

CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

N° 29 - ENERO 2023

RECHAZO DEL RECURSO REVISIÓN ESPECIAL ANTE EL TDLC



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

Nota del Caso sobre el rechazo del Recurso Revisión Especial ante el TDLC (Sentencia N°182-2022)

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) confirmó la decisión de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) que prohibió la fusión entre Colmena Salud S.A., controladora de Colmena Golden Cross S.A. (“Colmena”), y Nexus Chile SpA (“Nexus”), controladora de Isapre Nueva Más Vida (“NMV”) (todas en su conjunto las “Isapres” o las “Partes”)

El día 5 de septiembre de 2022, el TDLC rechazó los recursos de revisión especial que presentaron ambas Isapres contra la prohibición de la concentración que había sido resuelta por la FNE en febrero de 2022.

La FNE había concluido que la fusión entre ambas aseguradoras de salud privada reduciría sustancialmente la competencia en el mercado, lo que se traduciría en mayores precios en los planes de salud de actuales o de nuevos afiliados y/o afectaría la calidad de dichos planes.

Junto con lo anterior, la FNE resolvió que la operación no producía eficiencias verificables y que las Partes no ofrecieron medidas de mitigación capaces de compensar los riesgos derivados de la transacción.

En esta línea, al resolver los recursos el TDLC dio por acreditada la existencia de riesgos unilaterales y de coordinación derivados de la operación sometida a análisis.

II. RESOLUCIÓN DE PROHIBICIÓN

El 3 de febrero de 2022 la División de Fusiones de la FNE evacuó su informe, recomendando prohibir la Operación (“Informe de Prohibición”). Con la misma fecha, la FNE dictó la resolución de prohibición de la operación objeto de la Investigación (“Resolución de Prohibición” o “Resolución Recurrída”), en la cual expuso sus argumentos para prohibir la Operación.

Del análisis de los antecedentes de la investigación, la FNE concluyó que la competencia entre NMV y Colmena, que se perdería si se perfeccionase la Operación, generaría riesgos relevantes de orden horizontal, tanto unilaterales como coordinados. Dichos riesgos se generarían en los siguientes mercados:

- (i) Mercado de comercialización de planes de salud individuales por Isapres abiertas –donde la competencia se produce para captar nuevos afiliados–, y

- (ii) Mercado de provisión de planes de salud, tanto individuales como colectivos en stock (donde la competencia se produce para mantener a los afiliados).

En relación con los riesgos unilaterales, la FNE afirmó que las Partes tendrían la habilidad e incentivos para aumentar los precios de los planes en comercialización y adecuar al alza los precios en los planes individuales o grupales en stock, además del incentivo de las Partes para, conjunta o alternativamente, disminuir la calidad de los contratos de salud.

La FNE justifica esta afirmación en un análisis estructural del mercado, identificando índices de concentración de un mercado altamente concentrado; y en un análisis de cercanía competitiva entre las Partes, la que sería especialmente relevante en el mercado de planes individuales en comercialización de libre elección en las macrozonas Norte, Valparaíso y Sur. Expone que su conclusión acerca de la cercanía competitiva es consistente con los análisis económicos efectuados mediante el cálculo de los índices Gross Upward Pricing Pressure Index (“GUPPI”) y Compensating Marginal Cost Reduction (“CMCR”), y de los resultados obtenidos en la simulación de fusiones calibrada que realiza.

En lo referente a los riesgos coordinados, la FNE expone que, de perfeccionarse la Operación, se generarían cambios que facilitarían un actuar coordinado entre las Isapres, fortaleciendo factores de la industria que harían más factible sostener un resultado de equilibrio de coordinación. Funda lo anterior en que la Operación propendería a una mayor simetría entre las Isapres, que afectaría en el precio base y coberturas de los planes en comercialización, y en la adecuación del precio base y GES en los planes individuales en stock. La probabilidad de este último riesgo sería mayor si se considera que con la Operación se elimina un competidor que se abstenía de implementar alzas de precios base anuales.

