

Santiago, siete de enero de dos mil dieciséis.

VISTOS:

En estos autos rol N° 5609-2015 se trajeron los autos en relación para conocer de las reclamaciones interpuestas por la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y por los médicos ginecólogos requeridos Francisco Baldecchi Quezada, Felipe Camposano Luzzi, Patricio Bertoglia Fuentes, Matías Cox Ureta, René Fabbri Aguilera, José Luis Lama Lama, José Lépez García, Felipe Muñoz Muñoz, Jorge Macchiavelo Rau, Guillermo Ribbeck Vejar, Carlos Rojas Álvarez, Patricia Saavedra Gómez, Sergio Salinas Aguilar, Raúl San Martín González, Alberto Solervicens Mortara, Enrique Tirapegui Gutiérrez, Raúl Vega Muñoz, Marcelo Verdugo Chacón, Jimena del Carmen Viñuela Poirier, Víctor Caro Herrera, Mario de la Cuadra Valdés, María Angélica Bustos Montero, Jaime Osorio Uribe, Marcela Aravena Arroyo y Alexis Arriaza González y por la Fiscalía Nacional Económica, en contra de la sentencia de uno de abril de dos mil quince, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por la que se acogió el requerimiento de fojas 1, sólo en cuanto declaró que los médicos requeridos y la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, que los agrupa, infringieron lo dispuesto en el artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211 y les impuso a cada uno la multa a beneficio fiscal que detalla. Por último, se ordenó a la

referida Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, AGGOÑ, implementar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica y condenó en costas a los requeridos.

El procedimiento se inició con la interposición de un requerimiento por parte de la Fiscalía Nacional Económica en contra de los señalados profesionales y de la mencionada Asociación Gremial, a quienes imputó haber infringido el artículo 3 incisos primero y segundo letra a) del Decreto Ley N° 211, al celebrar y ejecutar un acuerdo destinado a fijar precios mínimos de las prestaciones médicas de consulta y procedimientos quirúrgicos de su especialidad en el sistema privado de salud en las comunas de Chillán, Chillán Viejo y San Carlos de la Provincia del Ñuble, para lo cual constituyeron la señalada Asociación Gremial. Expone que en agosto de 2011 los médicos requeridos constituyeron la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, que agrupa a 26 médicos especialistas (de los cuales 25 son requeridos), designando como su Presidente a Francisco Baldecchi Quezada y añade que el 23 de noviembre de 2011 se llevó a cabo la primera asamblea de la misma, en la que se acordó poner término de forma conjunta a los convenios individuales vigentes hasta

la fecha entre cada uno de los asociados y las distintas Isapres y establecer un arancel mínimo para consultas y para honorarios médicos quirúrgicos, encargando a su Presidente las futuras negociaciones que se produjeran con las Isapres, asistido por la directiva en caso de resultar necesario.

Añade que los precios mínimos acordados fueron implementados y produjeron efectos, precisando que los médicos requeridos incrementaron el valor de sus consultas a una suma igual o superior a \$25.000, mientras que hasta enero de 2012, antes de que el acuerdo colusorio comenzara a surtir efectos, los valores de las mismas prestaciones oscilaban, en general, en torno a \$13.000, en tanto que en los precios de los honorarios médicos quirúrgicos el factor se incrementó desde un arancel que oscilaba alrededor de los valores de Fonasa Nivel 1 por 3.0, a un factor fluctuante entre 4.0 y 4.4, y destaca que el actuar colusorio no ha cesado a la fecha de presentación del requerimiento. Indica que la conducta denunciada causó impacto público en las comunas de la Provincia del Ñuble y una reducción en el número de atenciones ginecológicas en relación al año anterior, particularmente en lo que se refiere a consultas médicas ambulatorias de la especialidad, lo que se tradujo en una pérdida de bienestar social, de lo que se sigue que las conductas no pueden justificarse en aras de una supuesta necesidad de

contrapesar el poder negociador de las instituciones de salud previsional. En cuanto al mercado relevante, la Fiscalía lo define como el de "servicios profesionales médicos de especialidad de ginecología y obstetricia en la Provincia de Ñuble, Región del Bío Bío", afirma que los servicios ofrecidos por médicos especialistas como los de autos no tienen sustitutos cercanos, desde que sólo enfrentan competencia directa de los restantes médicos de su misma especialidad, y acerca del mercado geográfico lo circunscribe a la Provincia del Ñuble. Sobre la participación en el mercado de los agentes involucrados, explica que los requeridos representan prácticamente el 90% de la oferta y sostiene que el acuerdo materia de autos cumple con todos los elementos necesarios para configurar el ilícito anticompetitivo tipificado por el artículo 3 incisos primero y segundo letra a) del Decreto Ley N° 211, pues ha mediado una confluencia de voluntades entre competidores; tal concurrencia de voluntades ha tenido por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a los menos ha tendido a producir tales efectos, y, por último, desde que dicho acuerdo les ha conferido un poder de mercado suficiente para producir el expresado efecto. Asevera que la Asociación Gremial operó como una plataforma de gestión de los actos y convenciones que reprocha y, finalmente, subraya que debe ponderarse la extensión de tiempo en que

las conductas produjeron efectos, esto es, desde enero de 2012 a la fecha del requerimiento. Termina solicitando que se declare que los requeridos han incurrido en conductas contrarias a la libre competencia, en infracción al artículo 3 del Decreto Ley N° 211; que se les ordene cesar en las prácticas denunciadas y que se les prohíba ejecutarlas en el futuro; que se imponga a cada uno de los médicos requeridos una multa de 30 Unidades Tributarias Anuales, o la que se estime ajustada a derecho; que se imponga a Francisco Baldecchi Quezada una multa de 50 Unidades Tributarias Anuales, o la que se considere ajustada a derecho, puesto que fue el gestor y administrador del cartel; que se imponga a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble una multa de 100 Unidades Tributarias Anuales, o la que se estime, y se ordene su disolución, con costas.

Al contestar las requeridas pidieron que se rechace íntegramente el requerimiento y, en subsidio, que se les exima del pago de multa o, en su defecto, que ésta sea rebajada sustancialmente, con costas. Explican que la Asociación Gremial no fue creada con una finalidad colusiva sino que con el afán de buscar el bienestar gremial, atendida la situación de desequilibrio de poder de mercado existente entre los ginecólogos obstetras y las Isapres. Señalan que el Acta de la Primera Asamblea de la Asociación fue citada de manera parcial por la Fiscalía Nacional

Económica en su requerimiento, pues, además de establecerse los lineamientos generales con que se seguirían las negociaciones conjuntas con dichas instituciones previsionales, se señala expresamente que: "Se deja en claro la libertad de acción, que tiene cada colega para actuar y decidir. Cada uno debe tomar su decisión según su forma de pensar". Exponen que en Chillán, y más aún en las comunas colindantes con la ciudad, faltan prestadores en convenio con algunas Isapres, y los que existen no superan en calidad técnica al Hospital Clínico Herminda Martín, lo que ha motivado una paulatina migración del paciente de Isapre a Fonasa, o incluso desde Chillán a Concepción, e incluso a Santiago, particularmente en el caso de los servicios ginecólogos obstetras en etapa de término o parto. Acerca del mercado relevante aseveran que está constituido por las prestaciones de salud otorgadas por médicos cirujanos habilitados, consistentes fundamentalmente en consultas ambulatorias, por un lado, y procedimientos de mayor complejidad, como los partos y cesáreas, por el otro, lo que no descarta la existencia de cierta especialización entre los oferentes, de modo que -en general- todos los médicos cirujanos del país se encuentran en condiciones de efectuar prestaciones de salud relativas a toda clase de síntomas y patologías, por lo que la oferta es amplia y diversa. Explican que en el caso de procedimientos más complejos, como operaciones quirúrgicas y atención de

