

En lo principal: Interpone recurso de queja. **En el primer otrosí:** Acompaña documentos. **En el segundo otrosí:** Se tenga presente personería. **En el tercer otrosí:** Patrocinio y delega poder.

EXCMA. CORTE SUPREMA

ANTONIO RUBILAR SUÁREZ, abogado, actuando en representación como se acredita en el segundo otrosí, de Nexus Chile SpA (“**Nexus**”), sociedad de inversiones y controladora indirecta de Isapre Nueva Masvida S.A. (“**NMV**”), en autos sobre Recurso de Revisión Especial, caratulado RRE-2-2022-D (*Recurso de Revisión Especial de Nexus Chile SpA y otro contra la resolución de la FNE de 3 de febrero de 2022*), a S.S. Excelentísima respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, dentro de plazo, interpongo **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, con ocasión de las graves faltas o abusos cometidas con la dictación de la sentencia definitiva de 5 de septiembre del presente año, escrita a fojas 84 y siguientes de los autos en que incide este recurso (la “**Resolución Recurrída**”), que pronunciándose sobre el recurso especial de revisión interpuesto por esta parte en contra de la resolución de la Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**”), de fecha 3 de febrero de 2022, que prohibió la operación de concentración notificada por Nexus y Colmena (la “**Resolución**” y la “**Operación**”, respectivamente), declaró con el **voto de minoría** del Ministro Sr. Ricardo Paredes Molina **rechazar el recurso de revisión especial** presentado por las empresas Nexus y Colmena Holding SpA (“**Colmena Holding**” y conjuntamente con Nexus, las “**Partes**” o los “**Recurrentes**”).

Como se verá, la Resolución Recurrída que motiva el presente Recurso de Queja, ha sido dictada por los Ministros del TDLC adhiriendo a una equivocada Resolución de la FNE, la que fue a su vez emitida soslayando antecedentes concretos presentados por las Partes y evaluando de manera gravemente incorrecta el mercado relevante, las eficiencias de la Operación y sobreestimando sus riesgos, vicios que el TDLC no sólo ha

hecho suyos, sino que peor aún, **los ha profundizado**, haciendo caso omiso a antecedentes concretos presentados por las Partes, que refutaban cada uno de los riesgos levantados por la FNE al extremo que ni siquiera emitieron pronunciamiento sobre varios de éstos, afectando el derecho de libertad económica de las Partes y de asociarse libremente, cometiendo de paso un grave atentado a la viabilidad económica de Nexus, a quién se la priva de las economías de escala y eficiencias que le habrían permitido competir en el desafiante contexto que hoy enfrentan las ISAPRES en Chile.

Incluso más, el TDLC obvió uno de los argumentos de esta parte – en cuanto a que la industria se encuentra en crisis y que la fusión planteada se erige como una forma de proteger a los afiliados por la vía de generar eficiencias mediante ahorro en costos– sencillamente sosteniendo que ello habría sido un argumento de “empresa en crisis”, y que esta parte no habría invocado dicha “defensa” o “excepción”, ni que se habría acreditado el cumplimiento de los elementos requeridos para que dicha defensa fuese evaluada¹, formalismo con el cual desecharon impropiamente una parte no menor de los argumentos esgrimidos por esta defensa. Esta Excma. Corte, ciertamente podrá advertir en lo sucesivo que **estamos frente a una falta o abuso grave y manifiesta, en tanto se recurrió a un estatuto diverso para pasar por alto un hecho público y notorio que incluso esta magistratura ha tenido la oportunidad de conocer a nivel judicial**: la situación crítica de la industria y la situación de incertidumbre regulatoria a la que está expuesta.

Como consecuencia de su actuar contrario a derecho, los Ministros y Ministras que dictaron la Resolución Recurrída, impiden que las partes concreten una operación de concentración perfectamente lícita y necesaria para ambas compañías, en el desafiante contexto económico actual y que en caso alguno supone un riesgo de reducción sustancial de la competencia en el mercado en el que se desenvuelven estas empresas, con el agravante que, como consecuencia de reformas legales, su sentencia definitiva no es susceptible de ser revisada por S.S. Excma., de ninguna otra forma que no sea a través del presente recurso de queja, pese a ser una sentencia que causa manifiesto perjuicio a esta parte, por incurrir en vicios evidentes que deben ser enmendados. Esta privación a sendos derechos constitucionales tanto de Nexus como de Colmena, constituyen una grave falta o abuso que deben ser corregidas.

¹ Considerando Centésimo quincuagésimo sexto de la Sentencia.

A continuación, se expondrán los antecedentes de hecho y de derecho que dan cuenta que los ministros han cometido una grave falta o abuso al emitir la Resolución Recurrída, la que para facilidad de revisión se acompaña con un índice de contenido:

ÍNDICE

I. Antecedentes Generales del presente recurso de queja	4
II. Contenido de la Resolución Recurrída.....	10
III. Los Ministros y Ministras, al dictar la Resolución de fecha 5 de septiembre de 2022, han incurrido en graves faltas o abusos, que requieren ser enmendados	15
A. Primer Capítulo del recurso de Queja: Falta o abuso grave y manifiesto consistente en hacer caso omiso a los antecedentes del proceso.	17
i. Introducción.	17
ii. La Resolución Recurrída soslayó – sin siquiera abordar – argumentos e información clave presentada por las Partes.....	19
iii. De haber abordado los antecedentes presentados por las Partes, el TDLC inexorablemente habría concluido que la Operación debía permitirse.	22
B. Segundo Capítulo del recurso de Queja: El TDLC cometió falta o abuso grave, al incurrir en contradicciones evidentes en su sentencia y obviar antecedentes que establecían que la operación debía ser aprobada.	31
i. El TDLC no consideró en su totalidad las eficiencias presentadas por Nexus y Colmena, adhiriendo arbitrariamente a la tesis de la FNE a pesar de la contundente evidencia presentada por las Partes.	31
ii. El TDLC desestima los argumentos económicos de las Partes, identificando riesgos inexistentes o que al menos desconocen gravemente la realidad del mercado: riesgo de aumento de precio en planes en stock	37
iii. El Rol de Fonasa: Cómo el TDLC descarta – al igual que la FNE – el rol que FONASA juega como disciplinador de las Isapres y del mercado.	42
IV. Los Ministros, al fallar con falta o abuso grave, han dañado a las Partes y causado un perjuicio sólo reparable dejando sin efecto la Resolución Recurrída, permitiendo la operación.....	46
A. Derechos fundamentales conculcados.....	47
B. El hecho que es una decisión que por definición afecta derechos fundamentales, eleva sustancialmente el estándar de razonamiento y procesamiento documental.....	50
C. Sobre la importancia que la Sentencia definitiva dictada por el TDLC sea revisada.....	52
V. Requisitos formales de procedencia del recurso de queja	53
VI. Necesidad de Invalidar y Dictar Sentencia de reemplazo	57

I. ANTECEDENTES GENERALES DEL PRESENTE RECURSO DE QUEJA

1. El 12 de abril del 2021 las Partes notificaron a la FNE la operación de concentración consistente en la adquisición de Colmena por parte de NMV. Dicha adquisición permitiría a Nexus Chile SpA influir decisivamente en la administración de Colmena, en los términos del artículo 47 letra b) del DL 211. Atendido lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el título IV del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), el 26 de abril de 2021, la FNE instruyó el inicio de la investigación Rol FNE F 271-2021 (la “Investigación”), que dio origen a la Resolución de Prohibición.

2. El 3 de febrero de 2022 la División de Fusiones de la FNE evacuó su informe, recomendando prohibir la operación (el "**Informe de Prohibición**"). Con la misma fecha, la FNE dictó la Resolución de Prohibición ya referenciada, en la cual se expusieron, en líneas generales los siguientes argumentos para prohibir la operación.

3. En primer lugar, se identificó el mercado relevante en los siguientes términos: un mercado abierto de comercialización de planes de salud individuales y colectivos o grupales en el mercado nacional segmentado en cuatro macrozonas: Norte, Valparaíso, Región Metropolitana y Sur. Se identificaron como barreras de entrada, altos costos hundidos e incertidumbre regulatoria. También una supuesta dificultad para la oportuna entrada competitiva, **desvirtuando el rol de la nueva Isapre Esencial con concretos planes de ingreso al mercado en el corto plazo**², cuestión que de hecho se concretó.

4. Identificó la FNE riesgos unilaterales y coordinados. Respecto a los primeros, la Resolución señala que las Partes tendrían la habilidad e incentivos **para alzar los precios de planes en comercialización y en stock**³ y para disminuir la calidad de los contratos de salud. Esto se basa en un análisis errado estructural del mercado sobrevalorando índices de concentración de mercado (GUPPI y CMCR) y una supuesta cercanía competitiva basada en razones de desvío distorsionadas, como se explicó en abundancia en el recurso

² Veremos que las razones para el descarte del ingreso de Isapre Esencial como una evidencia de un mercado competitivo se basan exclusivamente en las declaraciones de su gerente general, parte a todas luces interesada (al ser la futura Isapre competidora directa de Colmena) en que no se fortalezca una Isapre en Santiago con ofertas sobre la Clínica Alemana.

³ A pesar de ser de público conocimiento, a estas alturas, la imposibilidad que tienen las Isapres de subir sus precios de manera arbitraria, debiendo siempre estar justificadas dichas alzas de precio con un altísimo estándar argumentativo.

especial de revisión, y también con contundentes informes durante el proceso ante el TDLC. Veremos que esos antecedentes fueron derechamente desatendidos por dicho Tribunal en su análisis.

5. Las Partes **presentaron las eficiencias derivadas de la Operación, debidamente sustentadas en evidencia económica que respalda su inherencia, verificabilidad e idoneidad.** Éstas eran: : (i) **ahorro de copagos por la homologación de aranceles debido a la extensión del arancel más bajo de los convenios originales de NMV y Colmena a toda la cartera integrada de afiliados;** (ii) reducción de aranceles de prestadores de salud, por **el mayor poder de negociación de la entidad resultante** frente a estos; (iii) **economías de escala por el incremento en el número de beneficiarios;** y (iv) **ahorro de tiempo para los afiliados por el aumento de la cobertura de las sucursales de atención a éstos.** La FNE desestimó erradamente su verificabilidad, inherencia y aptitud.

6. Frente a ello, y para mitigar cualquier riesgo que se pudiera producir con la Operación, las Partes **ofrecieron un paquete de medidas de mitigación conductuales robusto.** Son las siguientes:

- i. 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 actúa como un disciplinante natural de la entidad fusionada;
- ii. EL congelamiento de cualquier modificación o término de planes grupales no médicos de NMV por un plazo estipulado;
- iii. 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 la Isapre financía, según el plan contratado;
- iv. **La adopción del Arancel Fonasa Modelo Libre Elección 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;

- v. 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. Con ello se permite una mayor automatización del sistema, mejorando los tiempos de espera;
 - vi. 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;
 - vii. 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;
 - viii. La creación de un “Comité de Casos Especiales e Innovación Tecnológica” cuyo objeto es recibir, tramitar y evaluar las solicitudes formuladas por los afiliados.
7. La FNE desestimó en su Informe de Prohibición todas las medidas ofrecidas por las Partes, a pesar de que dichas medidas eran, sin lugar a dudas, inherentes, idóneas, verificables y proporcionales a los riesgos de la operación, riesgos que como ya señalamos, ya estaban gravemente sobredimensionados. La FNE concluyó que la única medida que sí sería efectiva – y que dicho sea de paso, desnaturalizaba la razón de ser de la fusión - era la desinversión de activos, concretamente, de cartera de afiliados.
8. Nótese, S.S. Excma., que la sugerencia de la FNE obligaría a la entidad fusionada a traspasar su cartera a algún entrante nuevo para mitigar los riesgos de la operación. Sin embargo, **en último término esta medida implicaba el traspaso de cartera a algún otro competidor del mercado, todos los cuales tienen cuotas de mercado superiores a Colmena y a Masvida: reduciendo la competencia.** Siguiendo esta medida, se habrían perdido todas las sinergias perseguidas tras la operación,

deviniendo en inútil y económicamente ineficiente, desconociendo a su vez la imposibilidad regulatoria de desprenderse de forma parcial de la cartera de clientes.

9. Frente a ello, las Partes se vieron en la obligación de impugnar tal decisión, mediante la interposición de un recurso de revisión especial con fecha 17 de febrero de 2022, solicitando la revocación de la Resolución de Prohibición y que, en su lugar, se apruebe la Operación notificada en forma pura y simple; en subsidio, sujeta a las medidas de mitigación ofrecidas, o, en subsidio de lo anterior, sujeto a otras medidas que el TDLC considerara como adecuadas y suficientes.

10. En ese recurso se expusieron una serie de consideraciones que demostraban la efectiva producción de eficiencias de la operación de concentración, la suficiencia y aptitud de las medidas de mitigación y el bajísimo impacto en la competencia que tendría finalmente la Operación. Se enfatizó también en el carácter excepcional que debe tener la prohibición como medida que la FNE puede tomar frente a una concentración, pues se trata de una especial forma de limitación a la libertad económica en cuanto derecho fundamental. A mayor abundamiento, se presentaron **importantes informes económicos que respaldaban la tesis de las Partes**. Veremos que dichos informes fueron lisa y llanamente ignorados por el TDLC.

11. **Se demostró en la argumentación del recurso de revisión extraordinario, cómo es que la FNE realizó un análisis desajustado de la realidad del mercado, que la llevó a construir riesgos unilaterales y de coordinación ficticios, errando incluso en la determinación geográfica del mercado relevante.** Las 4 macrozonas en las que supuestamente se segmentaba el mercado relevante fueron desestimadas incluso por el TDLC en la sentencia que ahora se recurre de queja.

12. La cercanía competitiva a partir de la cual se levantaron los riesgos unilaterales, como se verá, se construyó soslayando elementos estructurales del mercado, como lo eran la participación de mercado de las Partes por Región, imputando también a la operación fallas de mercado propias de la regulación, que son preexistentes a la fusión y que se mantienen hoy.

13. Se desestimó de forma burda la entrada efectiva de Isapre Esencial al mercado, quien apalancada en una marca de prestigio como lo es Clínica Alemana,

superando todas sus barreras de entrada. Adicionalmente, se criticó la insuficiencia de las medidas de mitigación, en particular, la de la Banda Competitiva que implica un congelamiento de precios contra una sobreutilidad neta de un 4% que redundará en una reinversión en beneficio de los consumidores finales.