Además de lo anterior, la FNE afirma que las eficiencias presentadas por las Partes durante la investigación (“Informe de Eficiencias”) no son suficientes para mitigar los riesgos antes señalados, ya que dichas eficiencias no cumplirían con los requisitos para ser contempladas como contrapeso, toda vez que no serían verificables, no son inherentes a la Operación ni tampoco son aptas para compensar el mayor poder de mercado que adquiriría la entidad resultante luego de la Operación.

En lo que respecta a las medidas de mitigación, la FNE indica que en operaciones de concentración horizontales como la analizada, esto es, entre competidores cercanos competitivamente y con significativos riesgos horizontales e indefinidos en el tiempo, sin eficiencias inherentes y significativas en un mercado en el que se observan barreras a la entrada y expansión, “*la medida de mitigación más idónea y proporcional es la desinversión de activos a un comprador adecuado*” (párrafo 42). Agrega que, sin perjuicio de ello, remedios distintos a la desinversión pueden ser considerados de forma excepcional cuando concurren las circunstancias descritas por la Guía de Remedios de la FNE, lo que no se apreciaría en este caso.

En razón de lo anterior, la FNE resuelve que la Operación, aun cuando se sujetara al cumplimiento de las medidas de mitigación ofrecidas por las Partes, implicaría un perjuicio relevante para la competencia impactando de forma negativa a los consumidores, pudiendo reducir la competencia en el mercado en los términos expuestos en el artículo 57 letra c) del DL N° 211 (“DL 211”).

III. RECURSO DE REVISIÓN ESPECIAL

El día 17 de febrero de 2022, Colmena Salud S.A., Colmena Golden Cross S.A. y Nexus Chile SpA presentaron un recurso de revisión especial contra la Resolución de Prohibición de la FNE ante el TDLC, solicitando su revocación 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 este TDLC considere adecuadas y suficientes.

Los principales argumentos de las recurrentes son:

1. En primer lugar, exponen que la prohibición de una operación de concentración es intensa, estableciéndose como un límite al ejercicio de garantías constitucionales, razón por la cual su determinación debe ser de ultima *ratio* y realizarse a través de un acto debidamente fundamentado. De esta forma indican que este tipo de resoluciones deben ser excepcionales y fundarse en un “estándar altísimo” de aptitud para reducir sustancialmente la competencia sin que ello pueda subsanarse de otra manera, lo que no sucedería en el caso. En efecto, argumentan que en este caso ninguna de las Partes es el principal actor del mercado y que es improbable que luego de la Operación lo sean, tomando además en consideración que se trataría de una concentración entre el cuarto y el quinto actor, que sumarían entre un 20% - 30% de participación.
2. En segundo lugar, se argumenta que la FNE desconoce el funcionamiento de la industria de las Isapres. Afirman que este mercado está muy regulado y supervisado por la Superintendencia de Salud. Indican también que la FNE no consideró todos los antecedentes del expediente de investigación para definir y analizar el mercado relevante, sino que hizo una ponderación selectiva de los mismos. Lo anterior le habría llevado a determinar una mayor cantidad de riesgos, sin considerar que las Isapres objeto de la operación son las de menor tamaño del mercado y no se encuentran integradas verticalmente en el mismo, como las otras.
3. En tercer lugar, y en relación con los riesgos unilaterales que la FNE estableció en el mercado de planes de comercialización, argumentan que no tendrían la cercanía competitiva que argumenta la FNE ya que no competirían en precio y calidad de servicio las Isapres, que son las principales variables competitivas del mercado.

Respecto a los riesgos unilaterales en el mercado de planes en stock, en relación al incremento de los precios bases hasta el tope indicador, las recurrentes argumentan que lo anterior sería una falla de regulación y, por ende, no sería un riesgo propio de la Operación, si no que un hecho que cualquiera de la Isapres podría llevar a cabo.