partos, la situación es diferente, ya que, atendida su complejidad y costo, es frecuente que los pacientes consideren y elijan alternativas disponibles en un territorio más extenso que el de su respectiva ciudad, como puede ser Chillán o San Carlos, e incluso Concepción, Linares y Los Ángeles, de manera que, en lo que atañe al mercado relevante geográfico, corresponde a un área que, teniendo la ciudad de Chillán como centro, abarca ciudades cercanas tales como Concepción, Los Ángeles, Linares y Talca. Enseguida niegan que los médicos controlen la oferta, pues es la Isapre la que modula una demanda en el mercado privado, máxime si la posibilidad de que un médico negocie individualmente con una Isapre es inexistente. Luego afirma que es imposible concertar un precio, ya que los médicos que forman parte de la AGGOÑ no cobran precios iguales y dado que las prestaciones involucradas no son las mismas, dependiendo del caso concreto, de lo que se sigue que si algunos requeridos no renovaron sus convenios con diversas Isapres en una misma época, ello fue una decisión individual y no colectiva. Añaden que aun de estimar que existió una supuesta colusión entre las requeridas, dicho "acuerdo anticompetitivo" no podría afectar la libre competencia, por no ser idóneo para ello, desde que una colusión en este escenario no produciría otro efecto que el de desviar la demanda hacia aquellos profesionales y localidades que no se hayan adscrito a tal infracción

anticompetitiva y destacan, además, que el supuesto acuerdo no fue implementado, ya que no se sancionó ni expulsó a médico alguno por no respetarlo; que no se monitoreó su cumplimiento y que de haber existido sólo habría beneficiado a los médicos ginecólogos obstetras que no forman parte de la AGGOÑ. Por último, aducen que las multas solicitadas por la Fiscalía no consideran adecuadamente las circunstancias del artículo 26 del Decreto Ley N° 211, en especial la plena colaboración que su parte prestó durante toda la investigación administrativa; que el supuesto beneficio económico, de existir, habría sido exiguo, y que no tienen la calidad de reincidentes, señalando, asimismo, que la disolución de la Asociación Gremial es una sanción excesiva.

En su fallo los sentenciadores consignaron que en la especie la naturaleza expresa del acuerdo es manifiesta, a tal punto que ni siquiera fue controvertida, destacando que en el Acta de la Primera Asamblea de la Asociación Gremial se consigna explícitamente la proposición de que los asociados que lo deseen se retiren de las Isapres, declaración que, según se destaca en el fallo, fue acordada sin oposición alguna por parte de los médicos requeridos, lo que ratifica la existencia de una voluntad común, adoptada libremente, para actuar de forma colectiva en el mercado. Asimismo, se tuvo por acreditado que el acuerdo en comento fue adoptado a instancias del líder de la AGGOÑ,

Francisco Baldecchi Quezada. Acerca del supuesto carácter no vinculante del acuerdo alegado por los requeridos destacan que el mero hecho que un acuerdo de precios diga ser referencial o voluntario no es relevante para el análisis de competencia, pues las conductas anticompetitivas en general responden a parámetros objetivos, y, además, que no es requisito indispensable para que se sancione un acuerdo colusorio que exista monitoreo y castigos entre sus miembros, respecto de los que se desvían de lo acordado. A continuación destacan que la calidad de "competidores" de los médicos requeridos resulta indiscutible, pues se trata de 25 profesionales que poseen la especialidad de ginecología y que prestan sus servicios en la provincia de Ñuble. En cuanto al tercer requisito exigido por la ley para configurar una conducta colusoria, consistente en que el acuerdo entregue poder de mercado a los competidores, indican que de la prueba rendida queda de manifiesto que los médicos requeridos cancelaron los convenios suscritos por ellos con las Isapres, situación que en la práctica eliminó la opción de pago más barata y permitió un fuerte aumento efectivo del precio promedio percibido por ellos al atender a sus pacientes, y, además, que lo convenido colectivamente fue imponer un "piso" al precio que los requeridos debían cobrar a sus clientes que pagaran sin bonos; alcanzando el valor mínimo a cobrar en el caso de consultas médicas a

\$25.000, mientras que en el caso de prestaciones quirúrgicas fue acordado en un rango de entre 4,0 y 4,4 veces el arancel Fonasa. Conforme a ello llegan a la convicción de que el acuerdo consistió efectivamente en "fijar precios", el que en la especie tuvo un doble componente, pues, por un lado, se acordó un precio mínimo, más alto que el previamente cobrado en promedio y, por otro, se adoptaron acciones que permitieron maximizar el beneficio de dicha fijación, desde que la implementación del acuerdo de precios hubiera producido menores efectos en el mercado si las requeridas no hubieran actuado colectivamente frente a las Isapres, ya que fue la imposibilidad de utilizar el pago con bonos lo que permitió a las requeridas forzar un aumento significativo de las atenciones pagadas sin bonos, de modo tal que los usuarios se vieron obligados a pagar directamente al médico el precio particular, que era más alto. Enseguida dejan asentado, en lo que respecta a las consultas, que existe evidencia concluyente de que el acuerdo fue efectivamente implementado en el mercado, de manera que los precios de los servicios prestados por los médicos ginecólogos requeridos fueron efectivamente ajustados al alza, subrayando que se produjo un cambio importante en el tipo de consultas prestadas, las que variaron desde atenciones con bonos, que eran más baratas, a consultas sin bono, que resultaban más caras, y califican el señalado aumento del

precio promedio de significativo. A continuación abordan el examen de las alegadas alternativas "viables" de atención y desestiman la que se refiere a la presencia de médicos no afiliados a la Asociación Gremial, puesto que ésta no fue suficiente para contrarrestar los efectos negativos del acuerdo, el que alcanzó a casi un 90% de la oferta de ginecólogos existente en la provincia de Ñuble; rechazan la posible sustitución de tipo geográfico, desde que no hay prueba que demuestre su ocurrencia; descartan una posible sustitución entre ginecólogos y médicos generales, puesto que la evidencia muestra que la caída en las consultas de estos especialistas no incrementó las mismas prestaciones de otros médicos similares en la zona y finalmente desechan la posibilidad de que los pacientes sean atendidos en el sistema público de salud, desde que la existencia de dos sistemas diferenciados en el mercado de los seguros de salud -uno público y otro privado- no permite disciplinar al acuerdo colusivo. En esas condiciones definen un primer mercado relevante, constituido por las consultas médicas prestadas por médicos ginecólogos en la región del Ñuble y demandadas por pacientes que no están asegurados a través del sistema público de salud (Fonasa). En lo que concierne a las atenciones quirúrgicas y el poder de mercado que el acuerdo confirió a quienes lo suscribieron, constatan un aumento significativo en los precios de las intervenciones quirúrgicas, pues el acuerdo llevó a un incremento de

precios para el primer cirujano en partos normales y cesáreas de 0,69 y 0,42 aranceles Fonasa respectivamente, y destacan que existe cierta evidencia que sustenta una posible sustitución entre ginecólogos y médicos de otras especialidades para el caso de partos, tanto normales como cesáreas. En lo que atañe a una eventual sustitución con otras ciudades, concluyen que no es posible descartar la existencia de algún grado de reemplazo entre las intervenciones quirúrgicas efectuadas en la provincia del Ñuble con las llevadas a cabo en las provincias de Bío Bío y Concepción, la que, sin embargo, fue manifiestamente imperfecta, de lo que deduce que el acuerdo también otorgó poder de mercado a quienes lo suscribieron respecto de las intervenciones quirúrgicas ginecológicas. Así las cosas, definen un segundo mercado relevante, más amplio que el anterior, consistente en las intervenciones quirúrgicas ginecológicas prestadas por médicos cirujanos en la región del Bío Bío y demandadas por pacientes que no estén asegurados en el sistema público de salud; dejan asentado que las alzas de precios, tanto en las consultas como en prestaciones quirúrgicas, se debieron únicamente a la existencia del acuerdo y concluyen, finalmente, que el acuerdo de que se trata efectivamente confirió poder de mercado a los médicos ginecólogos en los dos tipos de prestaciones que abarcó, de manera que la prueba existente resulta suficiente para sancionar a las requeridas y, por