14. Para robustecer estos dichos, las Partes aportaron al Tribunal **tres contundentes informes económicos**, y la data y análisis que los sustentaban, en el marco del ejercicio de la atribución dispuesta por el artículo 31 bis del DL 211 a folios 33 y 34. Los informes fueron los siguientes:

- i. Informe económico elaborado por los profesores Andrés Gómez-Lobo y Ronaldo Bruna⁴, titulado “*Observaciones al informe de Prohibición de la Adquisición de control de Colmena por parte de Nexus Chile*” (el “Informe Gómez-Lobo/Bruna”).
- ii. Informe económico de Compass Lexecon, elaborado por Fernando Coloma y Carlos Noton, titulado “*Análisis económico relativo a las medidas de mitigación de la operación Masvida/Colmena*” (el “Informe Compass”).
- iii. Informe económico elaborado por los profesores Eduardo Saavedra, Claudio Agostini y Manuel Willington, titulado “*Economías de Escala y Simulación de la Fusión entre Colmena y Nueva Más Vida*” (el “Informe Saavedra/Agostini/Willington”).

15. Estos informes fueron desestimados por la Resolución Recurrida e incluso ignorados a lo largo de la decisión, a pesar de hacerse cargo fundadamente de todos los argumentos de la FNE – lo que como veremos, constituye un abuso y falta grave – soslayando su contenido, impactando en el derecho de defensa de las Partes y demostrando una injustificada deferencia en favor de la FNE.

⁴ **Ronaldo Bruna** es ingeniero comercial de la Universidad de Santiago de Chile, Master en Economía por la Universidad Alberto Hurtado y M.A. in Economics de Georgetown University. Actualmente se desempeña como profesor de Regulación en la Universidad Adolfo Ibáñez y de Libre Competencia en la Universidad Alberto Hurtado.

16. El día 07 de julio de 2022 tuvo lugar la audiencia establecida en el artículo 31 bis del DL 211 la que se llevó a efecto ante los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina y Sr. Jaime Barahona Urzúa. En la audiencia intervinieron los apoderados de Colmena Holding SpA; Colmena Golden Cross S.A.; Nexus Chile SpA; y de la FNE. La causa quedó en acuerdo, dictándose sentencia definitiva el 05 de septiembre de 2022.

17. Cabe destacar, que el mismo día de la audiencia pública, las Partes acompañaron a folio 72 dos minutas económicas complementarias, una por cada uno de los informes económicos que fueron acompañados, a modo de profundizar en sus argumentos y destacar los errores metodológicos en que incurrió la FNE. Ninguno de estos tres antecedentes complementarios fue siquiera citado o tomado en cuenta por parte del TDLC en su sentencia, pese a que fuera el mismo Tribunal el que los tuvo como correctamente incorporados al procedimiento mediante resolución judicial de 14 de julio de 2022 a folio 74, invocando su facultad para recabar antecedentes del artículo 31 bis del DL 211. Esto pareció no importarle al TDLC y deliberadamente ignoró estos relevantes antecedentes al momento de fallar. Pasemos entonces a revisar el contenido de la Resolución Recurrída.

II. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

1. A continuación, se realiza una exposición resumida del contenido de la sentencia recurrida de una extensión de 70 carillas, anunciando algunos de los abusos y faltas en que los Ministros del TDLC incurrieron al momento de dictarla:

2. Se deja establecido que el mercado relevante no es desagregado por macrozonas como lo quiso hacer ver la FNE. El mercado es de alcance nacional, lo que guarda relación con el diseño de las estrategias comerciales de las Isapres que abarcan todo el territorio nacional, la posibilidad de suscripción de planes de salud mediante sucursales virtuales y la presencia en todo el territorio nacional (Considerando vigésimo).

3. Establece como mercados relevantes en que incide la consulta entonces, los siguientes: **(i)** el mercado de los planes de salud individuales provistos por Isapres abiertas, en el territorio nacional; y **(ii)** el mercado de los planes de salud colectivos provistos por Isapres abiertas, en el territorio nacional. Excluye del mercado relevante a FONASA, a pesar de que le reconoce desvíos relevantes de afiliados desde las ISAPRES y hacia FONASA.

4. El **análisis de riesgos** de la sentencia es insuficiente, reiterativo y falaz en su argumentación, soslayando las contraargumentaciones vertidas por las Partes de la Operación en el contexto del Recurso de Revisión, que se hacían cargo del Informe de Prohibición de la FNE. En la práctica entonces, la sentencia recurrida es una mera caja de resonancia reproductiva de los argumentos y análisis realizados por la misma FNE.

5. Para confirmar la **cercanía competitiva**, el TDLC utiliza nuevamente un gráfico del Informe de Prohibición (figura 13) para demostrar la presión que ejercen ambas Partes en la macrozona sur (Considerando Cuadragésimo Sexto). Ello, **pese a ya haber descartado la segmentación geográfica** del mercado relevante.

6. Luego, el TDLC profundiza en su **análisis cualitativo**, donde nuevamente se valdrá de insumos del Informe de Prohibición de la FNE en particular, de los índices de presión al alza de precios estimados por la FNE para planes individuales en comercialización del año 2019 (GUPPI y CMCR). Es revelador que, al respecto, en el

Considerando Cuadragésimo Séptimo, el Tribunal sea confeso en señalar que “*el análisis cuantitativo que sigue a continuación se limitará exclusivamente a los resultados obtenidos por la FNE a nivel nacional*”. Según estos datos, para la FNE existe una predicción al alza de precios anual de \$23.000 aproximadamente. **Nuevamente, la sentencia recurrida se limita a reproducir estos análisis.**

7. **El TDLC nada dice de las minutas complementarias de los informes económicos que las Partes rindieron y aportaron al expediente del recurso de revisión con fecha 7 de julio de 2022 y que constan a fojas 72.** En ellas se aclaraba el error de aplicar filtros inadecuados para las razones de desvíos. El TDLC decide deliberadamente ignorar estos argumentos que estaba obligada a ponderar y se queda con las estimaciones preliminares que constan en el Informe de Prohibición de la FNE. Misma situación se replica con los márgenes (fuerza de venta y primer año de contrato) utilizados para el cálculo de los índices de precios al alza.

8. En el **análisis de riesgos**, ahora, en el **mercado de provisión de planes de salud grupales en cartera o stock** incurre en el mismo abuso y falta grave al derechamente desatender las consideraciones económicas que los informantes de las Partes plantearan a lo largo del proceso. Correctamente eso sí en esta parte, el TDLC **reconoció que el supuesto riesgo detectado sería de una entidad bajísima** para la competencia del mercado dado que NMV cuenta sólo con un 4% actual de este tipo de planes en stock y ya no los comercializa, confirmando la aptitud para mitigarlo que mantienen las medidas ofrecidas por las Partes (Considerando Octogésimo Cuarto).

9. Al momento de profundizar en la **magnitud de los riesgos unilaterales**, se descarta sin más la baja magnitud (inferior al 5%) del índice GUPPI en base a meras referencias teóricas. Alude al análisis de cercanía competitiva de la FNE de forma genérica y agota ahí su raciocinio (Considerando Octagésimo Noveno).

10. Luego, **analizando las condiciones de entrada del mercado**, la sentencia descarta que la entrada de Isapre Esencial sea suficiente y oportuna para atajar los riesgos anticompetitivos de la Operación. **El elemento basal para ello es la declaración del propio Gerente General de Esencial que recogió la propia FNE en su investigación.** A partir de una mera conjetura de proyección comercial (“*que pocos afiliados [de Isapre*

Esencial] provendrían de Nueva Más Vida”) el TDLC decide descartar la presión competitiva que Esencial podría ejercer (Considerando centésimo Trigésimo Noveno)

11. Tal como ya se explicó, las **eficiencias de la Operación** son: **(i)** ahorro 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; **(ii)** reducción de aranceles de prestadores de salud por el mayor poder de negociación de la entidad resultante frente a estos; **(iii)** economías de escala por el incremento en el número de beneficiarios; y **(iv)** ahorro de tiempo para los afiliados por el aumento de la cobertura de las sucursales de atención a éstos. **En la sentencia recurrida el TDLC las califica de inciertas en base a selectivos y descontextualizados extractos de la declaración del Gerente General de Nexus en la investigación llevada por la FNE.** También las califica como no verificables por basarse en evidencia extranjera -curioso pensando que no existe un antecedente nacional de una Operación similar y comparable-. Solo le da credibilidad a la eficiencia de ahorro de tiempo por mayor cobertura de sucursales al ser inherente a la Operación, desestimando la evidencia económica rendida respecto de las otras tres eficiencias y **contentándose, de nuevo, con el análisis de la FNE.**

12. Por último, la sentencia analiza las **Medidas de Mitigación** propuestas por las Partes, que ya fueron detalladas más arriba. Principalmente, en lo que refiere a la banda competitiva, la descarta por ser poco probable el escenario que activaría el mecanismo y por supuestamente atentar contra las lógicas de oferta y demanda, extraño razonamiento en un mercado cuyos precios se encuentran hoy fuertemente regulados a través de indicadores provenientes de la Superintendencia de Salud.

13. El resto de las medidas fue descartado por erradas razones, que contrastan con la evidencia económica que las Partes rindiendo en sus informes y en sus presentaciones complementarias -más aún si se tiene en consideración la realidad crítica de la industria- todo lo cual será demostrado más adelante en este recurso, S.S. Excma.

14. Como se aprecia, el TDLC trató con extrema deferencia los argumentos de la FNE, a pesar de que las Partes habían ofrecido contundentes argumentaciones e información que daban cuenta de la errada manera como la FNE había construido su resolución de prohibición. Se terminó siendo en extremo indolente con los déficits

argumentativos de la FNE, pero al mismo tiempo se trató a las Partes con extrema dureza en sus razonamientos, lo que evidencia un sesgo ideológico claro en contra de las Isapres que esta Alta Magistratura no puede dejar pasar.

15. Sin embargo, existe un elemento rescatable del razonamiento del TDLC y que se plasma en el **voto en contra y de minoría del Ministro Sr. Ricardo Paredes** que estuvo por acoger el recurso de revisión extraordinario en atención a un correcto análisis económico que advirtió los errores metodológicos en que incurrió la FNE.

16. Comienza el Ministro Sr. Paredes poniendo las cosas en su verdadera dimensión. Se trata de una fusión de dos Isapres **con una participación minoritaria en el mercado**, destacando el rol de Fonasa y la entrada ya segura de Isapre Esencial. **Enfatiza que la disminución de los incentivos de las partes que se concentran a rivalizar debe ser demostrada efectivamente y debe trascender a la mera posibilidad conceptual.**

17. Destaca la reconocida y diversa complejidad de los planes de salud, lo que hace difícil su comparación. Sin embargo, esta imperfección en el funcionamiento del mercado no se potencia como consecuencia de la operación. Realza también que la limitación regulatoria al aumento de precios (Ley N° 21.350) y la diversidad de los planes **limita los incentivos de los competidores para llegar a acuerdos colusorios, desestimando la realidad del riesgo de coordinación identificado por la FNE.**

18. Se destaca en el voto de minoría que el análisis cuantitativo del riesgo de aumento de precio, al profundizar en la cercanía competitiva, lo hace diferenciando sus efectos en las cuatro macrozonas identificadas, aunque tempranamente el mismo TDLC habría descartado tal segmentación del mercado confirmándolo como uno de carácter nacional. **Resulta entonces contradictorio levantar un riesgo de alza de precios por cercanía competitiva en base a consideraciones de un mercado relevante fragmentado geográficamente cuando se confirmó su carácter nacional.**

19. Se evidencia también el error metodológico que implica evaluar el margen sin considerar como costo operacional, y sí como un costo fijo, la remuneración de la fuerza de venta. **Esto eleva ficticiamente los números resultantes del GUPPI, levantando un riesgo artificial al supuestamente superar el umbral del 5%.** A ello se suma que no se

consideraron como un costo de largo plazo. Recuerda el Ministro Paredes que el GUPPI calculado por la FNE se estructuró en base a dos componentes: cercanía competitiva y márgenes de cada firma. Con lo recién dicho entonces **se muestra la distorsión en las cifras producto de los errores metodológicos expuestos lo que redundando en coeficientes sobrestimados.** Al recalcularlo de forma agregada, este resulta sustancialmente menor a lo estimados por la FNE; negativo para Colmena y con un techo de 3,9% para NMV; lo cual resulta conclusivo de GUPPI's que no ameritan una prohibición de la operación.

20. Se adecua también la exagerada afirmación de que la fusión pone en riesgo la salud pública, destacando el real rol que cumplen las Isapres de ser instituciones de carácter subsidiario y complementario a Fonasa, este último, real garante del sistema de salud pública en Chile. Máxime, cuando solo un 18% de la población está afiliada a Isapres.

21. Así las cosas, el voto del Ministro Sr. Paredes sí constituye un análisis correcto y acorde a la realidad del mercado de las Isapres, reconociendo errores metodológicos y haciéndose cargo del fenómeno real que se puso en conocimiento de la FNE: **una operación de concentración de dos actores menores del mercado de Isapres.**

III. LOS MINISTROS Y MINISTRAS, AL DICTAR LA RESOLUCIÓN DE FECHA 5 DE SEPTIEMBRE DE 2022, HAN INCURRIDO EN GRAVES FALTAS O ABUSOS, QUE REQUIEREN SER ENMENDADOS

1. Como se verá a continuación, la decisión adoptada por los Ministros -con el voto en contra del Ministro Sr. Paredes- que rechazó el recurso de revisión interpuesto en contra de la decisión de prohibición de la FNE, es manifiestamente errónea e incurre en graves faltas o abusos, generando un enorme perjuicio a esta parte, al negarse su derecho de propiedad, de libertad económica, de ejercer una actividad económica lícita y afectar la igualdad ante la ley, especialmente considerando la crisis por la que pasa la industria, toda vez que:

- a. Se comete una falta o abuso grave y manifiesto al desatender y obviar informes económicos y argumentos de esta naturaleza presentados por las Partes, a los cuales no sólo se hace una insuficiente referencia, sino que en algunos casos derechamente ignora los argumentos que allí se habían presentado y que demuestran de manera certera cómo se había equivocado la FNE en su análisis, error que fue respaldado por el TDLC.
- b. Se comete una falta o abuso grave consistente en las contradicciones manifiestas entre los dichos del propio fallo del TDLC que incidieron de forma rutilante en la decisión. Lo anterior se puede apreciar de forma evidente cuando:
 - i. Por una parte, define los mercados relevantes en que incidiría la operación con alcance nacional (Considerando vigésimo), excluyendo expresamente a FONASA (a pesar de la cercanía competitiva existente entre ella y Nueva Masvida). Sin embargo, al momento de reproducir los riesgos unilaterales levantados por la FNE, se vale de las razones de desvío que fueron calculadas por la agencia de competencia por macrozonas, circunstancia que colisiona derechamente con la definición de mercado relevante previa.

- ii. Adicionalmente, para efectos de desechar las eficiencias debidamente acreditadas en el proceso y configurar los riesgos unilaterales de la operación, el TDLC señala que este mercado estaría compuesto por productos altamente diferenciados (distintos tipos de planes de salud). Sin embargo, acto seguido y para efectos de poder construir los supuestos riesgos coordinados de la operación, omite derechamente abordar que al estar dentro de un mercado de productos altamente diferenciados, se disipa cualquier riesgo de coordinación entre competidores. Tan claro es lo que venimos señalando S.S. Excma., que es el propio voto de minoría el que advierte esta grave falta o abuso al señalar expresamente que: *“en un contexto de alta heterogeneidad del producto, como es el caso de autos, esa dificultad necesariamente genera bajos incentivos a los competidores para involucrarse en tales acuerdos, ya que les resulta peor formar parte de un acuerdo que no se hace cumplir, que no formar parte”*⁵.