4. En cuarto lugar, en relación con los riesgos coordinados, las Partes analizan la concurrencia de cada una de las condiciones que deben existir para el estudio de estos riesgos.
5. En quinto lugar, las recurrentes establecen que, sí es probable la entrada de la Isapre Esencial, principalmente dado la inversión en costos hundidos que ya fueron efectuados por esta Isapre.
6. En sexto lugar, en cuanto al análisis de las eficiencias derivadas de la Operación, las Partes indican que la FNE realizó una inadecuada ponderación de las mismas, ya que la Operación sí genera eficiencias consistentes en: “(i) ahorros de copagos; (ii) reducción de aranceles de prestadores de salud; y (iii) ahorro de tiempo para los afiliados por el aumento de la cobertura de las sucursales de atención para éstos”.
7. En séptimo lugar, respecto de las medidas de mitigación ofrecidas por las Partes, argumentan que son suficientes para mitigar los riesgos levantados por la FNE y exponen que la medida de desinversión solicitada por la FNE no era proporcional ni factible de implementar.

Las Partes concluyen que, la FNE adoptó una decisión errada y desproporcionada, en base a una evaluación selectiva de los antecedentes que constan en el expediente de investigación. Además, afirman que la Operación no reduce sustancialmente la competencia porque los riesgos no son de la entidad que la FNE indica y que existen sinergias en beneficio de los consumidores. Agregan que, en caso de existir dichos riesgos, los mismos se encuentran mitigados por los remedios ofrecidos ya mencionados.

- Mercado Relevante

En cuanto al análisis del mercado relevante efectuado por el TDLC, éste coincide con la FNE y Recurrentes, con que los planes individuales y grupales de salud pertenecen a mercados relevantes distintos, razón por la cual los efectos de esta Operación se analizaran en ambos mercados, pero de forma separada. Por lo que los mercados relevantes en que incide la Operación son:

- (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.

El TDLC considera necesario establecer que la competencia entre las Isapres se da en dos etapas, la primera en la comercialización de nuevos planes y la segunda, en la competencia por la provisión a clientes que ya tienen un plan, pero que se encuentra discontinuado, por lo que ya no está disponible para nuevos afiliados. Con lo anterior, es que el TDLC argumenta que Colmena y NMV superponen sus actividades comerciales en:

- (i) Comercialización de planes individuales (captación de afiliados);
- (ii) Provisión de planes individuales en cartera o stock (retención de afiliados en planes individuales); y
- (iii) Provisión de planes grupales en cartera o stock (retención de afiliados en planes grupales).

Cabe destacar que, según expone la FNE, no existe traslape entre las Recurrentes en la comercialización de planes colectivos (captación de afiliados para planes colectivos), porque NMV ya no realiza dicha actividad.

- Análisis de riesgos

1. Riesgos Unilaterales

A modo general, el TDLC argumenta que producto de la Operación, se elimina la competencia entre las dos Isapres que pretenden fusionarse y agregar que al igual que en cualquier operación de concentración entre empresas competidoras, este cambio en la estructura del mercado puede modificar los incentivos que la entidad resultante tiene al momento de fijar sus precios afectando así a los consumidores.

El TDLC, antes de analizar los riesgos unilaterales, hace un resumen respecto al análisis que la FNE efectuó. El primero fue uno de **carácter estructural**, consistente en determinar participaciones de mercado con el objeto de dimensionar, preliminarmente, la relevancia de las Partes y el cambio en la concentración que la Operación generaría en los mercados afectados. El segundo análisis fue uno de **cercanía competitiva** entre Colmena y NMV, respecto del cual la FNE evaluó antecedentes cualitativos y cuantitativos referidos a dicho análisis.

- 1.1. Mercado de comercialización de planes individuales de salud

El análisis estructural realizado respecto de la comercialización de planes individuales de salud por la FNE muestra que, de perfeccionarse la Operación: (i) los actores del mercado disminuyen de cinco a cuatro, teniendo todos ellos una participación de mercado relativamente simétrica; (ii) la participación combinada de las Partes sería de [20 - 30]%; y (iii) el cambio en el índice de concentración HHI sería de 368 con un HHI posterior a la Operación de 2510.

Las Partes argumentan que la Operación concentra a dos Isapres que tienen las más bajas participaciones de mercado y que de manera conjunta – en caso de aprobarse la Operación – sumarían entre un 20-30% de la participación de mercado, lo que según la historia del derecho de competencia, nunca se ha prohibido una operación que sume esta participación tan baja.