último, dan por establecido que el actuar de los miembros fue concertado a través de la AGGOÑ. En lo que respecta a la determinación del monto de la multa, lo regulan mediante una metodología común en la práctica internacional, consistente en calcular una multa base considerando un porcentaje de las ventas, monto que luego es ajustado porcentualmente al alza o a la baja dependiendo de si concurren circunstancias agravantes o atenuantes. Precisan que para el cálculo de la multa base estiman de manera separada las dos prestaciones médicas analizadas en autos, dado que en el caso de las prestaciones quirúrgicas existió una sustitución moderada y detallan que para el fin anotado atienden a un 12% de las ventas por concepto de consultas y a un 8% de las ventas por concepto de prestaciones quirúrgicas, realizadas durante todo el período colusorio, el que abarca al menos desde enero de 2012 a octubre de 2013, aun cuando, según consignan, la información con que se cuenta acerca de las prestaciones otorgadas por las requeridas es incompleta, pues los datos existentes resultan insuficientes para considerar el segundo año del cartel dentro del cálculo, de modo que para que la multa refleje el período colusorio completo el resultado es ajustado aplicando sobre el cálculo efectivo un factor de 1,5. Señalan que como resultado de tales cálculos, la multa base total para los médicos requeridos equivale a 98,75 Unidades Tributarias Anuales, la que es dividida en dos

partes equivalentes, a fin de obtener una multa base individual. La primera se asigna en porciones iguales a cada médico requerido para sancionar su concurrencia al acuerdo colusorio, lo que corresponde a 1,975 Unidades Tributarias Anuales para cada uno; a su vez, la segunda mitad es asignada a cada médico en forma proporcional, de conformidad con las ventas efectuadas por cada uno de ellos en el primer año de vigencia del acuerdo. Por último, la mentada multa base individual es ajustada porcentualmente considerando las atenuantes y agravantes que concurran, destacando al respecto que reconocen a todos los requeridos la de irreprochable conducta anterior, por lo cual aplican una rebaja del 20% sobre la multa base individual calculada. Descartan enseguida la concurrencia de otras atenuantes y en cuanto a las agravantes, aplican a Francisco Baldecchi Quezada un recargo del 20% sobre la multa base individual, por haber sido el instigador del acuerdo colusorio en su calidad de líder de la Asociación Gremial. Finalmente desestiman la solicitud de disolución de la citada asociación, a la que, sin embargo, aplican una multa prudencial de 10 Unidades Tributarias Anuales.

A través de la presentación agregada a fs. 1671 la parte requerida dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia solicitando que sea revocada y se rechace el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica

o, en subsidio, que se enmiende el fallo, en lo relativo al punto 2 de la parte resolutive, revocándolo en la parte que aplica una multa de 10 Unidades Tributarias Anuales a la Asociación Gremial requerida dejándola sin efecto, o que sea rebajada a la suma que se establezca, y que las multas aplicadas a los médicos requeridos se rebajen en un 90% ó en la cifra que se determine, para corregir el aumento que arroja al aplicar un factor de 1,5 a la multa establecida con el fin de reflejar un beneficio económico que no ha sido acreditado; o, en subsidio, que se rebajen prudencialmente todas las multas aplicadas a la cantidad que se estime procedente. A su vez, solicita que el fallo sea enmendado en cuanto al punto 4 de lo resolutive, revocándolo en la parte en que condena en costas a sus representados, pues no fueron totalmente vencidos y porque tuvieron fundamento plausible.

Por su parte, mediante el escrito de fs. 1704 la Fiscalía Nacional Económica presentó recurso de reclamación en contra de la misma sentencia pidiendo que ésta sea enmendada conforme a derecho, imponiendo a los requeridos las multas señaladas en el requerimiento de fojas 1, o que se les aplique la cifra inferior que esta Corte determine conforme a derecho. Asimismo, solicitó que se ordene la disolución de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, oficiando al efecto al Ministerio de Economía.

CONSIDERANDO:**I.- EN CUANTO AL RECURSO DE RECLAMACIÓN DE LA PARTE DE LOS REQUERIDOS.**

PRIMERO: Que en un primer capítulo el recurrente aduce la falta de idoneidad objetiva del presunto acuerdo colusivo basado en que éste no confirió poder de mercado a los requeridos. Al respecto arguye que el fallo yerra en la calificación jurídica de los hechos al intentar encuadrarlos en el tipo penal, dando por acreditado el último requisito del hecho típico anticompetitivo sobre la base de simples afirmaciones o de presunciones cuyos presupuestos no han sido fehacientemente acreditados o no son graves, precisos y concordantes. Sostiene que esta deficiencia argumentativa y probatoria produce una desarmonía de los considerandos entre sí y de éstos con lo resolutivo, haciendo que el examen de la prueba no conduzca lógicamente a la conclusión a que se arriba. Explica que la definición de mercado relevante que utiliza el sentenciador exige la concurrencia de dos elementos, cuales son el aumento de precios por sobre el nivel competitivo y su mantención en el tiempo sin perder muchas ventas rápidamente, y al respecto señala que de los datos consignados en el fallo aparece que el acuerdo de precios produjo una pérdida económica a los requeridos, pues si bien el precio de la consulta médica subió en un 41% el número de ventas bajó en más de un 62%, lo que se traduce en que el

incremento de precio no resultó rentable y que, por consiguiente, el mentado acuerdo no confirió poder de mercado a los requeridos. Agrega que dicha conclusión se ve reforzada por lo establecido en la consideración vigésima sexta del fallo, en la que los sentenciadores dan por acreditado que la demanda por consultas médicas de los médicos ginecólogos que no formaban parte de la Asociación Gremial requerida subió en un 198% durante el primer año de vigencia del acuerdo. Sostiene enseguida que la misma situación se repite tratándose de las prestaciones quirúrgicas, puesto que del fundamento trigésimo quinto se desprende que con posterioridad al acuerdo bajaron, en el caso de los partos de 82 a 10 y en el de las cesáreas de 676 a 90, de lo que deduce que en esta parte el alza de precios tampoco logró mantener la demanda. Además, estima que el defecto en análisis se refleja también en el razonamiento trigésimo séptimo, en el que se reconoce que existe cierta evidencia de una posible sustitución de los médicos ginecólogos por médicos generales, a lo que se suma lo concluido en la motivación cuadragésima, en cuanto señala que no es posible descartar la existencia de algún grado de sustitución geográfica para las prestaciones quirúrgicas. En resumen, asevera que, en los términos de la definición de mercado relevante que utiliza el sentenciador, si bien el acuerdo de precios al alza existió, resulta inidóneo para alcanzar poder de mercado.

A continuación arguye que el fallo incurre en un segundo error, consistente en que dio por acreditado el poder de mercado sin conocer el nivel competitivo, el que extrae de una afirmación de la Fiscalía Nacional Económica que se funda, a su vez, en Convenios de Prestación que las Isapres hacen firmar a los médicos para acceder a la demanda de los servicios que el sistema privado les permite cautivar, conclusión que, según manifiesta, vulnera los criterios de la lógica y las razones técnicas que el sentenciador debió conocer por cuanto el nivel competitivo lo determina el equilibrio de la oferta y la demanda y no agentes intermediarios monopsónicos, como son las Isapres.