2. Excma. Corte, el presente recurso representa una exigencia de justicia correctiva, tendiente a corregir las faltas y abusos graves cometidas en la decisión del TDLC, únicamente reparables mediante la anulación de la sentencia en cuestión y la dictación de otra que, en último término, apruebe sin más la operación de concentración injustamente prohibida.

⁵ Sentencia TDLC N°182-2022, voto de minoría ministro sr. Ricardo Paredes, cons. 7°.

A. PRIMER CAPÍTULO DEL RECURSO DE QUEJA: FALTA O ABUSO GRAVE Y MANIFIESTO CONSISTENTE EN HACER CASO OMISO A LOS ANTECEDENTES DEL PROCESO.

i. **Introducción.**

1. El presente capítulo revisará aquellos vicios que se han producido por los Ministros, por la comisión de una falta o abuso grave de estos, en dos dimensiones particulares: en tanto la **carente apreciación de los antecedentes del proceso** y la **errónea fundamentación de la sentencia, la que en este último aspecto contiene grandes contradicciones.** En ambos casos, contraviene formalmente el DL 211, en tanto éste exige al TDLC un estándar de argumentación relevante, el que no fue alcanzado por éste en la Resolución Recurrída.

2. Se entiende que ha concurrido la falsa apreciación de los antecedentes del proceso, cuando “(...) *se dicta una resolución judicial o fallo de manera arbitraria, apreciándose erróneamente los antecedentes del proceso.*”⁶. Por su parte, se entiende que existe un problema de errónea fundamentación de la sentencia, cuando aquella tiene defectos graves de motivación o fundamentación, cuestión que ha recibido un amplísimo desarrollo jurisprudencial por esta Excma. Corte Suprema y doctrinario⁷.

3. En cuanto a este último punto, esta Excma. Corte⁸ ha sostenido, resolviendo un caso – en opinión de esta parte – sustancialmente similar al presente, que “**Quinto: Que, así, queda de manifiesto que la decisión atacada no satisface el estándar mínimo de fundamentación o motivación que le es exigible, debiendo tenerse por configurada la causal de nulidad invocada por el recurrente, con las consecuencias que se dirán en lo sucesivo**”. También específicamente conociendo de un recurso de queja, ese Tribunal Supremo ha señalado que hay falta o abuso grave cuando los jueces dictan sentencias que

⁶ MOSQUERA RUIZ, Mario, MATURANA MIQUEL, Cristian. *Ibidem*. P. 393

⁷ NIETO, ALEJANDRO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000. IGNACIO COLOMER, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales* (España: Tirant Monografías, 2003), 145.

⁸ Corte Suprema, Rol N° 154.860-2020, fallo de fecha 19 de noviembre de 2021. Asimismo,

carecen absolutamente de motivación⁹, o bien cuando ésta tiene posiciones disímiles que tornan imposible concluir una única solución jurídica para el caso particular¹⁰. Finalmente, también ha resuelto esta Excelentísima Corte, que se incurre en una falta o abuso grave, cuando la sentencia tiene contradicciones internas y la sentencia está fundamentada de manera incoherente¹¹.

4. Naturalmente y como es obvio, no cualquier vicio de fundamentación alcanza el estándar para configurar un abuso o falta grave de los ministros del TDLC. Pero como veremos en este acápite, la entidad del déficit es tal, que, en este caso, sí que amerita una intervención de parte de esa Excma. Corte Suprema.

⁹ Voto de Minoría del Sr. Ministro Sergio Muñoz, Corte Suprema, autos caratulados “Marcelo Ayuso Marmolejo contra Ministros de la Corte de Apelaciones de Rancagua”, resolución de 04 de abril del 2017, N° de Rol 5.006-2017. “*Que, así las cosas, la decisión de la reclamada carece de motivación desde que impone una sanción al recurrente cuyo fundamento debió estar contenido en el acto que dispuso la condena, cuyo no ha sido el caso*”.

¹⁰ Corte Suprema, autos caratulados “Isapre Cruz Blanca S.A. contra Ministros de la Corte de Apelaciones de Rancagua”, resolución de 20 de noviembre de 2017, N° de Rol 7.822-2015. “[...] *En la sentencia que se analiza, **se advierten tres posiciones disímiles**, principiando por la inicial publicidad del convenio al ser parte el contrato de un acto de la administración, para luego afirmar su reserva según el test de secreto o daño y finalmente, ordenar la entrega de la información requerida, aunque tarjando previamente parte de su contenido, **de forma que aisladamente considerados cada uno de los motivos que contienen estos razonamientos, llevan a tres decisiones diversas imposibles de compatibilizar y si se analizan en conjunto, su divergencia es evidente y por tanto imposibles para sostener una única conclusión válida.***

*Que tal conducta, **constituye por sí sola una falta o abuso grave**, toda vez que los jueces recurridos, conforme se indicó en el motivo octavo que antecede, debían efectuar un razonamiento unívoco, haciendo aplicación de las normas concernientes a la materia y desarrollando una argumentación coherente que implicara una única resolución posible, que pudiera o no ser compartida por las partes, pero en último término, única; sin embargo, como se dijo, sostuvieron planteamientos contradictorios, dejando de aplicar, por esa vía, normas expresas a las que debían atenerse para sostener normativamente su decisión.*

*Que, en consecuencia, al haber obrado en la forma descrita en los fundamentos que preceden, los magistrados recurridos **actuaron con abuso**, [...] **entregando argumentaciones erráticas sin sustento y carentes de racionalidad**”*

¹¹ Corte Suprema, autos caratulados “Empresa Eléctrica PCS SpA contra Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago”, resolución de 20 de noviembre de 2017, N° de Rol 7.817-2015. “*Que si bien los magistrados tienen un amplio margen decisorio sobre los asuntos sometidos a su resolución de acuerdo con la interpretación de la ley que estimen procedente aplicar al caso de conformidad con el ejercicio intelectual que desarrollen, tal función debe ser realizada de manera coherente de forma que la decisión a que arriben se sostenga en los razonamientos desarrollados previamente conforme a sus términos y entregar a continuación una resolución consistente para así no contradecir su discurso interno; es decir, ser congruentes con lo expuesto, por cuanto esta necesidad de concordancia entre lo considerado y lo resuelto, apartará cualquier asomo de arbitrariedad que pudiera surgir como aprensión en el justiciable que espera la obtención de una decisión racionalmente justificada*”

5. ¿Cuáles son los vicios que en esa oportunidad detectó esta alta magistratura, respecto del ejercicio jurisdiccional efectuado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia? Esto queda reflejado en el Considerando N° Cuarto de dicha sentencia, en tanto señala:

“**Cuarto:** Que, como se puede apreciar, lleva razón el reproche de la recurrente, puesto que la sentencia de primera instancia, hecha suya por la Corte de Apelaciones de Valdivia, lejos de analizar toda la prueba rendida, se limitó a seleccionar ciertos medios de convicción sin explicar la razón que lleva al juez a escoger éstos y no otros; afirmar, **sin dar la razón de sus dichos**, que no se encuentra en condiciones de extraer “conclusiones técnicas aceptables” de los antecedentes allegados al proceso; y reprochar la inexistencia de prueba pericial sin fundar qué aspectos específicos resultaba necesario esclarecer a través de ese mecanismo, cómo la prueba que obra en el expediente es insuficiente para alcanzar el estándar de convicción necesario, y por qué, pudiendo hacerlo, no ordenó tal diligencia como medida para mejor resolver.

6. Veremos, en lo sucesivo, que el TDLC ha alcanzado el estándar de abuso o falta grave en la motivación de su sentencia, y cómo esto ha generado un fallo manifiestamente viciado, al no considerar otros puntos esenciales presentados por esta parte, debidamente abordados en el proceso controversial ante el TDLC, el que se limitó a reiterar argumentos de la FNE sin abordar las distintas refutaciones que con respecto a ciertos temas en particular, hicieron los Recurrentes.

ii. La Resolución Recurrída soslayó – sin siquiera abordar – argumentos e información clave presentada por las Partes

7. Excma. Corte, como explicaremos en lo sucesivo, el presente recurso de queja encuentra su sustento último en el hecho de que la decisión del TDLC, lamentablemente, obvió antecedentes cruciales provistos por las partes para una adecuada resolución del recurso de revisión especial. Esto implicó que tanto el análisis como la decisión posterior por parte de dicha magistratura fuese parcial, en tanto omitió solapadamente los argumentos de las recurrentes, basados en análisis económicos expertos en materia de

libre competencia¹², que indiscutiblemente permitían disipar toda duda acerca de la necesidad de que la operación en comento debía ser aprobada.

8. Nos referimos a los siguientes argumentos que fueron totalmente desatendidos por el TDLC, a saber:

- a. **La operación de concentración involucra al cuarto y al quinto actor del mercado (sin considerar a FONASA)**, donde en el escenario más extremo de todos, **en conjunto no concentran más del 30% de participación de mercado**. Jamás en Chile se ha prohibido una operación de concentración que tuviera esos valores en la entidad resultante.
- b. Adicionalmente, se trata de **las únicas dos Isapres en el país que no están integradas verticalmente con clínicas y recintos hospitalarios**.
- c. El análisis de riesgos de la FNE fue excesivamente estricto en la evaluación de los efectos de la operación comparado con criterios de evaluación de fusiones aplicados en el pasado y además no dio cuenta del carácter temporal de los mismos.
- d. **La sobreestimación, falta de fiabilidad y presencia de errores metodológicos importantes** en la definición de las razones de desvío en base al tráfico de clientes entre empresas o *churn*, como también respecto de los márgenes de comercialización. Todos ellos, factores que en último término inciden sobre los análisis de riesgos unilaterales y coordinados.
- e. **Las eficiencias basadas en economías de escala derivadas de la reducción de los pagos a prestadores eran inherentes a la operación y tienen pleno sentido económico en el difícil contexto de industria que actualmente enfrentan las Isapres**.

¹² Todos los cuales fueron debidamente recabados de conformidad con el artículo 31 bis del DL 211, tal y como consta en las resoluciones de folio 35 y 74, de fechas 9 de junio de 2022 y 14 de julio del mismo año, respectivamente.

- f. **Una medida conductual como la ofrecida por las Partes podría ser justificable, en el hipotético caso de existir un riesgo de reducción sustancial de la competencia** (cuestión que no fue demostrada), dado que permite evitar alzas en los precios, permitiendo traspasar directamente a los consumidores eficiencias de costos fijos.

- g. **La entrada en vigencia de la nueva regulación impuesta por la ley N°21.350 y la entrada de un nuevo competidor -Isapre Esencial- debieron haber sido debidamente incluidos en el contrafactual diseñado para comparar escenarios pre y post operación de concentración** y no fueron incluidos.

9. Al respecto, debemos relevar el hecho que todos estos argumentos encuentran profundo asidero económico en los informes y notas tenidos a la vista por parte del H. TDLC. Sin embargo, **resulta sorprendente que la sentencia no se haya hecho cargo de tales análisis y haya perseverado en reproducir de manera errada, el análisis sostenido por la FNE.**

10. Lo anterior es especialmente grave y relevante si se considera asimismo: **(i)** el mal estado de la industria; **(ii)** la carga regulatoria cada vez más intensa que pesa sobre las Isapres, especialmente a partir de la ley N°21.350, y **(iii)** la incertidumbre respecto a posibles cambios en la estructura de este mercado. Ello, debería haber llevado al TDLC no sólo a atender con absoluto cuidado los informes presentados e ignorados, sino que además, deberían haber llevado razonablemente al TDLC a evaluar los riesgos de una Operación de concentración como ésta **de forma limitada en el tiempo.** Sin embargo, como sabemos, nada de esto ocurrió.

11. Por todo esto, S.S. Excma. a lo largo de todo el procedimiento seguido tanto ante la FNE como ante el H. TDLC, fuimos y seguimos siendo enfáticos en señalar con plena convicción que **esta operación no tiene aptitud alguna para reducir sustancialmente la competencia.** Sin embargo, el análisis selectivo con grave falta y abuso, del que hemos sido testigos, permitió formular en apariencia lo contrario.

iii. De haber abordado los antecedentes presentados por las Partes, el TDLC inexorablemente habría concluido que la Operación debía permitirse.

12. Como hemos venido señalando, **la operación analizada por el TDLC no debió, en caso alguno, haber sido prohibida.** De hecho, un examen completo de los antecedentes aportados por las partes -particularmente, de los análisis económicos expertos debidamente aportados al proceso- **habría llevado al TDLC a concluir forzosamente que la misma siempre debió ser aprobada.**

13. A continuación, pasaremos a explicar los antecedentes latamente expuestos en el recurso, **fundados en tres informes económicos expertos e independientes que sustentan esta postura, elaborados por los profesores Ronaldo Bruna y Andrés Gómez-Lobo¹³, Fernando Coloma¹⁴ y Carlos Noton¹⁵; Eduardo Saavedra¹⁶, Claudio Agostini¹⁷ y Manuel Willington¹⁸ y que permiten arribar con total claridad a la necesidad de aprobar la Operación de concentración.** Empero, ni sus conocimientos especializados en organización industrial, ni sus cálculos y metodologías aplicadas, ni

¹³ **Andrés Gómez-Lobo** es ingeniero comercial de la P. Universidad Católica de Chile, M.S. en Economía de los Recursos Naturales y el Medio Ambiente de University College of London, además de Ph. D. en Economía de University College of London. Actualmente se desempeña como profesor asociado de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile.

¹⁴ **Fernando Coloma** es M.S. en Economía y Management de London School of Economics, Magíster en Economía con especialización en organización industrial de la Universidad Católica de Chile e Ingeniería Comercial con mención en economía en la misma universidad. Se desempeñó por seis años en la Fiscalía Nacional Económica, donde fue Economista Jefe y Jefe de División Subrogante de la División de Fusiones, liderando el equipo económico durante la introducción del nuevo sistema de notificación obligatoria de fusiones en junio de 2017.

¹⁵ **Carlos Noton** es Doctor en Economía de la Universidad de California, Berkeley, EE.UU., Master y pregrado en Economía de la Universidad de Chile. Se desempeñó como Profesor Asistente de la Universidad de Warwick en Reino Unido y es Profesor Asistente en el Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile.