El TDLC afirma que los planes de salud que comercializan las Isapres son bienes diferenciados y, en ese entendido, el análisis estructural debe complementarse con un examen de la cercanía competitiva de las Partes de la Operación. Ya que es ampliamente aceptado que en mercados con bienes diferenciados –como son los planes de salud comercializados por las Isapres–, el incentivo que tienen las Partes para aumentar los precios post-Operación depende del grado de sustitución o de cercanía competitiva existente entre los productos ofrecidos por estas, lo que no está directamente relacionado con sus participaciones de mercado, como las Partes plantean, razón por lo cual el TDLC desecha el argumento de las Partes.

Por lo que, el TDLC examina el análisis de cercanía competitiva efectuado por la FNE, desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo, ya que al parecer del TDLC, para evaluar los riesgos unilaterales es lo más adecuado.

Desde un punto de vista cualitativo, la FNE argumenta que las Partes serían cercanas competitivamente, lo cual niegan las Partes. Sin embargo, el TDLC considera que es posible concluir que Colmena y NMV sí compiten en relación con el precio base de los planes individuales libre elección que comercializan, esto es, respecto del grupo socioeconómico al que apuntan.

El tribunal argumenta que, en presencia de mercados con bienes diferenciados, la participación de mercado de las Partes resulta poco indicativa de la presión competitiva que se ejercen entre sí y no es posible descartar que exista cercanía competitiva entre dos empresas por el mero hecho de que existan otros competidores cuya participación de mercado se sitúa en un valor intermedio al de ellas.

Desde el punto de vista cuantitativo, el tribunal utiliza los índices como el Upward Pricing Pressure (“UPP”), el GUPPI, el Illustrative Price Rise Test (“IPR”) y el CMCR, que cuantifican los incentivos de las Partes que pretenden fusionarse para aumentar los precios después de una operación de concentración

El tribunal coincide con lo señalado por la FNE en el sentido de que el hecho que existan clientes que sustituyeron a Colmena por NMV, y viceversa, muestra que para un grupo de clientes ambas Isapres son cercanas competitivamente entre sí. Por lo que el TDLC desecha las alegaciones referidas al margen y razones de desvío utilizados por la FNE. Por consiguiente, se considerará que el análisis cuantitativo de cercanía competitiva llevado a cabo por la FNE acredita la existencia de un riesgo unilateral sobre los planes individuales en comercialización.

1.2. Mercado de planes de salud individuales en cartera o stock

Respecto al análisis estructural en este mercado, es el mismo que el realizado en el mercado anterior, razón por la cual desechan las alegaciones de las Partes en el sentido que argumentan que jamás en nuestro país se habría prohibido una operación de concentración entre dos empresas con tan baja participación, y menos aún, una en la que estén involucrados los dos actores con la menor participación del mercado.

En cuanto al análisis competitivo, la FNE establece que las Partes tendrían la capacidad e incentivos para alterar las variables competitivas de los planes individuales en stock, lo que, a su vez, tendría efectos perjudiciales sobre los consumidores, ya que podría manifestarse tanto en adecuaciones al alza del precio base o prima GES, como en el deterioro de la calidad del servicio ofrecido a los afiliados.

Además, el TDLC desecha la argumentación de las Partes e instituye que habría una tensión competitiva entre las Partes en el mercado mencionado que en caso de que desaparezca, generaría incentivos para subir los precios o disminuir la calidad del producto. Concluye el tribunal que el análisis de cercanía competitiva realizado por la FNE está acreditado.

1.3. Provisión de planes de salud grupales o stock

El TDLC concluye, respecto a este mercado, si bien el riesgo unilateral que se genera sobre los afiliados a planes grupales de NMV es teóricamente plausible, su probabilidad de ocurrencia es baja y podría mitigarse totalmente por uno de los compromisos ofrecidos por las Recurrentes.