SEGUNDO: Que en un segundo acápite aduce la concurrencia de una causal de justificación de la conducta reprochada, que hace consistir en que las que se imputan como ilícitos anticompetitivos no son objetivamente idóneas para entregar poder de mercado a las requeridas, ya que no lo tienen ni pueden tenerlo conforme a la estructura del mismo, que coloca a las Isapres como un agente monopsónico o, a lo menos, como uno oligopsónico, de modo que en la especie la conducta imputada podría calificarse como una tentativa objetivamente inidónea o delito imposible, ya que las Isapres controlan cerca del 90% del mercado de los servicios médicos en el sistema privado. Asevera que en esas condiciones el único fin que pudieron tener las conductas desplegadas por su parte fue el de defenderse de

conductas antiéticas, antijurídicas y anticompetitivas que ejercen las Isapres en su rol de intermediarias monopsónicas del mercado de prestaciones médicas del sector privado. Finalmente, expresa que los requeridos actuaron para corregir una falla de mercado y que esta causal de justificación puede valorarse para eximirlos de responsabilidad penal o, al menos, si su configuración es imperfecta, puede servir como una atenuante de responsabilidad.

TERCERO: Que en otro capítulo el recurrente acusa que los yerros en que ha incurrido la sentencia y que ha denunciado son consecuencia de una "deficiente valoración de las normas reguladoras de la prueba", ya que los falladores no hacen valoración alguna de las probanzas rendidas.

CUARTO: Que enseguida, y en subsidio, pide que se revise la racionalidad y proporcionalidad del mecanismo utilizado para aplicar las multas, con el objeto que sean rebajadas prudencialmente. Así, alega en primer lugar, en relación al monto de la multa basal y al beneficio económico que reportó el acuerdo de precios, que, de acuerdo a la consideración quincuagésima quinta del fallo, la actuación colusiva desarrollada a través de una asociación gremial es una circunstancia agravante que se considera al determinar el quantum de la pena. Afirma que, sin embargo, esta circunstancia agravante, señalada en el

artículo 26 del Decreto Ley N° 211, se refiere a un tipo penal derogado, pese a que las causales modificatorias de responsabilidad deben aplicarse restrictivamente, sin que quepan interpretaciones analógicas, de lo que se sigue que la sentencia vulnera los principios esenciales del derecho penal y del derecho sancionador al aplicar una circunstancia agravante improcedente. Enseguida sostiene que conforme al fundamento sexagésimo segundo, en el monto de la multa se considera el beneficio económico obtenido por su parte, pese a que, como aparece de la propia sentencia, el mismo no pudo ser determinado por falta de prueba, carencia que se suple aplicando un factor de 1,5 por sobre el monto basal determinado para la multa, lo que atenta contra los estándares más esenciales del derecho sancionador, en tanto el fallo construye hipotéticamente una prueba no rendida y da por acreditado un beneficio económico que no existe. Así las cosas, y habiendo representado el acuerdo de precios una pérdida aproximada de \$160.938.000 por la caída de las ventas, sostiene que para corregir el error denunciado las multas deben ser rebajadas, a lo menos, en un 50%.

En segundo término asevera, en cuanto a la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, que la sentencia no considera la cooperación que prestó su parte durante la investigación, que por sí sola permite disminuir o rebajar las multas,

según lo dispuesto en el artículo 26 inciso final del Decreto Ley N° 211. En lo que concierne a la eximente de responsabilidad penal consistente en la concurrencia de una causal de justificación de la conducta reprochada, aduce que si se la considera imperfecta puede servir como atenuante de responsabilidad, lo que también le permite solicitar la rebaja en comento.

Enseguida se refiere a la multa aplicada a la Asociación Gremial requerida expresando que dicha sanción vulnera el principio de personalidad de la responsabilidad penal, pues permite traspasar la multa a personas distintas de la sancionada, lo que supone aumentar la pena de estas últimas, circunstancia agravante que no ha sido considerada en la ley, máxime si la participación en el acuerdo de que se trata a través de la Asociación Gremial ya fue tomada en cuenta por la sentencia para agravar la pena.

Por último y en cuanto atañe al pago de las costas, expone que su parte no fue completamente vencida, desde que la pretensión de la Fiscalía Nacional Económica era la de sancionar a los requeridos por la infracción genérica del artículo 3 inciso primero del Decreto Ley N° 211 y por la infracción especial de la letra a) del inciso segundo de la misma norma, pese a lo cual el requerimiento sólo fue acogido en cuanto se declaró que infringieron lo dispuesto en el artículo 3 letra a) del señalado Decreto Ley. Además, la Fiscalía buscaba sancionar a sus representados con

multas equivalentes a 870 Unidades Tributarias Anuales, en tanto que los sentenciadores sólo aplicaron unas que sumadas alcanzan a 89,7 Unidades Tributarias Anuales. Asimismo, destaca que el ente acusador perseguía la disolución de la Asociación Gremial requerida, objetivo que no logró y, finalmente, consigna que su parte pidió el rechazo o la rebaja de las multas pedidas, habiendo obtenido en esta última parte. Además, arguye que esa defensa litigó con motivo plausible.

QUINTO: Que al iniciar el análisis del recurso presentado por la defensa de los requeridos resulta pertinente destacar que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación. Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones respecto de la garantía en estudio, puesto que por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, ya que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del

Estado sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en que se desenvuelven, sino que afectando los intereses de los consumidores, lo que en último término se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.

En este aspecto se ha dicho: "En economía la competencia es la lucha por el cliente y, cuando esta lucha se da en un mercado competitivo, sale victorioso quien ofrece bienes de mejor calidad al más bajo precio -que es el principal efecto de la competencia-, es decir, sirviendo mejor a los competidores". "En las sociedades civilizadas esta lucha por el cliente jamás ha sido libre en el sentido de ilimitada, arbitraria o desenfrenada, pues toda forma de convivencia humana, incluyendo las relaciones económicas, está sometida al derecho". "En efecto, según ya nos señalara Joaquín Garrigues, 'libre competencia en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores'". (Joaquín Garrigués, "La defensa de la competencia mercantil", Temas de Derecho Vivo, Editorial Tecnos, página 142).

La libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar

un mercado altamente competitivo. Se ha dicho: "Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado". (Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, página 190).

Así, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en el mercado, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar.

Esta doble vía que considera la libertad y el abuso permite explicar la limitación que impone la

institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger "no sólo cuando es lesionada, sino que también cuando es puesta en peligro" (Valdés, obra citada, página 187).

SEXTO: Que el sistema jurídico que rige entre nosotros se relaciona con los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado y propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y los menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado.

SÉPTIMO: Que asentados los conceptos vertidos precedentemente resulta pertinente recordar lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Ley N° 211, que dispone: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las

medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".

OCTAVO: Que conforme al contenido de la disposición reproducida más arriba cabe consignar que, como se ha expresado en fallos anteriores sobre la materia, los

elementos esenciales del tipo de colusión son los siguientes: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.

En este sentido, cabe destacar que el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. Es así que no se requiere para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia.

NOVENO: Que establecidos cuáles son los elementos básicos para que se configure el ilícito de colusión y que es necesario sean probados por las partes y establecidos por el tribunal, cabe recordar que en doctrina se habla de dos formas de probar la existencia de la colusión: la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial. La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos, que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Puede resultar que una sola evidencia si es grave y precisa puede ser suficiente para

lograr convicción del establecimiento de los hechos; por ejemplo, un solo correo.