¹⁶ **Eduardo Saavedra** es Ph.D. en Economía de Cornell University e ingeniero comercial de la Universidad de Chile. Actualmente se desempeña como Director del Departamento de Economía de la Universidad Alberto Hurtado, casa de estudios en la que lleva enseñando desde el año 1997. Fue Ministro Economista del TDLC entre los años 2014 a 2020. Fue Presidente de la Sociedad Chilena de Políticas Públicas y Director de la Sociedad de Economía de Chile en dos períodos, además de Profesor Visitante en la U. Católica de Perú, U. Autónoma de Barcelona, TEC Monterrey, U. del Pacífico, Universidad Javeriana, y Universidad de Georgetown.

¹⁷ **Claudio Agostini** es Ph.D. in Economics de la University of Michigan e ingeniero comercial de la P. Universidad Católica de Chile. Actualmente es profesor investigador de la Facultad de Ingeniería y Ciencias de la Universidad Adolfo Ibáñez. Sus áreas de especialización son finanzas públicas, en especial política tributaria, y organización industrial empírica con énfasis en políticas de libre competencia.

¹⁸ **Manuel Willington** es Ph.D. in Economics de University of Pennsylvania y Bachelor of Science in Economics, de Universidad Nacional de Córdoba. Actualmente es profesor investigador de la Universidad del Desarrollo.

ciertamente sus acertadas conclusiones **fueron evaluadas por el TDLC, configurándose una falta o abuso grave que debe ser corregida en virtud del presente recurso.**

Pasemos a revisar el contenido de cada uno de ellos.

a. El Informe Gómez-Lobo/Bruna y su minuta complementaria.

14. En primer lugar, Excma. Corte, los profesores Gómez-Lobo y Bruna **llegaron a la rotunda conclusión que la Fiscalía sobreestimó los riesgos unilaterales y coordinados de la Operación, mediante la aplicación de supuestos incorrectos que sesgan los resultados de la FNE.**

15. En efecto, tratándose de los potenciales **riesgos unilaterales** que se derivarían de la Operación, **el Informe Gómez-Lobo/Bruna evidenció que los cálculos efectuados por la FNE estaban sesgados, toda vez que se utilizó un margen operacional sobrevalorado a partir de errores en el cálculo de los costos variables identificados por la autoridad.** Así se desprende de las páginas 3 a 19 de su informe acompañado a folio 33.

16. A lo recién señalado, adicionan en su minuta complementaria acompañada a folio 72 (sencillamente ignorada por el TDLC) que **la FNE tomó una definición de muy corto plazo para determinar los costos variables que inciden de manera relevante en el margen operacional sobrevalorado**, y que no son consistentes con la definición de las principales variables competitivas de las Isapres. En efecto, los datos de agentes de venta y nuevas suscripciones predicen una alta correlación entre estas variables, con un ajuste significativo. **Esta conclusión, precisamente, es reafirmada por el voto de minoría del ministro sr. Ricardo Paredes en la sentencia N°182-2022 del TDLC.** En definitiva, **resulta claro que la FNE se equivocó en su cálculo de costos variables, márgenes y riesgos de la operación, cuestión que quedaba claro en el informe cuyo análisis fue omitido por el H. TDLC.**

17. Por su parte, respecto a los riesgos coordinados de la Operación, **el Informe Gómez-Lobo/Bruna demuestra con absoluta claridad que la FNE erró su análisis, al no considerar todos sus efectos y utilizar un supuesto para determinar un escenario**

contrafactual que no se ajusta a la realidad (páginas 23 a 29 del informe de folio 33).

En particular, señalan que existen una serie de factores que disminuyen considerablemente los riesgos coordinados de la Operación, que no fueron considerados, a saber:

- a. **La incertidumbre regulatoria a la que está expuesta la industria aumenta la tasa de descuento de los agentes del mercado, reduciendo incentivos a una acción coordinada;**
- b. **La Isapre resultante de la Operación tendrá una estructura de costos distinta** a las empresas que participan del mercado;
- c. **La entrada de Isapre Esencial necesariamente hará disminuir los riesgos de coordinación.** Ello, entre otras razones, porque **(i)** Isapre Esencial modificará la estructura de la industria, aumentando el número de competidores y desconcentrando el mercado; **(ii)** la entrada de un nuevo competidor aumentará la heterogeneidad de productos y el comportamiento de las empresas en la industria; **(iii)** generará reacción de las empresas establecidas en el mercado (disminución de precios, aumento de la innovación y calidad, entre otros), tal como daría cuenta la literatura especializada en la materia; y, **(iv)** esperablemente la entrada de Esencial generará reacción en el mercado de los prestadores de salud, lo que intensificará la competencia en la industria a todo nivel.

18. Con todo S.S. Excma., los supuestos efectos que causaría la entrada de Isapre Esencial en el mercado fueron erróneamente analizados por la FNE -los que replicó el TDLC- autoconvenciéndose que el escenario que ellos estarían proyectando sería el único correcto para determinar los riesgos de esta operación. Sin embargo, **resulta manifiesto que dicho escenario no cumpliría con un alto grado de probabilidad y es razonable pensar que la entrada de Isapre Esencial tendría un impacto más amplio en el mercado, el que no fue evaluado por la FNE ni por el TDLC.**

19. Mención aparte, debe decirse, corresponde el hecho que el único antecedente que tanto la FNE como el TDLC utilizan para **descartar el impacto** del ingreso de Isapre Esencial, sea **simplemente una declaración del Gerente General de dicha Isapre.** Éste, naturalmente parte interesada en que no se concrete la fusión, no puede ser tomado como

un antecedente relevante, o al menos debe ser sopesado con otros antecedentes que permitan evaluar con rigurosidad la realidad de la Isapre Esencial y su potencial ingreso al mercado. **Nada de eso ocurrió.**

20. **En cuanto a las eficiencias** generadas por la Operación (páginas 29 a 36 del Informe de folio 33), el Informe Gómez-Lobo/Bruna acredita que **la FNE consideró incorrectamente la posibilidad de obtener bajas de aranceles por mayor poder de negociación como no inherente dado que los prestadores podrían negociar y conseguir individualmente el mismo resultado.** En opinión de sus autores, dicha conclusión no tiene sentido económico toda vez que, de ser cierto, las Isapres ya lo habrían hecho. En este contexto, lo verdaderamente cierto es que **el mayor volumen de cartera genera incentivos a los proveedores para ofrecer mejores condiciones.**

21. Asimismo, el Informe Gómez-Lobo/Bruna evidencia que un remedio estructural basado en la desinversión de la totalidad de la cartera (como pretendía erradamente la FNE), de cualquiera de las Isapres notificantes, **desnaturalizaría la operación porque se perderían las eficiencias perseguidas** (Páginas 36 y 37 del informe folio 33).

22. Por último, dentro de su minuta complementaria acompañada a folio 72, señalan un antecedente crítico que el TDLC lamentablemente obvió: **en materia de eficiencias la FNE utilizó información sesgada para desacreditar las eficiencias y considerarlas no verificables.** En efecto, conforme consta en el expediente de investigación, **los resultados de las encuestas realizadas por la FNE provenían de los prestadores de salud, quienes tienen interés en el resultado de esta operación y es fácil observar que tienen incentivos a entregar respuestas estratégicas que los favorezcan en una eventual negociación de aranceles con la Isapre resultante.**

b. El Informe Compass y su minuta complementaria.

23. Por su parte, S.S. Excm., el Informe Compass evidencia que las medidas de mitigación que fueron ofrecidas por las partes -y particularmente la banda competitiva- son efectivas, idóneas, además de factibles de implementar, ejecutar y monitorear,

resultando aptas para impedir una reducción sustancial de la competencia, por muy hipotética que esta pueda resultar en el caso concreto.

24. En este contexto, para evaluar la idoneidad, efectividad, posibilidad de implementar, ejecutar y monitorear, así como su proporcionalidad, **el Informe Compass evaluó si los riesgos advertidos por la FNE se encontraban o no correctamente determinados, para dar cuenta de su magnitud.**

25. Sobre este punto, la conclusión fue lapidaria: **los riesgos que fundan la prohibición de la FNE serían de una baja entidad,** si se toman en cuenta los indicadores presentados en el propio Informe de Prohibición y **se comparan con los estándares utilizados previamente por la autoridad para la evaluación de operaciones de concentración.** Además, la cuantificación de dichos riesgos está sujeta a una serie de críticas que, en definitiva, tienden a indicar que los resultados presentados por la FNE sobreestiman los riesgos competitivos derivados de la Operación.

26. Dicho de otro modo, tanto el Informe Compass como su minuta complementaria, demuestran que la metodología de cálculo empleada por la FNE para calcular las razones de desvío **contenía errores de tal magnitud, que resultaba incorrecto utilizar los cálculos de la FNE para efectos de realizar dicho análisis.** Sin embargo, **el TDLC se limitó a reiterar los argumentos esgrimidos por la FNE, obviando el análisis, robusto, serio y técnico planteado por esta parte.**

27. Asimismo, la minuta complementaria de Compass da cuenta que los márgenes propuestos por la FNE tenían un sesgo importante al alza, lo que generaba **indicadores de riesgo artificialmente elevados.** Sin embargo, **el TDLC no analizó tales argumentos a pesar de haberse presentado de forma clara y sobre la base de teoría económica, que los argumentos presentados por la FNE eran incorrectos.** Como señalamos, idéntica situación aconteció con los argumentos presentados en la minuta complementaria de los Economistas Bruna y Gómez-Lobo, **donde tampoco se tuvieron a la vista sus observaciones.**

28. Por su parte, el análisis de las condiciones de entrada de Isapre Esencial al mercado también fue objetado por la minuta complementaria de Compass y no tenido en

cuenta por el TDLC. En efecto, si bien la FNE señaló que no se trataría de una entrada suficiente para mitigar los riesgos advertidos, **esta parte dio cuenta, empíricamente, que la mayor presión competitiva está relacionada con la capacidad de captar nuevos afiliados y de disputárselos a los competidores y no con el stock de afiliados en un momento del tiempo**, como erróneamente pretende hacerlo ver la FNE. Los planes de captar 30.000 afiliados en dos años o, en promedio, 15.000 afiliados al año que plantea Isapre Esencial en su declaración, significarían una participación proyectada según el número de contratos suscritos por Isapres en 2021 de un 6%, porcentaje idéntico a la participación proyectada para Isapre Nueva Masvida (página 11 de la minuta complementaria de Compass, acompañada a folio 72). **LUEGO, DE ACUERDO A LOS MISMOS DATOS SEÑALADOS POR LA FNE, LA ENTRADA DE ISAPRE ESENCIAL NO DEBE SER CONSIDERADA COMO UNA ENTRADA DE BAJA ENTIDAD.**

29. Por último, conviene poner de relieve que, en el análisis de las medidas de mitigación, particularmente en lo referido a la “Banda Competitiva”, el TDLC es parcial y no considera todos los argumentos expuestos.

30. Ello se debe a que dicha **magistratura no se hizo cargo de la argumentación del Informe Compass donde se explica por qué en este caso era justificable una medida conductual.** En concreto, en el Informe Compass se explica resulta idónea una medida conductual por cuanto: **(i) los riesgos son temporales, (ii) son de baja magnitud, (iii) se aplicarían en el contexto de un mercado regulado, donde la supervisión de los mismos resulta relativamente sencilla y (iv) utilizando una simulación de fusiones se muestra que el umbral propuesto para la Banda Competitiva sería suficiente para mitigar los riesgos detectados por la FNE, utilizando su mismo instrumental y supuestos.**

c. El Informe Saavedra/Agostini/Willington.

31. Finalmente, **el Informe Saavedra/Agostini/Willington, se hace cargo de demostrar que la Operación es positiva para los beneficiarios de las Isapres y debió ser aprobada.** Ello se debe, en esencia, a que **la nueva empresa capturará economías de escala y ahorros de costos marginales presentes en la industria**, conforme se ha venido señalando.

32. A partir de información pública de las Isapres, **los informantes identifican que los costos medios de éstas, sea en el conjunto de costos por ventas o en los costos de administración, decrecen como producto de servir a más beneficiarios, demostrándose la existencia de economías de escala.** Las estimaciones son robustas, en el sentido de encontrar economías de escala, a diferentes especificaciones funcionales de estos costos; aun cuando no lo son en la magnitud de estas economías.

33. Con dichos antecedentes, se realizó un ejercicio de simulación de la operación de concentración. **Dicho ejercicio supone que no hay entrada en este mercado y, a pesar de ello, muestra que: (i) los aumentos de precio son menores al 5% (escenario base o pesimista de ahorro de costos), estos son prácticamente nulos (escenario intermedio), o los usuarios del sistema de Isapres se benefician con menores precios (escenario optimista); (ii) bastaría aplicar medidas de mitigación (menores) cuando se cree que la operación no tendría ahorros de costos marginales importantes, no encontrándose asidero para la medida extrema de prohibir la operación; y (iii) estas simulaciones sustentan la hipótesis que incluso en el caso que no hubiera ahorro de costo alguno, los mayores precios no superarían el 10% y, por lo tanto, bastaría con solicitar medidas de mitigación incluso para dicho extremo escenario.**

34. En suma, las estimaciones econométricas de economías de escala y las consecuentes simulaciones realizadas en el informe contradicen la decisión tomada por la FNE, **análisis rotundamente omitido por el TDLC.** En ninguno de los escenarios plausibles analizados, se encuentra que los aumentos de precios superen el umbral del 5% que se utiliza en el análisis de Guppi en Chile. Por el contrario, **en seis de los ocho escenarios analizados, se encuentra que estos cambios de precios son muy cercanos a cero o incluso pueden ser negativos, mostrando un caso de fusión procompetitiva.**

35. Así, los informantes concluyen que estas simulaciones sustentan la hipótesis que en **el peor de los casos esta operación debería ser aprobada con medidas de mitigación menores, mientras que en el mejor de los casos ella debería ser aprobada sin condiciones.**

d. Conclusiones preliminares.

36. En suma, Excma. Corte, **resulta evidente sostener que si el TDLC hubiese analizado en su mérito los argumentos esgrimidos por esta parte, habría aprobado sin más la operación de concentración en comento.**

37. Ello, toda vez que:

- (i) Los riesgos unilaterales y coordinados de la Operación fueron sobreestimados, mediante la aplicación de supuestos incorrectos que sesgaron los resultados de la FNE;
- (ii) La FNE tomó una definición de muy corto plazo para determinar los costos variables que inciden de manera relevante en el margen operacional sobrevalorado;
- (iii) La FNE erró en su análisis de los riesgos coordinados, al no considerar todos sus efectos y utilizar un supuesto para determinar un escenario contrafactual que no se ajusta a la realidad;
- (iv) La FNE consideró incorrectamente la posibilidad de obtener bajas de aranceles derivadas de un mayor poder de negociación de negociación de la entidad resultante, producto de sus economías de escala;
- (v) La FNE utilizó información sesgada para desacreditar las eficiencias y considerarlas no verificables, toda vez que se basa primordialmente en los resultados de las encuestas realizadas a los prestadores de salud, quienes tienen interés en el resultado de esta operación, siendo fácil observar que tienen incentivos a entregar respuestas estratégicas que los favorezcan en una eventual negociación de aranceles con la Isapre resultante;
- (vi) Los riesgos que fundan la prohibición de la FNE serían de una baja entidad, si se toman en cuenta los indicadores presentados en el Informe de Prohibición y se comparan con los estándares utilizados previamente por la autoridad para la evaluación de operaciones de concentración;
- (vii) La cuantificación de dichos riesgos está sujeta a una serie de críticas que, en definitiva, tienden a indicar que los resultados presentados por la FNE sobre estiman los riesgos competitivos derivados de la Operación;

- (viii) La metodología de cálculo empleada por la FNE para calcular las razones de desvío contenía errores de tal magnitud, que resultaba incorrecto utilizar los cálculos de la FNE para efectos de realizar dicho análisis;
- (ix) Los márgenes propuestos por la FNE tenían un sesgo importante al alza, lo que generaba indicadores de riesgo artificialmente elevados;
- (x) La entrada de Isapre Esencial no debió ser considerada como una de baja entidad;
- (xi) La Operación es, en último término, positiva para los beneficiarios de las Isapres y debió ser aprobada.