1.4. Magnitud Riesgos Unilaterales

En primer lugar, las Partes afirman que un índice de presión al alza en precios GUPPI es inferior a 5% sería evidencia suficiente de que una operación de concentración no tiene la aptitud para reducir sustancialmente la competencia, o al menos, de que la probabilidad de que se materialicen los riesgos es baja.

En relación con lo anterior, el tribunal coincide con la FNE en cuanto a que en Chile no existe un estándar fijo, umbral de concentración o porcentaje de incentivos al alza en precio que pueda predecir, por sí solo, si una operación daña o no significativamente la competencia.

Por lo tanto, el TDLC refuta que no es efectivo que la obtención de un GUPPI inferior a 5% u otro valor, sea concluyente respecto a que una operación de concentración no tiene aptitud para reducir sustancialmente la competencia en un mercado. Se agrega que tampoco se ha de condicionar o prohibir una operación de concentración por el mero hecho de que el GUPPI estimado sea superior a un determinado valor. Los antecedentes de una operación de concentración deben ser evaluados caso a caso, ponderando adecuadamente los elementos cualitativos y cuantitativos que den cuenta del grado de cercanía competitiva que pueda existir entre las Partes que se concentran.

2. Riesgos Coordinados

El TDLC analiza si la Operación produce o aumenta la capacidad y los incentivos de los agentes económicos para coordinarse y, si así, facilita o hace más probable que las firmas que continúen participando en el mercado se coordinen.

Para determinar si la Operación produce o aumenta la probabilidad de coordinación o la hace más eficaz a través del cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones: (a) la capacidad de alcanzar los términos de la coordinación; (b) la sostenibilidad interna de la coordinación, y (c) la sostenibilidad externa de la coordinación. Para esos efectos, se argumenta que no es necesario que la operación cumpla con cada una de las tres condiciones mencionadas, sino solo con algunas de ellas.

En cuanto a la capacidad de alcanzar los términos de la coordinación, lo cual se logra si hay un entendimiento común sobre sus objetivos. Los factores más relevantes para que se cumpla esta condición son: (i) el aumento del nivel de concentración en el mercado y simetría en las participaciones de mercado, ya que si existen menos participantes es más fácil lograr un entendimiento común porque se reducen los costos de transacción. Asimismo, la operación puede resultar en una distribución más simétrica de las participaciones de mercado, lo que hace más probable el equilibrio coordinado; (ii) existencia de puntos focales para la coordinación, como el grado de diferenciación de los productos o servicios ofrecidos por los actores que participan del mercado; (iii) aumento en la frecuencia y oportunidad de intercambios de información; y (iv) vínculos estructurales entre las firmas que participan del mercado.

En cuanto a la sostenibilidad interna de la coordinación, está se mantendrá siempre que el incentivo a mantener la coordinación sea mayor que a la de desviarse de éste. Lo anterior se traduce en (i) capacidad de monitorear el comportamiento de los rivales y (ii) si pueden reaccionar frente a una desviación de alguno de los partícipes de la coordinación.

Respecto a la sostenibilidad externa, los elementos que permiten o facilitan tal sostenibilidad se encuentran en la actuación de empresas no coordinadas, de competidores potenciales y de los clientes que pueden truncar el actuar coordinado. También favorece la eliminación de un competidor agresivo que puede desestabilizar la coordinación y en este caso el TDLC argumenta que se eliminará la presión que ejerce NMV, lo que facilitaría la sostenibilidad externa de un equilibrio coordinado.

El TDLC concluye que en caso de que se materialice la Operación supone cambios que permiten o hacen más probable y efectiva una coordinación entre Isapres en la provisión de planes de salud y aumenta la posibilidad de que tal coordinación sea sostenible en el tiempo.

3. Condiciones de entrada y expansión

El tribunal argumenta que los índices de precios utilizados por la FNE no reflejan las condiciones dinámicas de competencia, por lo que se hace necesario analizar las condiciones de entrada de nuevos competidores o la posibilidad de que los

incumbentes se reacomoden, para luego determinar si pueden impedir o contrarrestar los potenciales efectos anticompetitivos de la Operación.