La evidencia circunstancial, en cambio, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume. A su vez, existen dos tipos de evidencia circunstancial: la evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores de costo y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones.

En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado tanto por prueba directa como indirecta.

DÉCIMO: Que en cuanto a la existencia del acuerdo por cuyo intermedio los requeridos alzaron el precio de las prestaciones descritas en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, esto es, el de las consultas médicas y el de las intervenciones quirúrgicas, cabe destacar que la misma no sólo se tuvo por establecida en el fallo en examen sino que, además, el propio reclamante reconoce que fue adoptado por sus representados.

En efecto, entre las consideraciones sexta y décima segunda los sentenciadores se hacen cargo de esta materia y concluyen, después de examinar la prueba rendida, en especial el Acta de la Primera Asamblea de la AGGOÑ, de 23 de noviembre de 2011, que "ha quedado establecida,

entonces, de manera clara y concluyente, la existencia de un acuerdo en el presente caso, esto es, la presencia de una voluntad común de actuación en el mercado que ha suprimido a la toma de decisiones de manera individual". A lo anterior añaden que la naturaleza expresa del acuerdo es manifiesta, al punto que ni siquiera fue controvertida por los requeridos; que fue adoptado bajo el alero de una asociación gremial y que su contenido quedó ratificado por una serie de actuaciones posteriores de los mismos.

Por último, es del caso subrayar que en su recurso la defensa de los requeridos ha reconocido de manera expresa la existencia del acuerdo de que se trata al manifestar que "en los términos de la definición de mercado relevante que utiliza el sentenciador, en autos, el acuerdo de precios al alza existió", aunque matiza su afirmación indicando que el mismo resulta inidóneo para alcanzar poder de mercado.

DÉCIMO PRIMERO: Que esclarecido dicho antecedente cabe abocarse ahora al análisis de lo expuesto por el recurrente en el sentido de que el acuerdo colusorio materia de autos no confirió poder de mercado a los requeridos.

Sobre el particular es preciso consignar que en la reclamación de fs. 1671 se afirma que tal poder de mercado no fue alcanzado desde que, pese al aumento en el precio de las consultas médicas en un 41%, la demanda por tales servicios sufrió una disminución del 62%.

Al respecto se hace necesario destacar que el cálculo efectuado por el recurrente y reproducido precedentemente no se ajusta a la realidad del proceso. En efecto, si bien el Cuadro N° 4 en el que se basa, contenido en el fundamento vigésimo segundo del fallo en examen, alude al número y precio de las consultas médicas realizadas por los profesionales requeridos antes y después del acuerdo de autos, es preciso subrayar que en dicho resumen se consideran las prestaciones de esta clase ocurridas a contar del año 2009 y hasta abril de 2013. En ese entendido, y considerando que el acuerdo colusorio de que se trata comenzó a producir sus efectos en enero de 2012, resulta evidente que las consultas médicas consideradas en el período previo a esa fecha comprenden un total de treinta y seis meses, mientras que las verificadas durante su vigencia abarcan sólo dieciséis meses. Así las cosas, y efectuados los pertinentes cálculos aritméticos, aparece con claridad que los porcentajes sobre los cuales basa sus alegaciones el reclamante no coinciden con las diferencias que realmente se produjeron en la especie. Así, el aumento de precio de las consultas médicas alcanza a un 68,822% (y no a 41% como señala el recurrente), en tanto que el número de consultas descendió en 66,477% (cantidad que no armoniza con el 62% que se lee en el recurso). De acuerdo a tales cifras sólo es posible concluir que el recurso se asienta sobre consideraciones erróneas, circunstancia que lo priva

de plausibilidad y que impide acogerlo, puesto que los supuestos de hecho en que descansa no se condicen con los antecedentes del proceso.

A lo anterior se suma el hecho de que, a diferencia de lo sugerido por la defensa de los requeridos, los ingresos mensuales de éstos no sólo no disminuyeron como consecuencia de la aplicación del acuerdo colusorio materia de autos sino que, por el contrario, aumentaron. Si se considera que las sumas percibidas por los médicos ginecólogos demandados alcanzaron a \$272.167.970 por el período posterior al citado acuerdo, conforme a los datos contenidos en el Cuadro N° 4 mencionado más arriba, y si tal cifra es dividida por los dieciséis meses que comprende dicho lapso, se obtiene un promedio mensual de \$17.010.498. Por otra parte, en los meses previos al acuerdo incorporados a dicho resumen los señalados profesionales recibieron \$480.916.030, cantidad que dividida por treinta y seis arroja un promedio de \$13.358.778. De la comparación de ambos resultados aparece con claridad que los requeridos vieron aumentadas sus remuneraciones tras la implementación del acuerdo en cuestión y que las mismas se prolongaron durante toda la ejecución del acto impugnado, conclusiones que no hacen sino restar aún más verosimilitud al recurso en esta parte.

DÉCIMO SEGUNDO: Que enseguida el recurrente asevera que la tesis en que asienta su reclamación se ve reforzada

por la circunstancia de que los médicos no asociados a la AGGOÑ aumentaron sus consultas en un 198% durante el primer año de vigencia del acuerdo, olvidando que en el mismo fundamento se establece que "ello no fue suficiente para contrarrestar los efectos negativos del acuerdo, pues, en la práctica, éste alcanzó a casi un 90% de la oferta de ginecólogos existente en la provincia de Ñuble".

DÉCIMO TERCERO: Que en lo vinculado con las prestaciones quirúrgicas y la falta de idoneidad de la conducta reprochada el reclamante sostiene que de la propia sentencia aparece que, tras la implementación del acuerdo, éstas descendieron considerablemente. Al respecto se hace necesario destacar que, tal como lo consignan en su resolución los falladores, "existe evidencia suficiente y clara que permite establecer el poder de mercado que el acuerdo confirió a las requeridas". En ese sentido destacan, en primer lugar, la prueba documental consistente en la correspondencia electrónica descrita en el fundamento trigésimo tercero, de la que se desprende con toda nitidez que los aranceles para intervenciones quirúrgicas aplicados son aquellos acordados "por la asociación". A su turno, y en lo que se refiere a la prueba económica, constatan "un aumento significativo en los precios de las intervenciones quirúrgicas", señalando que "se puede observar (a continuación en el cuadro N° 5) que el acuerdo llevó a un aumento de precios para el primer cirujano en partos

normales y cesáreas de 0,69 y 0,42 aranceles Fonasa respectivamente".

Por otro lado, y en cuanto concierne a la alegada sustitución de los médicos ginecólogos por médicos generales y de la existencia de una cierta sustitución geográfica respecto de las atenciones quirúrgicas, cabe señalar que en la sentencia se concluye acertadamente que no obstante encontrarse evidencia de su posible concurrencia, sin embargo "existió un aumento efectivo en los precios cobrados por los requeridos, tal como consta en el Cuadro N° 5. En consecuencia, dicha sustitución es manifiestamente imperfecta y no fue suficiente para eliminar por completo la pérdida de bienestar social causada por el acuerdo colusorio de autos, con lo cual queda en evidencia que el acuerdo también le otorgó poder de mercado a quienes lo suscribieron respecto de las intervenciones quirúrgicas ginecológicas".

DÉCIMO CUARTO: Que llegados a este punto resulta relevante subrayar que, tal como se adelantó más arriba y como se ha expresado por el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y por esta Corte, para que la conducta colusiva se verifique no es necesario que desencadene un resultado gravoso respecto del sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que por el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por

parte de quienes deciden coludirse un beneficio de índole patrimonial, se debe concluir que la misma configura un atentado a los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se busca salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado -como es el de la prestación de servicios médicos- compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen.