38. Sin embargo, **hemos sido testigos que la totalidad de estos antecedentes no fueron considerados ni analizados**. De ello se desprende que el TDLC, sin más, haya hecho eco de la argumentación de la FNE, soslayando íntegramente los análisis económicos expertos aportados por esta parte, que sustentaban la solicitud hecha valer por las partes notificantes en su recurso de revisión. Por ello, S.S. Excma. y no por otra cosa, es que los ministros recurridos incurrieron en una falta o abuso grave que requiere ser reparada en virtud del presente recurso.

B. SEGUNDO CAPÍTULO DEL RECURSO DE QUEJA: EL TDLC COMETIÓ FALTA O ABUSO GRAVE, AL INCURRIR EN CONTRADICCIONES EVIDENTES EN SU SENTENCIA Y OBVIAR ANTECEDENTES QUE ESTABLECÍAN QUE LA OPERACIÓN DEBÍA SER APROBADA.

i. **El TDLC no consideró en su totalidad las eficiencias presentadas por Nexus y Colmena, adhiriendo arbitrariamente a la tesis de la FNE a pesar de la contundente evidencia presentada por las Partes.**

1. A partir del párrafo Centésimo Cuadragésimo Segundo (142°) en adelante, los Ministros recurridos han incurrido en un abuso grave, al adherir sin un análisis acabado de todos los antecedentes, a la tesis de la Fiscalía Nacional Económica con respecto a las eficiencias de la Operación que esta parte levantó en su oportunidad, tanto ante la FNE, como luego ante el TDLC a través del recurso de revisión especial.

2. Las eficiencias que esta parte postuló, sucintamente, fueron las siguientes:

- Ahorro de copagos por parte de los particulares¹⁹. El informe de eficiencias presentado por las partes sostuvo que: “*es esperable que dentro de un plazo breve (**menos de un año**) la empresa fusionada podrá negociar con los proveedores de salud para extender el arancel más bajo (para una misma prestación) de los convenios originales de NMV y Colmena a toda la cartera de afiliados*”.
- Reducción de aranceles de prestadores de salud, por la adquisición de la entidad resultante de un poder de negociación mayor.
- Ahorro de tiempo para los afiliados por el aumento de la cobertura de las sucursales de atención para éstos.

3. En cuanto a la primera de éstas, las Partes sostuvieron que la FNE había desconocido la razonabilidad de dicha eficiencia, toda vez que dado que la entidad resultante de la fusión tendría un mayor poder de negociación, era razonable esperar que **si una de las Partes había obtenido mejores aranceles que la otra de manera individual, con la entidad fusionada fuera capaz de extender dichos mejores**

¹⁹ Recurso de Revisión de autos, ¶ 174 y ss.

aranceles a la cartera de los clientes provenientes de la entidad fusionada, extendiéndola a **toda la cartera de afiliados de la Isapre integrada,** lo cual hacía *”altamente probable que se pueda reducir los aranceles a los beneficiarios de Colmena, a aquellos menores pactados por NVM, especialmente considerando las medidas de mitigación ofrecidas”*.

4. En cuanto a la segunda de éstas, a pesar de ser un argumento arraigado en el sentido común y en conocimientos elementales de economía, la FNE sostuvo a contrapelo que no era verificable que la entidad resultante **tuviera un poder de negociación mayor, y que no era plausible ni esperable que de ello resultaran mejores condiciones para los afiliados de Colmena y NMV.** Así, la FNE sostuvo que: *“la evidencia aportada por las Partes **no resulta convincente para establecer ni la probabilidad que la eficiencia alegada se manifieste, ni la magnitud de la misma**”*.

5. Para ello, la FNE se amparó en artículos académicos, a pesar de que contaba con **evidencia empírica y actos propios que sustentaban la tesis de las Partes.** Así, fue esa misma FNE que señaló en su Informe de Prohibición de la operación entre Clínica Iquique y Redinterclínica que *“de acuerdo a las declaraciones de las Partes y como se desprende de los correos electrónicos donde constan las negociaciones de las Isapres, **la posición negociadora de cada actor depende de su participación en los respectivos mercados, vale decir, de la importancia relativa de cada isapre y de cada prestador en el mercado específico, lo que en definitiva determina aranceles diferenciados para cada mercado, a través de negociaciones caso a caso**”²⁰.*

6. Por ello, S.S. Excma., es que los Recurrentes plasmamos en un párrafo del recurso de revisión, un ejemplo claro del problema de la revisión de la FNE, y que a nuestro juicio es evidencia manifiesta del sesgo con el cual la FNE actuó, y que después lamentablemente el TDLC replicó de manera irreflexiva: *“182. Así, pese a que la evidencia esgrimida sí puede ser cuantificada y verificada, considerando la evidencia de la realidad de la industria y los datos que obran en el expediente y que fueron aportados por las Partes y otros agentes económicos, la información obtenida en otras*

²⁰ FNE. 2019. Informe de Prohibición. “Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.”, Rol FNE F178—2019. Página 99. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/inproh_F178_2019-1.pdf>.

investigaciones, la FNE decide BASARSE EN ARTÍCULOS ACADÉMICOS PARA SOSTENER UNA TESIS FUNCIONAL A SU TEORÍA DEL CASO.” ²¹ (énfasis agregado).

7. Pero la **evidencia** era categórica: de acuerdo a las estimaciones realizadas en el Informe de Eficiencias que esta parte acompañó a la FNE y posteriormente al TDLC, **los afiliados de ambas isapres tendrían un beneficio agregado de menores copagos entre 7.470.000.000 y 10.848.000.000 al año.**

8. Y en tercer lugar, la operación redundaría en un ahorro de tiempo para los afiliados por el aumento de cobertura de las sucursales de atención para éstos. El Tribunal sí estimó que esta eficiencia era real y empírica, pero no la consideró de la entidad suficiente para desvirtuar los riesgos de la operación.

9. Resulta altamente frustrante para esta parte, el que habiendo perseverado en la defensa de la operación, a pesar de las arbitrariedades e ilegalidades cometidas por la FNE en su análisis, presentando al TDLC importantes análisis en materia de eficiencias, que permitían refutar **cada uno de los argumentos de la FNE**, así como también fortalecer por sí mismos las eficiencias promovidas por las Partes, el TDLC haya hecho caso omiso a dichos análisis. En efecto, como se indicó, las Partes presentaron estudios y análisis realizados por connotados economistas expertos en libre competencia, que fueron simplemente ignorados por el H. Tribunal.

10. ¿Qué sostuvo el TDLC respecto de los informes que las Partes acompañaron en la tramitación del recurso de revisión? **La respuesta es muy poco, sólo en algunos casos, hubo referencias, mas no argumentos de fondo que refutasen los análisis presentados por esta parte.** Nótese, S.S. Excma., que el estándar para prohibir una operación **debe ser excepcionalmente alto**, y por lo tanto, la exigencia de motivación de una sentencia definitiva que prohíba una operación **debe abordar cada uno de los argumentos que las Partes hayan esgrimido, examinarlos con imparcialidad y acuciosidad, y descartarlos – o aceptarlos – de manera fundada.**

²¹ Recurso de Revisión. ¶ 182.

11. Así por ejemplo, los economistas Coloma y Noton²², sostuvieron que “*si bien probablemente las eficiencias no se aplicarían mientras estén vigentes los términos comerciales acordados con cada prestador, es razonable que, en el próximo proceso de negociaciones, la mayor escala permitiría alcanzar mejores términos que los actuales para ambas Isapres, dado el mayor volumen de afiliados que tendrían las Partes. Por su parte, es difícil pensar que la escala que las partes conseguirían mediante la Operación podría ser conseguida mediante crecimiento orgánico.*” agregando que “[e]l mayor poder de negociación de una de las partes en un proceso de negociación debiera mejorar los términos comerciales que consigue, con independencia, incluso, del hecho de que suscribir un contrato que involucra una mayor cartera de afiliados involucra economías de escala para los prestadores, que éstos podrían estar dispuestos a traspasar a través de menores precios”.

12. Los autores continúan identificando una fuente que la FNE y el TDLC soslayaron por completo, que es el propio informe de prohibición de la FNE entre Clínica Iquique y Redinterclínica (Rol FNE F178-2019), en donde los autores consideraron que la posición de la FNE sería **inconsistente**:

“Cabe mencionar que el informe de prohibición de la operación entre Clínica Iquique y Redinterclínica (Rol FNE F178-2019), la FNE consideró como algo perjudicial para los usuarios el mejoramiento de la posición negociadora de los prestadores, que se deriva de la concentración de dos clínicas. En este sentido, es preciso tener en cuenta que, en un modelo de negociación, el efecto sobre precios de un mejoramiento del poder de negociación de una Isapre (por ejemplo, derivado de un mayor número de cotizantes) es asimilable al empeoramiento de la posición negociadora de un prestador. Por lo anterior, en nuestra opinión, sería inconsistente que la FNE considerara que es un riesgo el aumento de poder de negociación de dos prestadores (por una operación de concentración entre estos) y no tomara en cuenta la eficiencia que significaría el aumento del poder de negociación de dos Isapres, de cara a prestadores. De hecho, el efecto de una fusión de Isapres debiese ser similar –en lo que se refiere al valor de los aranceles– al efecto de una desconcentración del mercado de prestadores médicos”²³

²² Informe Compass Lexecon. ¶ 5.48 y ss.

²³ Misma idea se reitera en el Informe, ¶6.13 y ss.

13. En su Informe Económico “*Economías de Escala y Simulación de la Fusión entre Colmena y Masvida*” los economistas Sres. Agostini, Saavedra y Willington realizaron una simulación de la fusión, en la cual incluyeron algunas eficiencias de la misma. **Este informe fue íntegramente ignorado por el TDLC**, no encontrándose siquiera una sola referencia a su existencia en los considerandos de la sentencia. Pues bien, en este informe, que ya abordamos más arriba, **incluso existen escenarios simulados en que la operación sería pro-competitiva y no requeriría medida de mitigación alguna**.

14. Finalmente, el informe más extenso en lo que a eficiencias se refiere, es el de los economistas Sres. Gómez-Lobo y Bruna, quienes recordemos, son los autores del Informe de Eficiencias acompañado en la etapa de investigación ante la FNE. En efecto, en su Informe titulado “*Observaciones al Informe de Prohibición de la Adquisición de control de Colmena por parte de Nexus Chile*”, de fecha 4 de junio de 2022 y su complemento, dichos economistas sostuvieron que las eficiencias atribuibles a la operación cumplían con las condiciones de ser verificables, inherentes y aptas, esto es, suficientes, oportunas y traspasables a los consumidores.

15. Así, a partir de la página 29 de su informe, los autores atacan los principales reproches que hizo la FNE a las eficiencias de la operación, en tanto éstas no habrían sido verificables, no serían inherentes a la operación ni aptas para compensar los riesgos. Pero dicha postura era equivocada, y el TDLC ha reiterado sus argumentos, sin atender a las distintas consideraciones que efectuaron las Partes, más allá de una referencia genérica y sin contenido a los informes.

16. En efecto, en dicho informe, se establecieron algunas premisas que el TDLC derechamente ignoró:

- a. “*los menores aranceles de Colmena se traspasarían automáticamente a los afiliados de NMW post-operación, ya que la cartera de esta última isapre sería absorbida por la Colmena.*” (Eficiencia empírica, instantánea e inmediata, inherente a la operación y que **tanto el TDLC como la FNE descartan por no ser “verificable”, a pesar de su obviedad.**)

- b. *“existe un grado razonable de probabilidad que así ocurre (traspaso a Colmena de menores aranceles que pudiera tener NMV para algunas prestaciones), ya que los prestadores ya acordaron estos aranceles con NMV, y ahora con un mayor volumen comprometido, será más atractivo para ellos negociar los mismos aranceles nuevamente con la entidad fusionada”.*

17. El razonamiento, S.S. Excma., es de Perogrullo y está en una cita al pie del informe: **“El razonamiento que lleva a estimar que estas eficiencias se materializarían se basa en el hecho que si los prestadores estaban abiertos a ofrecer dichos aranceles a una de las dos isapres, deberían estar abiertos a extender estas tarifas a la empresa fusionada, dado su mayor volumen conjunto”.**

18. Esto último sorprende porque es obvio, y sorprende que la postura del TDLC sea que esto no es “verificable”. La economía, como sabe S.S. Excma., dista mucho de ser una ciencia exacta, y por consiguiente necesita permanentemente de ajustes desde la racionalidad y el sentido común, además de la natural fundamentación empírica. Al ser una ciencia social, requiere de ciertas calibraciones, al igual que el derecho. Por lo mismo, repugna al más elemental sentido común y a las nociones básicas de economía, que el TDLC sostenga que las eficiencias de la operación no serían verificables, cuando resultan **obvias** y además **verificables en la propia experiencia de la FNE, puesto que constató su existencia en otra operación de fusión anterior.**

19. Así las cosas, el TDLC sencillamente operó como si los contundentes argumentos de todos los informantes en contra del criterio, análisis y metodología de la FNE no existieran. En una especie de caja de resonancia, desechó sin más – aparentemente, puesto que algunos ni siquiera son mencionados – los argumentos de eficiencia presentados por las Partes en el TDLC, y en cambio, hizo eco de cada una de las afirmaciones que realizó la FNE en su informe de prohibición y en el juicio.

20. Esta circunstancia se plasma en el considerando quincuagésimo segundo de la Resolución Recurrída: *“Que atendido lo expuesto en los considerandos precedentes, no es posible verificar si efectivamente se materializarán ambas eficiencias, y por lo mismo, resulta imposible proyectar de manera precisa la magnitud de estas. En consecuencia, las eficiencias presentadas por concepto de homologación de aranceles y*

mayor poder de negociación frente a los prestadores de salud no fueron debidamente acreditadas por las Partes, motivo por el cual no serán consideradas como contrapeso de los riesgos detectados”. El doble rasero es evidente, S.S. Excm., puesto que los riesgos levantados por la FNE muchas veces adolecen de grados incluso superiores de incertidumbre; pero a mayor abundamiento, la verificabilidad de las eficiencias es algo que está suficientemente acreditado en el expediente: el TDLC sencillamente decidió ignorar dichas evidencias, al igual que la FNE.