La FNE define los siguientes elementos para evaluar la probabilidad de que un agente económico decida ingresar o expandirse al mercado de aseguramiento de salud privado en Chile:

- (i) Las barreras regulatorias, la FNE argumenta que las exigencias legales y regulatorias no serían tales para dificultar la entrada o expansión en el mercado.
- (ii) Los costos hundidos en que se debe incurrir para entrar o expandirse en el mercado, los cuales serían muy altos;
- (iii) La madurez del mercado, en donde se argumenta que no habría espacio para la entrada de un nuevo actor; y
- (iv) La incertidumbre regulatoria que afecta al sistema de aseguramiento privado de la salud, lo cual sería un factor muy importante para las condiciones de entrada y expansión.

El TDLC arguye que la existencia de barreras de entradas es cierta y descarta que la entrada de la Isapre Esencial pueda ser catalogada como oportuna y suficiente, por lo que los riesgos unilaterales y coordinados identificados persisten.

4. Eficiencias

El TDLC señala que es imposible verificar si se materializarán las eficiencias proyectadas por las Partes como consecuencia de la fusión. El fallo indica que *“la existencia de las eficiencias derivadas de una operación de concentración, así como la satisfacción de todas estas características –ser verificables, inherentes a la operación de concentración y aptas para compensar el mayor poder de mercado–, debe ser alegada y acreditada por las Partes notificantes en el proceso de investigación que desarrolla la FNE”* y luego descarta el cumplimiento de estos requisitos respecto de cada una de las eficiencias alegadas por las Partes.

5. Medidas de Mitigación

Las Partes ofrecieron las siguientes medidas para contrarrestar los efectos de los riesgos de la Operación:

- (i) “Banda Competitiva”, consistente en el congelamiento anual de precios de los planes en comercialización y la no adecuación de los planes en stock cuando la utilidad anual neta de la nueva entidad supere el 4% de su ingreso bruto anual;
- (ii) “Oferta mínima de planes”, consistente en la mantención del mismo rango vigente al momento de la materialización de la Operación para cada uno de los atributos de la calidad contractual, siendo los precios de los planes en comercialización equivalentes a los que presente el resto de sus competidores;

- (iii) La adopción del arancel Fonasa libre elección como arancel único de referencia en todos los planes nuevos que se comercialicen en el futuro, incorporando todas aquellas prestaciones de salud que actualmente las Partes contemplan, adicionales a las incluidas en el arancel Fonasa libre elección;
- (iv) La regulación del proceso de otorgamiento de licencias médicas;
- (v) Establecimiento de una “Defensoría del afiliado”, cuyo objeto sería el resguardo de los derechos e intereses de los afiliados en todas aquellas materias vinculadas a su relación contractual con la Isapre;
- (vi) Formación de un comité de casos especiales e innovación tecnológica cuyo objeto sería recibir, tramitar y evaluar las solicitudes referidas al otorgamiento de beneficios para coberturas no previstas en los Planes de Salud, entre otros;
- (vii) La mantención de la calidad de los servicios al cliente (red de sucursales, canales de venta digital, plazos de resolución y pago de reembolso *web* de prestaciones ambulatorias, *call center*, sucursal online y emisión de bonos ambulatorios en prestadores con contrato);
- (viii) Postergación de toda propuesta de modificación o término de los planes grupales no médicos vigentes de NMV; e
- (ix) Implementación de un programa de cumplimiento de libre competencia dentro de la entidad resultante, que contemple la designación de un supervisor de cumplimiento por un plazo a acordar con la FNE.

El TDLC coincide con la FNE en cuanto a que las medidas propuestas no son suficientes para restaurar la presión competitiva existente previo a la Operación, además de que son difíciles de monitorear, complejas de ejecutar e ineficaces para mitigar los riesgos de la Operación.

IV.DECISIÓN DEL TDLC

El TDLC rechazó el recurso de revisión especial, por lo que mantuvo la decisión de la FNE en cuanto a la prohibición de la Operación, ya que el tribunal concluyó que la Operación reducía de forma sustancial la competencia en los mercados afectados, razón por la cual se rechazó el recurso presentado en autos.