En relación a lo expuesto, esta Corte ha concluido en el sentido indicado al dictar diversas sentencias, tales como aquella pronunciada en los autos rol N° 5.937-2008, que corresponde al caso del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de A.M. Patagonia; también en aquella dictada en la causa rol N° 1.746-2010, referida al requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de diversos microbuses y taxis colectivos de la ciudad de Osorno; asimismo en aquella expedida en el proceso rol N° 96-2009, que incide en el caso asfaltos; del mismo modo lo hizo en el fallo despachado en los autos rol N° 10.954-2011, que recae en el caso de la Fiscalía Nacional Económica contra Abercrombie & Kent S.A., ADSmundo Turismo Ltda., Turismo Cocha S.A., Chilean Travel Services Ltda. y Turavión Limitada; y como último ejemplo de esta breve enumeración, se puede citar la

sentencia librada en la causa rol N° 2.578-2012, correspondiente al caso de la colusión de las farmacias.

DÉCIMO QUINTO: Que conforme a lo razonado no cabe sino desestimar el recurso en examen en este extremo, puesto que parte de sus fundamentos no se condicen con la realidad de los antecedentes y los restantes carecen de asidero. En efecto, los sentenciadores no han incurrido en los errores que se les reprochan, ya que el acuerdo colusorio efectivamente confirió poder de mercado a los requeridos y, además, no resulta necesario, como ha quedado dicho, que la conducta reprochada afecte de manera concreta la libre competencia.

DÉCIMO SEXTO: Que enseguida corresponde examinar el segundo yerro denunciado en este primer capítulo del recurso, esto es, aquel consistente en que se ha tenido por acreditado el poder de mercado que se atribuye a los requeridos sin conocer el nivel competitivo respectivo, y, además, la alegada concurrencia de una causal de justificación de la conducta que se imputa a los requeridos, que se funda en su falta de idoneidad como ilícito anticompetitivo, pues no resultan idóneas para entregar poder de mercado a éstos, desde que las Isapres controlan cerca del 90% del mercado de los servicios médicos en el sistema privado.

Para desechar tales alegaciones basta consignar que ambas se asientan en circunstancias fácticas no

acreditadas. Así, por una parte no existe evidencia para arribar a la conclusión de que, efectivamente, la referencia al "nivel competitivo" aludido por el reclamante, vale decir la citada suma de \$14.000, corresponde a la cifra que era pagada por las Isapres por cada consulta, que ésta se hallaba contenida en los convenios que mantenían con los médicos requeridos y, por último, que su monto estuvo congelado por más de diez años.

Lo mismo se puede predicar de las argumentaciones en que se basa el recurso en cuanto a la actuación y a la participación en el mercado de las Isapres, en especial aquellas vinculadas con su estructura monopsónica, y a la existencia de otros oferentes en el mercado relevante que absorbieron la demanda de los servicios que sus representados dejaron de prestar al perder la oferta canalizada por las Isapres a través de sus convenios.

Por otra parte, no resulta posible dar valor a la defensa de los requeridos asentada en que el único fin que pudieron tener las conductas que se les reprochan fue el de defenderse de conductas anticompetitivas que ejercen en su contra las Isapres, pues, tal como concluyeron los falladores, en el presente caso existió un acuerdo para aumentar el precio pagado tanto por los pacientes afiliados a las Isapres como por aquellos que no lo están, constatación que, en consecuencia, descarta la defensa en comento desde que el incremento de los precios se manifestó

incluso si no medió acción coercitiva alguna de parte de tales instituciones de salud previsional. Asimismo, como lo establece el fallo, existió un desplazamiento de los pacientes en beneficio de los ginecólogos que sólo pudo ser posible por su actuación conjunta de cara a las Isapres, de lo que se desprende que tal proceder coordinado es parte del acuerdo y no puede ser separado del mismo, de manera que el argumento en examen no puede ser tenido como una causal de justificación.

Por último, cabe consignar que la prueba rendida en autos no es suficiente para demostrar que esa parte haya actuado efectivamente para corregir una falla del mercado, debiendo destacarse que la compensación de culpas que parece sugerir el recurrente a fs. 1690, al decir que se "castiga una conducta anticompetitiva para validar otra tan o más anticompetitiva", resulta inadmisibles desde que la responsabilidad de cada cual es personal y no puede ser desviada hacia terceros y, más aun, si se considera que lo investigado en autos es la efectiva comisión de actuaciones ilícitas de parte de los requeridos y no el proceder de las Isapres aludidas.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que en lo que atañe a la acusada infracción de las reglas reguladoras de la prueba, dicha alegación será desechada desde que el recurrente se limita a enunciar su ocurrencia, sin señalar de qué modo concreto se produjo, ni explicar cuáles son sus características ni

de qué manera influyó en la decisión que impugna, defectos que tornan imposible el análisis del recurso en esta parte y que obligan a desecharlo.

DÉCIMO OCTAVO: Que procede ahora abocarse al estudio de la petición subsidiaria de los reclamados, consistente en la modificación del monto de las multas aplicadas.

Al respecto cabe destacar que el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 211 prescribe que: "Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación".

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia emplea un método para regular el monto de las sanciones aplicadas que contempla de manera separada las dos prestaciones médicas analizadas en el fallo, esto es, las consultas y las prestaciones quirúrgicas, dado que en este último caso existió una sustitución moderada, por lo que considera para este fin un 12% de las ventas por concepto de consultas y un 8% de las ventas por concepto de prestaciones quirúrgicas, en ambos casos por todo el período colusorio, estimando una cifra para el segundo año del mismo, pues faltan antecedentes para concluir en una cifra exacta.

A propósito del ejercicio descrito los sentenciadores tuvieron en cuenta para la determinación en comento, además de los antecedentes ya descritos, los elementos consignados en el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 211 y, especialmente, las características de esta colusión y de quienes concurrieron al acuerdo; que la colusión es la más grave de las conductas anticompetitivas; que concurre respecto de todos los médicos requeridos la "atenuante de irreprochable conducta anterior" y que no se configura ninguna otra circunstancia atenuante, pues no existen antecedentes que acrediten una colaboración suficiente para ser considerada en los términos establecidos en el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 211. Por último, a título de agravante y en cuanto atañe al médico Francisco Baldecchi Quezada, le aplica un recargo del 20% sobre la multa base individual, por haber sido el instigador del acuerdo colusorio en su calidad de líder de la AGGOÑ.

Además, es del caso subrayar que los falladores señalan expresamente, a propósito de la que denominan "atenuante de irreprochable conducta anterior", que como consecuencia de su procedencia aplican una rebaja del 20% sobre la multa base individual calculada respecto de cada uno de los profesionales requeridos.

DÉCIMO NOVENO: Que asentado lo anterior resulta pertinente destacar que de la disposición legal citada más arriba se colige que la determinación del importe de una

multa no es el resultado de un mero cálculo basado en los beneficios que obtuvieron los implicados, sino que deben tomarse en cuenta todos los criterios de apreciación.

En este sentido aparece evidente que el legislador requiere explicar las consideraciones que motivan la extensión de la multa y si bien podría estimarse suficiente enunciar los criterios objetivos indicados en la ley, ciertamente no es eso lo pretendido por él, por lo que no puede sino considerarse como apropiado que el tribunal haya realizado un esfuerzo argumentativo destinado a plasmar en su determinación los razonamientos por los cuales impuso los montos de las multas que en definitiva reguló, razón suficiente para rechazar la petición de los requeridos de rebajar sustancialmente su cuantía. A ello se suma que los implicados cometieron una infracción de gravedad extrema, habida cuenta de su naturaleza, de sus repercusiones concretas en el mercado de prestación de atenciones sanitarias y de la dimensión del mercado geográfico afectado. La fijación de los precios afectó las reglas de la competencia permitiendo a los requeridos prever que infaliblemente obtendrían un beneficio económico, de lo que se sigue que el interés económico se sobrepuso a la dignidad humana y a la salud de las personas, puesto que a través de la colusión de que se trata no sólo se perturbó la atención ginecológica de las mujeres que habitan en la zona comprendida por el mercado relevante sino que,

también, la de sus hijos, que, por lo demás, se extendió al menos entre enero de 2012 y octubre de 2013, sin que existan antecedentes concretos de que a esa fecha o con posterioridad se le haya puesto término.