21. En conclusión sobre este punto, que por una razón de extensión debe cesar aquí, la excesiva deferencia del TDLC con los argumentos de la FNE, y la nula reflexión sobre los argumentos y antecedentes presentados por las Partes, dan cuenta de un manifiesto y grave abuso, (i) contraviniendo formalmente la ley, en tanto el TDLC está **obligado** a tomar en consideración todas las alegaciones de las Partes, especialmente aquellas que desvirtúan o atacan los argumentos de la FNE; (ii) desatendiendo las probanzas y antecedentes del proceso, en tanto sencillamente se soslayan las argumentaciones ofrecidas por esta Parte a través de distintos informes de prestigiosos economistas, todos los cuales son lisa y llanamente ignorados; y (iii) porque al no abordar dichos argumentos, la sentencia peca de graves defectos de motivación, no fundamentando adecuadamente sus asertos, y por consiguiente, atentando contra la tutela efectiva de los derechos subjetivos de las Partes²⁴.

ii. El TDLC desestima los argumentos económicos de las Partes, identificando riesgos inexistentes o que al menos desconocen gravemente la realidad del mercado: riesgo de aumento de precio en planes en stock

1. Un aspecto adicional en el que hemos advertido que el TDLC ha cometido un abuso grave, es nuevamente, en el de **desatender las probanzas y antecedentes del proceso**, concretamente al no abordar los argumentos que las Partes ofrecieron para desechar uno de los riesgos más grandes que la FNE advirtió con respecto a la operación: los riesgos unilaterales de (i) **aumento de precio en planes en stock** y (ii) **perjuicios en calidad de planes en stock**.

²⁴ Miguel Ángel Fernández González, “Derecho a la Jurisdicción y el Debido Proceso”. *Revista de Estudios Constitucionales*, n° 1 (2004): 100.

2. Ambos inexistentes riesgos eran, a juicio de esta parte, evidencia palmaria del sesgo con el que la FNE evaluó la operación. Pareciera ser derechamente un desafío a la realidad, que a sabiendas de los graves problemas financieros en los que se encuentran las ISAPRES, como consecuencia – entre otras razones - de los problemas para ajustar los precios de sus planes en Stock (entiéndase por tal, los planes actualmente existentes), se utilice la posibilidad (ahora sí que no verificable, **completamente hipotética y sin ningún respaldo empírico**) de aumento de precios como un riesgo.

3. Partiendo por lo básico: Nueva Masvida tiene un historial y un sello competitivo que ha significado que año a año, **se ha resistido de manera sistemática a subir los precios de sus planes en stock.**

4. En segundo lugar, porque tal y como reconocieron los informantes Compass y Global, **la industria de las Isapres está en permanente revisión, ha sido objeto de importantes fallos por parte de esta Excma. Corte Suprema, con lo cual plantear que el aumento de precios de planes en stock es un riesgo relevante,** sin tomar en consideración la realidad de la industria, **representa una desatención grave de los antecedentes del proceso,** de hechos públicos y notorios y de la realidad del mercado que la FNE y el TDLC están analizando.

5. Esta parte lo dijo con total claridad en el recurso de revisión: **“la FNE fundó su prohibición en supuestos riesgos inexistentes e hipotéticos. Así ocurre, por ejemplo con el supuesto riesgo de alzas de precios de planes en stock, los que simplemente *no pueden ocurrir por estar regulados por ley,* y – en cualquier caso – debidamente abordados por las medidas de mitigación...”**

6. Desconoce así que hay una Ley específica dictada al respecto, que regula la industria, en tanto la Ley N° 21.350 que regula el procedimiento para modificar el precio base de los planes de Salud (“Ley N° 21.350”), y más recientemente esta propia Excma. Corte Suprema, han puesto exigencias a las Isapres al momento de subir los precios, debiendo estar dichas alzas debidamente justificadas.

7. **Pero peor aún, la Resolución Recurrida adolece de vicios de contradicción interna graves con respecto a este punto.** El TDLC desconoce el fallo

de esta Excma. Corte Suprema, de fecha 25 de agosto de 2022, en las causas Rol N° 12.514-2022, el cual establece requisitos estrictos para que las Isapres puedan adecuar los precios de sus planes. El TDLC concluye, en el considerando septuagésimo cuarto, que “... lo que da cuenta de la tensión competitiva existente entre las Partes respecto de los planes individuales en stock. Por consiguiente, en caso de desaparecer esta tensión, existen **incentivos para subir precios o disminuir la calidad del producto ofrecido**, lo que no sería una constatación solo teórica, sino que reconocida por la propia NMV, Isapre para la cual se identificaron los mayores riegos unilaterales, como se señaló supra;” agregando que “... en suma, el análisis de cercanía competitiva llevado a cabo por la Fiscalía muestra que el riesgo unilateral sobre los planes individuales en stock está debidamente acreditado”.

8. Esto, S.S. Excma., no sólo está profundamente equivocado, sino que es derechamente un análisis de laboratorio sin conexión alguna con la realidad, incurriendo el TDLC en un abuso grave. **Resulta irrefutable, y en especial a la luz del último fallo de S.S. Excma., de fecha 25 de agosto de 2022**, que las ISAPRES **no pueden subir sus precios sin otorgar una debida justificación económica del alza**. Tanto es así, que fue la propia Excma. Corte la que acogiendo una batería de recursos de protección, **suspendió el alza respecto a la totalidad de los afiliados de las ISAPRES**, y no sólo respecto de quienes reclamaron, confirmando varios puntos de especial relevancia para efectos de este análisis y que no pueden obviarse.

9. Esa Excma. Corte Suprema, independiente de la opinión que tenga esta parte respecto del fallo, ha establecido que las Isapres, al prestar un servicio de seguridad social estrictamente regulados, **tienen obligaciones de debida motivación y justificación de las decisiones que afecten a sus afiliados**, y por consiguiente, se **sujetan a similares exigencias que los órganos de la Administración para justificar la razonabilidad de sus actos**.

10. Podría pensarse, que dado que el acuerdo del TDLC se tomó en julio del año 2022, el acuerdo se tomó en desconocimiento del fallo de la Excma. Corte Suprema, y por consiguiente no estaba en aptitud o en condiciones de afectar lo resuelto por el TDLC. **Pero ello sería falso, S.S. Excma., puesto que es el propio TDLC el que cita el fallo de este Tribunal Supremo, y reconoce haberlo tenido en consideración al momento de fallar**. Así las cosas, en el Considerando 15 de la Resolución Recurrida, reconoce el

TDLC que “*de conformidad con la ley N° 21.350, las Isapres pueden o no adecuar o modificar los precios base de los Planes de Salud, pero si deciden hacerlo, no pueden sobrepasar el máximo fijado por el indicador de reajuste determinado anualmente por la Superintendencia de Salud. Ahora bien, de conformidad con lo recientemente resuelto por la Excma. Corte Suprema (sentencia de 18 de agosto de 2022, Rol 12.514-2022, idéntica a otras once sentencias dictadas con la misma fecha), para la aplicación de dicho indicador las Isapres deben fundamentar su decisión en los parámetros establecidos en la misma Ley N° 21.350, no siendo suficiente “la sola mención genérica de un supuesto incremento de costos informado a la Superintendencia de Salud.”*”

11. El abuso grave no puede ser más manifiesto, S.S. Excma. El TDLC ha resuelto sobre la base de la existencia de un **riesgo inexistente**. Ha sido la propia Excma. Corte la que ha establecido cuál es el estándar para que una ISAPRE pueda ajustar los precios de sus planes en Stock, lo que confirma, por cierto, que estamos en presencia de un mercado altamente regulado y sensible. De ahí que resulte derechamente **equivocado** predicar que existe un riesgo al alza de precios, por la eliminación de la presión competitiva entre Nueva Masvida y Colmena. Ello, no tiene asidero en la realidad, **Isapres siempre deberán justificar sus alzas de precio de conformidad a la Ley N° 21.350, y el TDLC sabía de este fallo, puesto que lo citó en su propia sentencia.**

12. Con ello, S.S. Excma., el TDLC ha incurrido en un vicio adicional, autónomo y no menor, que es que ha viciado con un vicio de motivación su sentencia, al incorporar razonamientos contradictorios en ella. No puede, por una parte, reconocer la existencia de las restricciones que la Excma. Corte ha establecido para el alza de precios, y al mismo tiempo realizar análisis de laboratorios olvidándose de dicha circunstancia, al momento de evaluar si existe un riesgo real de aumento de precio.

13. Como corolario a este punto, debemos decir que el TDLC tampoco tomó en consideración todos los argumentos que las partes habían presentado y que presentaron a lo largo de la tramitación del recurso especial de revisión.

14. En efecto, Compass fue categórico en abordar la falta de **proporcionalidad de los riesgos advertidos por la FNE**. Sus argumentos no fueron tomados en

consideración por el TDLC. Así, por ejemplo, Compass agregó a lo ya señalado aquí²⁵, que “Por otro lado, desde una mirada estrictamente estructural, la transacción que se evalúa sería una fusión de cinco a cuatro actores, **si se excluye a Fonasa**. Si se incluye a Fonasa, la Operación sería una de seis a cinco actores. **En base a los datos de la Tabla 3, no vemos razones para excluir a Fonasa como actor que disciplina en alguna medida a las Partes**, de hecho, se ve que la razón de desvío desde Colmena a Fonasa y desde NMV a Fonasa son muy similares a las razones de desvío desde Colmena a NMV y desde NMV a Colmena, respectivamente (algo mayores en el primer caso y algo menores en el segundo). Agrega Compass que “Fonasa es más cercano competitivamente de Colmena que NMV, y que la cercanía competitiva (lo que no parece ser toma en cuenta **sólo a las Isapres abiertas y la entrada de la Isapre Esencial**”).

15. Compass, de hecho, y tal como se señaló *supra* concluye que de haberse evaluado correctamente todos los actores, y todos los factores, “lo anterior significa un escenario en que las Partes encuentran fuertes contrapesos competitivos”. Agrega Compass²⁶ que: “Respecto a los riesgos unilaterales, la FNE ha considerado en casos previos umbrales de índice de presión al alza en precios que, **de aplicarse a este caso, habría llevado a descartar una reducción sustancial de la competencia en todos los mercados analizados**. Por ejemplo, en el análisis de la operación entre Cementos Polpaico y Cementos Bicentenario, la FNE descartó riesgos en aquellos mercados donde el GUPPI menos eficiencias fuera menor a 5%, o entre 5% y 10%, pero con tres o más competidores significativos, adicionales a las partes, post fusión. **Si se hubiera aplicado este criterio, se habrían descartado en el screening inicial todos los riesgos identificados por la FNE, incluso antes de evaluar otros aspectos del mercado como las condiciones de entrada.**”

16. Todos los informantes coincidieron en atacar las deficiencias metodológicas de la FNE en su análisis de riesgos unilaterales. Lo cual hace que el silencio del TDLC respecto a las críticas que todos los informantes vertieron sobre los argumentos de la FNE, sumado a que el propio TDLC hizo suyos muchos de los argumentos de la FNE, sin siquiera contrastarlos con el alto volumen de críticas que las Partes hicieron a ese criterio, revela un sesgo inaceptable que debe ser enmendado por esta Excelentísima Corte.

²⁵ Compass. ¶5.9

²⁶ Compass. ¶ 5.18

17. Con respecto a los supuestos incentivos para disminuir la calidad del servicio, valgan todos los argumentos ya señalados hasta aquí. **El mercado de las ISAPRES es un mercado altamente regulado.** El TDLC y la FNE están poniéndose en escenarios inverosímiles y que no existen en la realidad. Una disminución de cobertura, por ejemplo, sin que aquella estuviese justificada, sería con total certeza calificada como un cambio unilateral de condiciones contractuales, con lo cual se estaría vulnerando el estatuto aplicable a las ISAPRES, y se expondrían las ISAPRES a fuertes sanciones de parte de la Superintendencia.

18. En conclusión, resulta inadmisibile que el TDLC realice análisis de riesgos sólo escuchando a una de las partes, no abordando las críticas metodológicas que las Partes legítimamente hicieron a la FNE en el recurso de revisión, y con graves contradicciones internas que hacen del ejercicio jurisdiccional consistente en la Resolución Recurrída, una resolución dictada con abuso y falta grave.

iii. El Rol de Fonasa: Cómo el TDLC descarta – al igual que la FNE – el rol que FONASA juega como disciplinador de las Isapres y del mercado.

1. Tal y como es posible desprender de lo expuesto por el voto de minoría del Ministro Sr. Paredes, “*el análisis de la FNE yerra en su consideración de la presión competitiva del Fondo Nacional de Salud (“Fonasa”) y de la entrada de Isapre Esencial*”²⁷. Compartimos plenamente lo expuesto por el Ministro Sr. Paredes, en tanto:

²⁷ Sentencia. Voto de Minoría, considerando 2°.

15. Que, finalmente, la FNE consideró en su evaluación “la sensibilidad del mercado y la naturaleza del servicio”. Sin perjuicio que este tipo de consideraciones trascienden a la libre competencia, parece exagerado considerar que el acceso a la salud se pone riesgo, incluso ante una acción abusiva de parte de las Isapre involucradas en la operación. Ello, porque tal como lo establece el DFL N°1 de 2006 del Ministerio de Salud, el Fonasa es parte fundamental del sistema y en la práctica, este es complementado por las Isapre. Así, como lo indica el Informe de Prohibición de la FNE, a diciembre del año 2019, el 77% de la población nacional estaba afiliada a Fonasa, el 18% a Isapres y el 5% restante, ya sea no estaban afiliados a un sistema (designados en la industria como particulares), ya sea, estaban afiliados al sistema de salud de las FF.AA. y de Orden.

