibles en los sitios web de Colmena y NVM a toda la cartera de afiliados.

14.- La mantención de un mecanismo de emisión de bonos ambulatorios en los prestadores con convenios vigentes con la entidad resultante.

15.- La implementación de un programa de cumplimiento de libre competencia dentro de la entidad resultante, que contemple la designación de un supervisor de cumplimiento por un plazo a acordar con la Fiscalía Nacional Económica.

FELBXEXQRXK

II.- Estos sentenciadores, en ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 31 bis del Decreto Ley N° 211, disponen, igualmente, las siguientes medidas:

1.- La Isapre resultante, se abstendrá de convenir contratos o negocios que importen su integración vertical con cualquier clínica o prestador de servicios médicos de manera preferente, por el plazo de cinco años y/o hasta que se modifique la legislación y regule la materia.

2.- Se deberá mantener el modelo de negocios, referido a la oferta de planes de salud de libre elección por el plazo de cinco años y/o hasta que se modifique la legislación regulando esta materia.

3.- Se deberán mantener por dos años los convenios actualmente vigentes de las isapres fusionadas con sus prestadores, a menos que las condiciones del mercado permitan acuerdos más favorables a los afiliados.

Lo anterior con la finalidad que estos últimos no se vean expuestos a cambios en la calidad del servicio.

III.- Supervisión:

Todas las medidas serán fiscalizadas por la Superintendencia de Salud y la Fiscalía Nacional

FELBXEXQRXK

Económica en lo que fuere de competencia de cada una de ellas.

IV.- Comuníquese, por la vía más rápida, la presente sentencia a la Superintendencia de Salud. Sin perjuicio Ofíciese.

No se dispone la remisión de estos antecedentes al Pleno de este Tribunal por tratarse de un asunto en que la inobservancia constatada no puede ser estimada como una falta o abuso que amerite disponer tal medida.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Ravanales.

Rol N° 91.429-2022.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sr. Jean Pierre Matus A. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Ministros Sr. Carroza por estar con feriado legal y Sr. Matus por estar con permiso.

FELBXEXQRXK

SERGIO MANUEL MUÑOZ GAJARDO
MINISTRO
Fecha: 27/03/2023 07:29:54

ANGELA FRANCISCA VIVANCO MARTINEZ
MINISTRA
Fecha: 27/03/2023 07:31:00

ADELITA INES RAVANALES ARRIAGADA
MINISTRA
Fecha: 27/03/2023 07:29:55

FELBXEXQRXK

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A. Santiago, veintisiete de marzo de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veintisiete de marzo de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

FELBXEXQRXK