Así las cosas, nadie puede dudar que la colusión es uno de los ilícitos más graves que se pueden cometer en contra de la libre competencia, lo que se confirma porque en legislaciones como las de Estados Unidos, Inglaterra, Japón, Corea del Sur, Australia y Brasil, entre otros, su perpetración se sanciona con la pena de prisión.

VIGÉSIMO: Que en lo referido a la alegación de una errada aplicación de la circunstancia agravante prevista en el artículo 26 del Decreto Ley N° 2757, para desecharla basta consignar que en su fundamento quincuagésimo quinto los sentenciadores expresan que "aunque dicha norma se refiere al tipo penal contemplado en el texto original del D.L. N° 211, luego suprimido por la Ley N° 19.911, lo relevante es que el legislador nacional calificó como especialmente grave la participación de asociaciones gremiales en la comisión de ilícitos anticompetitivos, cuestión que igualmente deberá ser considerada en el presente caso", de lo que se sigue que los falladores no han aplicado en la especie una circunstancia agravante propiamente dicha sino que se han limitado a invocar un cierto criterio directriz que les ayude a orientar su

decisión en lo relativo a la fijación de la cuantía de la multa.

Por último, resulta del caso consignar que las demás alegaciones en que se asienta el recurso en esta parte, dirigidas a obtener una rebaja en el monto de las multas aplicadas, han sido descartadas precedentemente al examinar las consideraciones de fondo en que se asienta el mismo, motivo por el que tampoco pueden ser tomadas en consideración, particularmente aquellas referidas a la efectiva existencia de beneficios económicos para los requeridos como consecuencia del acuerdo colusorio; a la insuficiencia de la sustitución profesional y geográfica aducida por su defensa y a la falta de prueba de la circunstancia atenuante de colaboración en la investigación y de la eximente imperfecta de causal de justificación.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que como última petición los reclamantes solicitan que se les exima del pago de las costas, por no haber sido totalmente vencidos y porque tuvieron motivo plausible para litigar. Sin embargo, no es posible aceptar la referida solicitud por cuanto éstos sí fueron totalmente vencidos, desde que el procedimiento seguido en autos en su contra es de carácter sancionatorio y tenía por principal petición de la Fiscalía Nacional Económica que se acogiera el requerimiento en contra de los demandados por haber incurrido en las conductas de que se les acusa, con infracción de lo dispuesto en el artículo 3

del Decreto Ley N° 211, siendo condenados a las sanciones que para cada uno señala, lo que en la especie fue acogido por el fallo en estudio, sin que se pueda sostener que tuvieron motivo plausible para litigar.

II.- EN CUANTO AL RECURSO DE RECLAMACIÓN DEDUCIDO POR LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que la Fiscalía Nacional Económica pretende que se aumente el monto de la multa impuesta a los requeridos y que, además, se aplique a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble la sanción de disolución, toda vez que el fallo recurrido define el quantum de las sanciones contraviniendo el Decreto Ley N° 211 y los precedentes asentados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y por esta Corte. En efecto, asevera que la sentencia no considera el beneficio económico obtenido por los requeridos; que no contempla el imperativo de disuasión asociado a la constatación de la conducta más grave del derecho de la competencia; que omite ponderar la pérdida de bienestar social correspondiente a la disminución de atenciones de salud ocasionada a partir de las alzas de precios de los aranceles asentadas en la sentencia; que determina erróneamente la existencia de una sustitución parcial en el mercado de las prestaciones quirúrgicas, lo que incide en una menor sanción; y, finalmente, que aplica un 20% de "rebaja" en la sanción impuesta a todos los médicos

requeridos, a partir de la aplicación por analogía de una circunstancia atenuante no contemplada expresamente en el Decreto Ley N° 211, que no fue alegada por las partes y que resulta improcedente en esta sede. En segundo término, aduce que el fallo deniega erróneamente la solicitud de disolución de la AGGOÑ, pese a que se acreditó que fue creada como instrumento del cartel desviándose de sus fines, sin que haya constancia de acciones distintas a la de implementar el acuerdo colusorio.

VIGÉSIMO TERCERO: Que en cuanto al monto de las multas aplicadas en autos cabe tener en consideración, tal como se expuso precedentemente al examinar la petición de rebaja de las mismas formulada por los requeridos, que los sentenciadores fundaron debidamente la decisión que adoptaron en esta parte, exponiendo las razones en cuyo mérito llegaron a las conclusiones que allí asientan. En particular, y a diferencia de lo aseverado por este reclamante, el fallo basó su decisión en este extremo, entre otros antecedentes, en el monto de las ventas por concepto de consultas y por concepto de prestaciones quirúrgicas, en ambos casos por todo el período colusorio, esto es, en los beneficios económicos obtenidos por los implicados, estimando una cifra para el segundo año del mismo, pues faltan antecedentes para determinar una cifra exacta.

En lo que se refiere al efecto disuasivo vinculado a la conducta colusoria reprochada y a la pérdida de bienestar social asociada a la disminución de atenciones de salud, para desestimar estos argumentos basta subrayar que los falladores señalaron expresamente que asentaron la decisión adoptada en este punto, entre otros antecedentes, en las características de la colusión investigada y de quienes concurrieron a la misma, destacando, además, que la colusión es la más grave de las conductas anticompetitivas.

Por otra parte, tampoco es posible acceder a lo sostenido en el recurso en relación al erróneo establecimiento de una sustitución parcial en las prestaciones quirúrgicas, puesto que de los antecedentes de autos aparece que efectivamente existen indicios que impiden "descartar la existencia de algún grado de sustitución entre las intervenciones quirúrgicas efectuadas en la provincia del Ñuble con las llevadas a cabo en las provincias de Bío Bío y Concepción", para lo cual consideran que "los diferenciales de precios pueden ser relevantes en relación a los costos de transporte y otros, que implica el traslado a otra ciudad" y que del informe presentado al efecto por los requeridos "se obtiene que la proporción de pacientes de la provincia del Ñuble que fueron atendidas quirúrgicamente en la misma provincia bajó desde un 90,3% a un 81,2% luego de la fecha de celebración

del acuerdo, no ocurriendo lo mismo en las otras provincias de la región".

VIGÉSIMO CUARTO: Que en cuanto dice relación con el equivocado descuento de un 20% de la multa impuesta como consecuencia de la "irreprochable conducta anterior" de los médicos requeridos, cabe consignar que si bien no es posible establecer, como lo han hecho los falladores, un determinado monto o porcentaje de rebaja de la sanción derivado del reconocimiento de una determinada minorante de responsabilidad, en particular la de no ser reincidente el infractor en la conducta que se le imputa, no es posible deducir como consecuencia de tal error que en autos se deba modificar el quantum de las multas impuestas a los reclamados. En efecto, aun cuando el razonamiento empleado en la sentencia no es el adecuado, puesto que en esta sede no resulta aplicable la atenuante de "irreprochable conducta anterior", no es menos cierto que los falladores han dado cabal cumplimiento a los criterios orientadores señalados en el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley N° 211. Así, de esta norma se desprende que para efectuar el cálculo de que se trata se debe considerar si el sancionado ha incurrido con anterioridad en la misma conducta, pues de ser así el importe de la misma deberá verse incrementado, y en la especie los falladores, al indagar en torno a esta materia, concluyen que los requeridos no cometieron previamente una infracción como la

descrita, de lo que se sigue que han cumplido la exigencia legal anotada y han rebajado la multa impuesta conforme a las facultades que la propia ley les reconoce. De acuerdo a tales consideraciones no es posible admitir el recurso en examen en este extremo, pues no se advierte la existencia de algún agravio que pudiese justificar la enmienda solicitada en este punto.