(Considerando 15°, voto de minoría, énfasis agregado)

2. Sabrá notar, S.S. Excma., que las Partes relevaron en su recurso de revisión que el impacto de FONASA estaba mal medido por la FNE en la resolución que prohibió la Operación. Pero lo relevante para efectos del presente recurso de queja, es la **completa y total ausencia de FONASA, su influencia en el mercado relevante y otros de la Resolución Recurrída, al menos en lo que al voto de mayoría respecta.** De hecho, tanto es así, que la Sentencia reconoce en el numeral 3.8 que esta parte levantó este argumento: “[R]especto de la sostenibilidad interna de la coordinación, indican que el argumento de que la Operación elimina al actor con más posibilidades de desviarse de una eventual colusión -NMV- no es atendible ya que es la controladora de ésta la que adquiere a Colmena y no al revés. Además, **no considera la presión competitiva de Fonasa y de la nueva entrante, Esencial.**”

3. Pero lo relevante no es eso, S.S. Excma. Si el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia está en condiciones de afirmar que “el escenario “con Fonasa” **es el que debiera ser utilizado para obtener las razones de desvío de las Partes**” (diferencia con la FNE), agrega el TDLC a continuación el argumento exacto de la FNE, en tanto “atendido que la FNE explicó que la base de datos utilizada contendría **ciertas inconsistencias,** parte de estos desvíos, algunos de los cuales se dirigen hacia Fonasa, no están motivados **necesariamente por razones de precio o de calidad,** lo que sesgaría

a la baja las verdaderas razones de desvío en el escenario “con Fonasa”. Aquí nuevamente, lo que hay es un pecado de tecnocracia. Resulta evidente – y así lo relevó Compass – que Fonasa ejerce una presión competitiva **al menos similar a la que NMV y Colmena se hacen entre sí**. Las razones por las cuales se producen cambios entre NMV y Fonasa y Colmena y Fonasa, **obviamente tienen que ver con precio o calidad**, sólo que normalmente serán como consecuencia de una ausencia de cobertura de la Isapre por alguna preexistencia, o bien por cambio en la situación laboral de las personas. Es decir **calidad** (ISAPRE no cubre alguna enfermedad) o bien **precio** (persona que pierde el trabajo y opta por ir a FONASA).

4. Pero a mayor abundamiento, en la concepción de **mercado relevante**, llama la atención que tanto la FNE como el TDLC adscriban a la tesis de un mercado relevante **restringido**, como lo es el de únicamente las ISAPRES abiertas, y no incluyan al menos en algún porcentaje a FONASA, pero sin embargo luego le reconozcan un grado importante de presión competitiva. Aquello lo sometemos a discusión de esta Excm. Corte, pero pareciera que al menos dicho antecedente debió haber sido tomado en consideración, previo a la determinación de evaluación de riesgos y prohibición de la Operación.

5. En cualquier caso, siguiendo la propia lógica de la FNE, esto es, tratando de “aislar” las condiciones de precio y calidad y ver a partir de ahí las razones de desvío, Compass²⁸ llega a conclusiones dramáticamente distintas a las de la FNE, y que el TDLC sencillamente omitió resolver, por la presión de FONASA y las razones **reales del desvío de clientela**, que obedecen al fenómeno de la “*carta de la competencia*”²⁹, que en opinión de Compass no debieron haber sido consideradas en el cálculo.

6. De tomar en consideración la posición de Compass, la que reiteremos, sencillamente fue **omitida por el TDLC sin siquiera dedicar dos líneas a por qué dicho criterio no sería válido**, vemos que las causales de desvío son (i) ínfimas entre Colmena y NMV, debiendo desestimarse que exista una presión competitiva relevante entre ambas; y (ii) **sustanciales** entre ambas Isapres y Fonasa:

²⁸ Compass, ¶ 5.29

²⁹ Compass, ¶ 5.27.

Tabla 7: Razones de desvíos considerando cambios de Isapre de usuarios por razones vinculadas a precios o calidad

Desde	Hacia	2018	2019	Total 2018-2019
Colmena	Fonasa	77,26%	76,31%	76,71%
	Consalud	11,00%	9,14%	9,92%

compasslexecon.com

Tabla 7: Razones de desvíos considerando cambios de Isapre de usuarios por razones vinculadas a precios o calidad

	Cruz Blanca	5,36%	6,64%	6,10%
	Banmédica /Vida Tres	3,93%	5,90%	5,08%
	<i>Banmédica</i>	3,30%	4,92%	4,24%
	<i>Vida Tres</i>	0,63%	0,98%	0,83%
	NMV	2,45%	2,01%	2,19%
NMV	Consalud	0,32%	0,20%	0,26%
	Cruz Blanca	0,51%	0,50%	0,50%
	Banmédica /Vida Tres	0,27%	0,45%	0,37%
	<i>Banmédica</i>	0,20%	0,36%	0,29%
	<i>Vida Tres</i>	0,07%	0,09%	0,08%
	Colmena	0,61%	0,54%	0,57%
	Fonasa	98,30%	98,31%	98,30%

Fuente: Compass Lexecon a partir de información aportada por Colmena a la FNE en respuesta a Oficio Ord. N°893-21 y por NMV a la FNE en respuesta a Oficio Ord.N°N°894-21

7. En resumen, el TDLC ha cometido un abuso o falta grave, puesto que ha hecho suyo un análisis tremendamente sesgado de la FNE con respecto a la incidencia real que tiene FONASA en el mercado, como un competidor efectivo y que produce desvíos de clientela desde las ISAPRES y como no, estas últimas también ejercen una presión competitiva en contra de FONASA, promoviendo que existan cotizantes de FONASA que migren a las ISAPRES, y viceversa. Pero peor aún, lo ha hecho soslayando parte importante de las críticas metodológicas que las Partes aportaron en contra del criterio errado de la FNE, sin que el TDLC estimara necesario siquiera revisar dichos antecedentes, y menos abordarlos en su sentencia. Con ello, ha configurado, a juicio de esta parte, el abuso o falta grave consistente en **falsa apreciación de los antecedentes del proceso o del juicio.**

IV. LOS MINISTROS, AL FALLAR CON FALTA O ABUSO GRAVE, HAN DAÑADO A LAS PARTES Y CAUSADO UN PERJUICIO SÓLO REPARABLE DEJANDO SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN RECURRIDA Y PERMITIENDO LA OPERACIÓN.

1. No es ajeno a S.S. Excma. el complejo escenario económico que actualmente enfrenta el mercado de las Isapres. En este sentido, ya son numerosos los actores del mercado³⁰ y políticos que reconocen la grave crisis financiera que arrastran estas instituciones y cuyo origen se debe principalmente a elementos que escapan de la esfera exclusiva del control de las aseguradoras de salud.

A este respecto, vale señalar que son varios los establecimientos de salud que incluso han suspendido derechamente los convenios celebrados con las Isapres, últimas cuales adeudarían más de \$456 millones de pesos a diversos prestadores de salud³¹, siendo menester que los afiliados deban pagar la totalidad de su atención en el establecimiento para posteriormente realizar las gestiones de reembolso directamente ante la Isapre.

2. Luego que el pasado 18 de agosto de 2022 vuestro Excmo. Tribunal acogiera los recursos de protección presentados en contra de las alzas anuales de los planes de salud de estas instituciones, dentro de las cuales se encuentran las Partes, y por cierto, se detuviera cualquier incremento comunicado por cada una de ellas a sus afiliados, es que el panorama para el sector se encuentra muy lejos de ser auspicioso y, por consiguiente, el de sus afiliados.

3. Dentro de este complejo contexto, es que movimientos u operaciones de la entidad y naturaleza como aquella propuesta por mi representada a la FNE, constituyen verdaderos salvavidas y guardas no solo para alivianar la carga económica de las Isapres que participarían de la operación de fusión, sino además, significan **un verdadero seguro para la totalidad de los afiliados que actualmente mantienen un vínculo con Isapre Nueva Masvida y Colmena.**

³⁰ Véase por ejemplo: <https://www.senado.cl/deficit-financiero-de-las-isapres-y-fallo-de-la-corte-suprema-senadores>. Consultada con fecha 10 de septiembre de 2022.

³¹ Véase: <https://www.emol.com/noticias/Economia/2022/09/09/1072482/isapre.html>. “Crisis de isapres: Al menos 10 clínicas han suspendido convenios y Cruz Blanca evalúa acciones legales”. Consultada con fecha 10 de septiembre de 2022..

Así las cosas, la operación de fusión propuesta constituye un legítimo mecanismo para asegurar el debido desenvolvimiento de la actividad económica de las ISAPRES involucradas y, asimismo, el efectivo pago de las prestaciones de salud en las mejores condiciones para sus afiliados.

4. Sin embargo, y debido a las graves faltas y abusos cometido por los Sres. Ministros quejados, es que esta posibilidad absolutamente legítima que poseía Nexus y Colmena para los efectos de alivianar la crisis financiera, ha sido del todo eliminada del tablero, no quedando posibilidad alguna para una operación de fusión cuyos efectos, conforme expresé con anterioridad, son bastantes más beneficiosos para el mercado por sobre aquellos eventuales efectos negativos , erróneamente levantados por la FNE; y confirmados mediante la falta y abuso que en este acto se denuncia.

La sustracción o eliminación de esta posibilidad para mi representada, constituye un verdadero perjuicio, perjuicio que ahora se ha confirmado mediante la concurrencia de la grave falta y abuso de los Sres. Ministros que han omitido realizar una apreciación correcta de los antecedentes e informes acompañados por la Isapre, y más concretamente, conculcado la posibilidad de realizar la fusión bajo supuestos absolutamente erróneos y alejados de la correcta administración de justicia.

5. En consecuencia, en la práctica la negativa injustificada y antojadiza de la FNE para los efectos de rechazar la operación de fusión propuesta, y la falta y abuso por parte de los sentenciadores quejados, constituye una circunstancia que, en conjunto con otros elementos, podrían agravar aún más la crisis financiera que existe en el sector de los prestadores de salud y de las Isapres, por cuanto el precedente constituye un verdadero desincentivo a realizar cualquier operación de estas características y que permita aliviar la carga financiera de ciertas aseguradoras con miras, únicamente y exclusivamente, a seguir operando y prestando sus servicios a los afiliados.

A. DERECHOS FUNDAMENTALES CONCULCADOS.

6. Evidentemente las graves faltas y abusos ya denunciados en el presente recurso de queja constituyen adicionalmente una vulneración al derecho a desarrollar actividades económicas consagrado en el artículo 19 N°21 de nuestra Constitución Política, lo que en sí mismo constituye otra falta y abuso grave.

7. Según vimos, contando la operación de fusión con antecedentes e informes del todo idóneos y suficientes para poder asegurar la idoneidad y licitud de dicha operación, se ha realizado una interpretación antojadiza e incorrecta por parte de los sentenciadores que finalmente ha significado que en la especie se infrinja la libertad que tiene mi representada para los efectos de desarrollar su actividad económica.

Por consiguiente, la operación de fusión presentada por Nexus y Colmena no solo tiene fundamento en el DL 211, sino además en nuestra propia Carta Fundamental, que asegura la libertad para todas las personas en el ejercicio de actividades económicas lícitas, en los siguientes términos:

*“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:
21°.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, **respetando las normas legales que la regulen.**” (énfasis agregado)*

8. Ahora bien, es justamente esta última frase aquella que debe centrar nuestra atención, por cuanto la FNE y los Sres. Ministros del TDLC han sostenido, mediante notoria falta y abuso, que la operación de fusión no se ajustaría a las normas legales que regulan la actividad económica que desarrolla nuestra representada

9. No obstante, lo anterior es una gruesa falta y abuso S.S. Excma., por cuanto el ejercicio hermenéutico que se debe realizar de las normas invocadas por la FNE y los sentenciadores quejados para prohibir la operación de la fusión DEBE ser necesariamente restrictivo y, por cierto, que dicha interpretación tenga como consecuencia directa el aumento del estándar probatorio y analítico que permita sostener que la negativa a realizar dicha operación se encuentra del todo justificada. Lo anterior, evidentemente no ha ocurrido en la especie, por el contrario, la interpretación realizada por los Sres. Ministros

es absolutamente amplia y no obedece a los márgenes determinados por nuestra Constitución.

10. En ese sentido, el destacado profesor de derecho Constitucional Sr. Enrique Navarro Beltrán, ha sostenido esta interpretación restrictiva que se debe realizar de las normas prohibitivas en materia de derecho a la libre empresa señalando que: “**el entendimiento de las normas de prohibición debe ser restrictiva y limitarse estrictamente a aquello que se tiende a proteger, por lo que la tarea esencial del intérprete es buscar una interpretación normativa que se ajuste a los principios, valores y normas constitucionales (...) la regla constitucional básica es la plena libertad de emprendimiento en competencia con terceros, lo que no se condice con la existencia privilegios o monopolios, los que siempre deben interpretarse de manera restrictiva y limitando así su alcance**”. (énfasis agregado).

En este mismo sentido, agrega luego el profesor Navarro Beltrán que “*de acuerdo al principio de supremacía constitucional, la Carta Fundamental debe aplicarse preferentemente a todas las disposiciones. Por lo mismo, **deben primar las normas, valores y principios constitucionales, entre los cuales ocupa un lugar preferente la libertad económica, lo que siempre debe ser un bien a preservar***”³². (énfasis agregado)

11. En consecuencia, de haberse respetado el principio de supremacía constitucional y el derecho a libertad de empresa como pilares de nuestro ordenamiento público económico, pasando a ser la interpretación correcta de las normas prohibitivas una evidentemente restrictiva, habría significado –sin duda alguna– otorgar luz verde a las Isapres para realizar la Operación de Fusión mediante la adopción de determinadas medidas. Lo anterior, por cuanto en ningún caso los antecedentes son suficientes ni idóneos para sostener una interpretación contraria.

Vale destacar entonces, que la negativa a una operación de fusión no constituye en ningún caso la regla general, pues en armonía con lo antes referido y las normas y principios constitucionales que rigen la libertad de empresa, las normas

³² Informe en Derecho preparado por don Enrique Navarro Beltrán en causa tramitada ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol Ingreso N° 297-155, caratulada “WSP Servicios Postales S.A. con Superintendencia de Salud”. Página 70 y siguientes, fojas 417.

prohibitivas constituyen una excepción, y cuya aplicación debe ser celosamente revisada y motivada por los organismos de la administración pública y nuestros tribunales de justicia. Situación que evidentemente no ha ocurrido en la especie, toda vez que la interpretación realizada por la FNE y confirmada por los Sres. Ministros del TDLC mediante falta y abuso grave, restringe artificial e injustificadamente la libertad de empresa de Nexus Chile SpA y Colmena, y contradiciendo la Constitución y su mandato legal.

B. EL HECHO QUE ES UNA DECISIÓN QUE POR DEFINICIÓN AFECTA DERECHOS FUNDAMENTALES, ELEVA SUSTANCIALMENTE EL ESTÁNDAR DE RAZONAMIENTO Y PROCESAMIENTO DOCUMENTAL.

12. Resuelto el elemento anterior respecto al ejercicio hermenéutico que debió haberse realizado con ocasión de la aplicación de las normas prohibitivas respecto a la operación de fusión, vale de entonces refirme al siguiente punto, esto es: La afectación de un derecho fundamental como lo es la libertad de empresa, debe encontrarse debidamente motivada y fundado, lo que eleva sustancialmente el estándar de razonamiento y procesamiento documental que se debe realizar para tales efectos.

13. Al respecto, se ha denunciado las graves faltas y abusos por parte de los Sres. Ministros y Ministras consistentes en (i) una inexistente apreciación de los antecedentes del proceso, y (ii) al aplicar incorrectamente el derecho y analizar incorrectamente los hechos.

Dichos elementos dicen relación justamente con este punto, por cuanto malamente podemos sostener que ha existido un correcto razonamiento y procesamiento documental si preliminarmente sabemos que los informes y antecedentes acompañados al proceso dan cuenta de una realidad absolutamente distinta a aquella sostenida por los sentenciadores quejados, esto es, los beneficios y la idoneidad de las medidas que significaría la aprobación de fusión entre Isapre Nueva Masvida y Colmena.

14. Dentro de este contexto, es que si pretende prohibir una operación de fusión, se debe cumplir un estándar probatorio y de razonamiento mínimos, el cual permita sostener que la negativa a la operación es absolutamente recomendable a lo menos en dos niveles: (i) Primero: porque existen antecedentes, documentos, informes, motivos que permiten acreditar fehacientemente la existencia de efectos negativos a la competencia en el sector y, por cierto, un desmejoramiento de la situación de los afiliados, y (ii) Segundo: Existiendo antecedentes fehacientes en los términos antes referidos, es que la FNE y la TDLC realicen un razonamiento correcto y motiven suficientemente su decisión de negativa a la operación de fusión propuesta por las Isapres.

En suma, de afectarse el derecho fundamental de Libertad de Empresa, este solo podría ser condicionado a la aplicación de las normas que regulan la operación de fusión y la eventual negativa por parte de la FNE y del TDLC. Sin embargo, para ello es menester que concurran ambos elementos antes referidos a fin de garantizar el cumplimiento del estándar de razonamiento y procesamiento documental que lo fundamenten.

15. No obstante, nada de ello concurre en la especie S.S. Excma. Primero, porque los antecedentes del proceso dan cuenta de una realidad absolutamente distinta a aquella sostenida por la FNE y confirmada por los Sres. Ministros, pues los efectos son bastante más beneficios para la competencia y los afiliados de las Isapres y, segundo, por cuanto el razonamiento utilizado se aparta de la correcta interpretación de las normas prohibitivas y de la apreciación correcta de los antecedentes que obran en el proceso.

16. Todo lo anterior, es motivo suficiente para señalar que **en la especie no se cumplen los requisitos ni el estándar de razonamiento necesario para motivar un rechazo a la operación de fusión como la propuesta por mi representada, siendo del todo necesario que se revise el actuar de los Sres. Ministros en el presente recurso de queja, toda vez que han aplicado normas de manera arbitraria y arribado a conclusiones sin tener antecedentes de hecho ni argumentos de derecho para ello.**

C. SOBRE LA IMPORTANCIA QUE LA SENTENCIA DEFINITIVA DICTADA POR EL TDLC SEA REVISADA.

17. Finalmente, es dable sostener que de mantenerse la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2022, cual fuera dictada mediante falta y abusos ya descritos, establece un precedente que afecta a la industria de las Isapres en su totalidad, por cuanto derechamente prohíbe cualquier operación de fusión entre dos agentes de dicho sector.

18. En este sentido, vale recordar que la Operación de Fusión tiene como partes a dos de los actores con menor participación de mercado, Nueva Masvida y Colmena. De esta manera, por definición, cualquier otra operación entre Isapres será derechamente rechazada *ex ante*, por cuanto todos los argumentos esgrimidos por la FNE y confirmados por los sentenciadores quejados serán probablemente replicables. **Así, se refuerza la conclusión antes expuesta en cuanto el rechazo de la operación constituye un verdadero perjuicio para mi representada y para la industria, pues existe una imposibilidad de valerse de un mecanismo legítimo para los efectos de desarrollar su actividad económica, con pleno apego a la normativa que la regula.**

De esta forma, ninguna cartera de afiliados podría ser adquirida por Isapre diversa a la que originalmente pertenece, **por lo que en caso de quiebra de alguna de estas instituciones**—circunstancia que no se encuentra alejada de la realidad— dicha cartera de afiliados se encontrará desprovista de toda prestación de salud, sumado a lo complejo que puede ser absorber una enorme cantidad de afiliados por el sistema, ya sea privado a público.

19. En consecuencia, la revisión de la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2022 es del todo necesaria no solo desde un punto de vista de corregir las graves faltas y abusos cometidas por los sentenciadores quejados, sino además, desde la perspectiva de asegurar el correcto funcionamiento del sector de las Isapres, con miras a resguardar tanto a los actores del mercado como también a las personas que actualmente ostentan su calidad de afiliados y el otorgamiento de sus debidas prestaciones de salud.

V. REQUISITOS FORMALES DE PROCEDENCIA DEL RECURSO DE QUEJA

1. Sin perjuicio de lo que hasta aquí se ha expuesto se advierte que en la especie estamos frente una clara falta o abuso grave cometido por el TDLC en la dictación de la resolución en cuestión, es menester referirnos ahora a los requisitos formales que resultan aplicables para los efectos de declarar la admisibilidad del presente recurso de queja, y por consiguiente, su válida tramitación ante S.S. Excma. en conformidad a los artículos 545 del COT y siguientes.

Así, el presente recurso de queja cumple con todos y cada uno de los requisitos formales para su admisibilidad, correspondiendo que este sea acogido en la especie, en base a las fundadas consideraciones de hecho y de derecho expuestas en esta presentación.

2. A continuación, pasaremos a referirnos a dichos presupuestos formales que hacen del todo procedente la interposición del presente recurso de queja. En este sentido, el artículo 545 del COT dispone como requisitos formales para estos efectos: **a) Que se hubiere cometido por el juez o jueces con motivo de la dictación de la resolución jurisdiccional una grave falta o abuso; b) Que la grave falta o abuso se hubiese cometido en la dictación de una sentencia definitiva o de una sentencia interlocutoria, siempre que ponga fin al juicio o haga imposible su tramitación; c) Que la sentencia que hace procedente el recurso de queja según su naturaleza jurídica, no sea susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias, d) Que el sujeto que puede deducir el recurso de queja revista el carácter de parte en el proceso en que se dictó la resolución y además debe haber sido agraviada con la grave falta o abuso cometida por el juez o jueces con motivo de la dictación de la sentencia; y finalmente, e) Que el recurso de queja sea interpuesto en tiempo y forma.**

Así las cosas, a continuación pasaremos a examinar cada uno de estos requisitos y como concurren todos en la especie.

a) Que se hubiere cometido por el juez o jueces con motivo de la dictación de la resolución jurisdiccional una grave falta o abuso.

3. Conforme se ha expuesto con anterioridad, los Sres. Ministros quejados, al dictar la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2022, han incurrido en errores y abusos graves, consistentes en (i) una inexistente apreciación de los antecedentes del proceso, y (ii) al aplicar incorrectamente el derecho y analizar incorrectamente los hechos, siendo del todo necesario que dicha sentencia sea dejada sin efecto por la vía disciplinaria, a fin de garantizar el cumplimiento estricto de nuestro ordenamiento jurídico y evitar la realización de conductas reprimidas o inconductas ministeriales como en la especie.

4. Así las cosas, este requisito se cumple a cabalidad por cuanto las graves faltas o abusos han sido expuestos cabalmente en los acápites anteriores de esta presentación, siendo menester tener por cumplido este presupuesto formal para los efectos de la admisibilidad del recurso de queja.

b) Que la grave falta o abuso se hubiere cometido en la dictación de una sentencia definitiva o de una sentencia interlocutoria, siempre que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación.

5. Luego S.S. Excma. las faltas y abusos graves de los sentenciadores quejados, han sido cometidos con ocasión de la dictación de la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2022, Sres. Ministros del TDLC que, conociendo del Recurso de Revisión Especial de Nexus Chile SpA, lo ha rechazado mediante abusos y faltas graves, poniendo fin al procedimiento jurisdiccional tramitado ante dicho tribunal.

De esta forma, este requisito formal también concurre en la especie, por cuanto las inconductas ministeriales han sido cometidas a propósito de la sentencia definitiva dictada por el TDLC antes referida.

- c) **Que la sentencia que hace procedente el recurso de queja según su naturaleza jurídica no sea susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinadas.**

6. Que, en la especie, la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2022 ha rechazado el recurso de revisión especial interpuesto por esta parte en virtud del inciso final del artículo 57 del DFL 211.

Luego, **dicho cuerpo normativo no contempla recurso alguno en ninguna de sus disposiciones para los efectos de poder impugnar válidamente dicha decisión jurisdiccional**, por lo que en el caso de marras no existe recurso que proceda en contra de la sentencia en cuestión, cumpliéndose a cabalidad este requisito. Tanto es así, que el propio DL 211 señala expresamente aquello en el inciso final del artículo 31 bis.

- d) **Que el sujeto que puede deducir el recurso de queja debe revestir el carácter de parte en el proceso en que se dictó la resolución y además debe haber sido agraviada con la grave falta o abuso cometida por el juez o jueces con motivo de la dictación de la sentencia.**

7. A este respecto, y según consta en las piezas del expediente tramitado ante el TDLC en Rol RRE-2-2022, caratulado “Recurso de Revisión Especial de Nexus Chile SpA y otro contra la resolución de la FNE de 3 de febrero de 2022”, mi representada, Nexus Chile SpA, tiene la calidad de recurrente en dicho recurso de revisión especial interpuesto en virtud del inciso final del artículo 57 del DFL 211.

8. A su vez, el agravio proveniente de las faltas y abusos graves cometidos por los sentenciados quejados, en la dictación de la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2022, consiste en haberse **rechazado el recurso de revisión especial mediante la apreciación errónea de los antecedentes allegados al proceso, por medio de una**

aplicación incorrecta del derecho, y de un análisis incorrecto de los hechos objeto del recurso.

Lo anterior, ha significado, en consecuencia, que se rechace la operación de concentración notificada por Nexus Chile SpA y Colmena Holding SpA, respecto de la eventual adquisición del 99,99% de las acciones de Colmena Salud, perteneciente a Colmena Holding SpA, por parte de Nexus.

9. De esta forma, este doble requisito formal se cumple en la especie: (i) Nexus es parte del proceso tramitado ante el TDLC donde se dictó la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2022 y, asimismo, mi representada ha sido agraviada mediante la grave falta y abuso cometido por los Sres. Ministros.

e) **Que el recurso de queja sea interpuesto en tiempo y forma.**

10. Conforme establece el artículo 548 del COT, “*el agraviado deberá interponer el recurso en el plazo fatal de cinco días hábiles, contados desde la fecha en que se le notifique la resolución que motiva el recurso*”. (Énfasis agregado)

En este sentido, habiéndose dictado la sentencia objeto del recurso de revisión especial con fecha 5 de septiembre de 2022, y notificándose a esta parte con la misma fecha, mediante envío de correo electrónico a las casillas informadas por los apoderados judiciales, **consta que el plazo para deducir el recurso de queja se extiende hasta el día 10 de septiembre de 2022, encontrándose el presente recurso de queja, por tanto, interpuesto dentro de plazo.**

11. Por su parte, y conforme hemos visto en este acápite, consta que se ha dado cumplimiento a todas las formalidades establecidas en los artículos 545 y siguientes del mismo Código, para que se declare admisible dicho recurso, a saber: a) Se ha indicado nominativamente los Sres. Ministros recurridos; b) Se ha individualizado el proceso en el cual se dictó la resolución que motiva el recurso; c) Se transcribió los pasajes más relevantes de la sentencia, y se acompañó íntegramente la sentencia definitiva objeto del recurso, en un otrosí de esta presentación; d) Se consignó el día de su dictación, su folio y la fecha de notificación a esta parte; e) Se señalan clara y específicamente las faltas y abusos que se imputan a los sentenciadores recurridos.

12. Por último, respecto del certificado a que hace alusión el inciso cuarto del referido artículo 548 del COT, en un otrosí de esta presentación se solicita respetuosamente a US. Excma. tenerlo por acompañado, para los efectos de declarar la admisibilidad del presente recurso de queja.

VI. NECESIDAD DE INVALIDAR Y DICTAR SENTENCIA DE REEMPLAZO

1. Finalmente, el artículo 545 del COT otorga expresamente a S.S. Excma. La facultad de modificar, enmendar o invalidar aquella sentencia impugnada a través de un recurso de queja. En este caso, la incidencia y gravedad de las faltas y abusos han sido tales, que han tenido un efecto directo en el ejercicio jurisdiccional de revisión que ha efectuado el TDLC, por cuanto nos asiste la convicción que, en ausencia de dichos vicios, la decisión del TDLC habría sido sustancialmente diferente: se habría aprobado la operación de concentración de Colmena y Masvida, ya sea pura y simplemente, o bien con condiciones menores.

2. Por lo mismo, S.S. Excma., por la vía del presente recurso, se hace del todo necesario que esa alta Magistratura proceda a invalidar la Resolución Recurrída, y enmendar las faltas y abusos del TDLC dictando sentencia de reemplazo y en el fondo, autorizando a que la fusión entre Colmena y Masvida tenga lugar.

3. Sólo así podrá corregirse el gravísimo atentado al derecho a ejercer una actividad económica lícita, y podrán ambas partes acometer la mejor decisión económica para sus afiliados y para sus empresas.

POR TANTO,

SOLICITAMOS A S.S. EXCMA.: tener por interpuesto el presente Recurso de Queja, admitirlo a tramitación y, acogiéndolo en todas sus partes, declarar que los Ministros Señores Nicolás Rojas Covarrubias y Jaime Barahona Urzúa, y Ministras Señoras Daniela Gorab Sabat y María de la Luz Domper Rodríguez han cometido graves faltas y abusos en la dictación del fallo de fecha 5 de septiembre de 2022,

las que deben ser remediadas conforme lo expuesto en esta presentación, adoptándose además las medidas disciplinarias que S.S. Iltma estime pertinentes.

EN EL PRIMER OTROSÍ: Solicito a S.S. Excma., tener por acompañados al presente recurso de queja los siguientes documentos bajo el apercibimiento legal correspondiente:

1. En cumplimiento del inciso 4° del artículo 548 del Código Orgánico de Tribunales, el certificado original que habilita a la presentación del presente recurso de queja con todos los datos requeridos legalmente emitido por la Secretaria Abogada del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia doña María José Poblete Gómez con fecha 08 de septiembre de 2022.
2. Sentencia Recurrída de Queja. Sentencia de 05 de septiembre de 2022 de Pronunciada por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en particular, por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por la Secretaria Abogada, Sra. María José Poblete Gómez, bajo el Rol N° 182/2022.

EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a S.S. Excma., tener presente y por acreditada mi personería para representar a Nexus Chile SpA en virtud de la escritura pública de mandato judicial que se solicita, a su vez, se tenga por acompañada al presente recurso de queja.

EN EL TERCER OTROSÍ: Solicito a S.S. Excma. tenga presente que en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión asumiré personalmente el patrocinio del presente recurso de queja. Sin perjuicio de ello, asimismo, confiero poder al abogado habilitado para el ejercicio de la profesión **FRANCISCO ALARCÓN DÍAZ**, cédula nacional de identidad N°17.619.700-5, de mí mismo domicilio, quien podrá actuar conjunta o separada e indistintamente, en estos autos.