En todo caso, resulta preciso señalar que el mismo razonamiento debe ser aplicado en lo que atañe a la regulación del monto de la multa impuesta al requerido Francisco Baldecchi Quezada, puesto que tampoco se puede admitir que se fije un determinado monto o porcentaje de aumento de la misma como consecuencia del reconocimiento de una determinada circunstancia agravante de responsabilidad o del particular carácter de la participación del infractor en los hechos, como se hace en el razonamiento sexagésimo quinto del fallo en examen, puesto que semejante determinación carece de la razonabilidad necesaria que la justifique, apareciendo más bien como una conclusión caprichosa, pues no resulta posible comprender por qué motivo específico se fija ese porcentaje y no otro.

Empero, la señalada circunstancia no permite modificar la multa impuesta al señalado profesional, desde que su intervención puede ser estimada, efectivamente, como de mayor entidad o relevancia que la de los demás médicos, dado el liderazgo que al interior de la AGGOÑ se le

reconoce, de modo que no se divisa el agravio que la fijación de un monto más cuantioso podría causar a esa parte, máxime si con esta distinción no se hace sino una juiciosa diferenciación entre los diversos partícipes, basada precisamente en los hechos que a cada uno se le imputan.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, por último, corresponde examinar la petición de disolución de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble.

Sobre el particular el recurrente asegura que la AG requerida fue constituida específicamente para la negociación uniforme de aranceles, y tal como da por acreditado el fallo, su primera actuación en la vida jurídica significó la adopción de los acuerdos ilícitos que son objeto de reproche en la sentencia, a lo que añade que se omitió considerar que a lo largo del proceso no se acreditó la realización por parte de AGGOÑ de ninguna actividad de interés gremial, lo que difiere notablemente de otros casos de colusión en que han intervenido Asociaciones Gremiales y en los que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha negado la disolución. Finalmente, destaca que, a diferencia de otros casos, esta asociación no detuvo su actuar con la intervención de la Fiscalía Nacional Económica ni adoptó ningún recaudo para mitigar los efectos perniciosos de su conducta o para restablecer la competencia.

En torno a esta materia se hace necesario señalar, por una parte, que la sentencia adolece de los razonamientos que permitan comprender el motivo en cuyo mérito se desestimó la solicitada disolución de la AGGOÑ, pues en la consideración sexagésima sexta sólo se indica que se rechaza tal petición, a lo que se añade que dicho ente se desvió manifiestamente de los fines señalados en sus estatutos. A lo anterior se debe agregar que en los hechos de autos la Asociación Gremial se transformó, por la forma en que operó, en el medio o centro al interior del cual sus integrantes concurrieron con sus voluntades individuales para influir en la competencia a través de la adopción de los acuerdos que dejaron plasmados en sus respectivas actas y que motivaron el requerimiento y posterior sanción. Es por ello que se la debe castigar, por cuanto es la Asociación la que aunó a sus integrantes para en conjunto actuar contra la libre competencia, transformándose así en la entidad que reunió la voluntad de sus asociados para lograr el señalado objetivo.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, en efecto, como quedó asentado en el razonamiento séptimo del fallo en estudio, "en el Acta de la Primera Asamblea de la AGGOÑ, de fecha 23 de Noviembre de 2011, que rola a fojas 144 del Expediente de Investigación de la FNE Rol N°2067-12, cuya versión pública fue acompañada por la FNE en el tercer otrosí de la

presentación de fojas 151, se consigna explícitamente lo siguiente:

"A las 22:45 hrs. se discute situación contractual con las Isapres, quienes se han negado durante todo el año 2011, ha [sic] discutir temas de aranceles con nuestros representantes, ignorando nuestras peticiones.

Colegas proponen que los que quieran se retiren de las Isapres, ya que se consideran explotados por estos conglomerados que no han sabido remunerar y valorar los actos médicos. El arancel será libre, pero sobre \$25.000 pesos para consultas y 4,0 o 4,4 para cirugías.

Se deja claro la libertad de acción, que tiene cada colega para actuar y decidir. Cada uno debe tomar su decisión según su forma de pensar. La mayoría decide que la gestión de negociación se canalice a través del presidente de la Asociación Gremial, Dr. Francisco Baldecchi Quezada y acompañado por la directiva si se requiriese".

Asimismo, en el fallo en examen se desestima acertadamente el supuesto carácter no vinculante del mentado acuerdo "pues las conductas anticompetitivas en general -y la colusión en particular- responden a parámetros objetivos (esto es, si el acuerdo recae en variables competitivas, si el alza de precios efectivamente se produjo o no y si dicho acuerdo le otorgó poder de mercado a los participantes de él), sin que el carácter no

vinculante del acto pueda ser utilizado como eximente de responsabilidad”.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que establecido lo antedicho resulta del caso recordar que el artículo 26 del Decreto Ley N° 211 dispone en su inciso segundo, y en lo que interesa, que: “En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:

a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;

b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior”.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que así las cosas y de conformidad a lo estatuido en la norma transcrita precedentemente, sólo cabe concluir que se debe acceder a la solicitud en estudio, puesto que la Asociación Gremial de que se trata intervino directamente y de manera principal en los actos contrarios a la libre competencia que se han tenido por demostrados en estos autos, a lo que se suma que en torno a ella se articuló el completo comportamiento colusorio reprochado, motivos más que suficientes para ordenar su disolución, como se dirá en lo resolutivo.

Y visto asimismo lo dispuesto en los artículos 18 N° 1, 26 y 27 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, **se acoge** el recurso de reclamación deducido por la Fiscalía Nacional Económica en lo principal de la presentación de fojas 1704, en contra de la sentencia de uno de abril de dos mil quince, escrita a fojas 1628, sólo en cuanto se dispone la disolución de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, debiendo adoptarse por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia las medidas que fueren pertinentes para su efectivo cumplimiento.

En lo demás, **se rechaza** la aludida reclamación, así como también se **desestima** la que fuera deducida por la parte de los requeridos en lo principal del escrito de fs. 1671.

Se **previene** que el Fiscal Judicial, Sr. Escobar, fue de parecer de aumentar el quantum de las multas impuestas a los infractores hasta el monto pedido por la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, como se ha solicitado en su reclamación de fs. 1704, puesto que, a su entender, no es posible aplicar en esta materia propiamente económica la atenuante consagrada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, desde que la misma pertenece a un ámbito por completo distinto de aquel que es materia de estos

autos, y que encuentra su justificación en consideraciones enteramente ajenas al mismo.

Acordada con el voto **en contra** del Ministro Suplente Sr. Pfeiffer sólo en lo relacionado con la disolución de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble, quien fue de parecer de rechazar íntegramente ambas reclamaciones y, en consecuencia, mantener las sanciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, toda vez que, a su juicio, no existen antecedentes suficientes que permitan fundar la adopción de semejante gravosa determinación.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Pierry.

Rol N° 5609-2015.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S. y Sr. Carlos Aránguiz Z., el Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeiffer R. y el Fiscal Judicial Sr. Juan Escobar Z. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministra señora Egnem por estar con feriado legal. Santiago, 07 de enero de 2016.

Autoriza el Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a siete de enero de dos mil dieciséis, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.