REPUBLICA DE CHILE
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
AGUSTINAS 853 PISO 2
SANTIAGO

006

C 1. 13 fs

TRIBUNAL DE DEFENSA
29 DIC 2009
DE LA LIBRE COMPETENCIA

EN LO PRINCIPAL: Formula Requerimiento contra Asociación Gremial de Trabajadores del Mar Independiente de la Caleta Punta de Choros A.G.
EN EL PRIMER OTROSI: Acompaña documentos.
EN EL SEGUNDO OTROSI: Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, domiciliado en esta ciudad, calle Agustinas N° 853, piso 2, Santiago, a ese H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 del Decreto Ley N° 211, y fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación expondré, formulo requerimiento en contra de la **Asociación Gremial de Trabajadores del Mar Independiente de la Caleta Punta de Choros A.G.**, Rol Único Tributario N° 72.104.600-1, en adelante la "Asociación", representada por su Presidente don Oscar Gamaniel Avilez Stuardo, ignoro profesión u oficio, cédula nacional de identidad N° 7.336.881-2, con domicilio en Manzana J, Sitio N° 45, Punta de Choros, Comuna de La Higuera, Región de Coquimbo.

La requerida ha infringido el artículo 3°, letra a) del Decreto Ley N° 211, al decidir y adoptar, en asamblea de asociados, una serie de conductas que constituyen acuerdos expresos entre agentes económicos que debiesen competir entre sí, para influir en la competencia del mercado del que forman parte.

Dichos acuerdos consisten en: la fijación de una tarifa única por la prestación de los servicios de transporte turísticos en lancha desde caleta San Agustín hacia la Reserva Nacional de Pingüinos de Humboldt (en adelante, "la

Reserva") y la aplicación de un sistema de turnos de salidas, el que fue elaborado por la propia requerida.

En definitiva, la Asociación se ha transformado 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 referidos acuerdos, actuando como una sola entidad económica, situación que le ha permitido acrecentar la posición dominante detentada en su calidad de administradora de la facilidad esencial (muelle San Agustín), e impedir, limitar y/o entorpecer la libre competencia. Tal conducta podría eventualmente generar la exclusión de operadores de este mercado, como a continuación se demostrará, al impedir que éstos realicen su actividad económica en forma libre y espontánea.

Los siguientes son los fundamentos jurídicos, económicos y fácticos del requerimiento:

I. LOS HECHOS

1. El día 7 de enero de 2009, la Asociación Gremial de Trabajadores del Mar Independiente de la Caleta Punta de Choros, aprobó por mayoría de votos, el "Reglamento Interno de Caletas Corrales y San Agustín para normar y organizar la realización de viajes turísticos en bote", en adelante e indistintamente "el Reglamento", redactado y aprobado por la referida Asociación Gremial, según consta en acta de esa fecha que se acompaña en un otrosí.

2. Mediante éste se estableció un sistema de tarifa única y uniforme aplicable a todos los agentes que desarrollan viajes turísticos en bote desde caleta San Agustín a la Reserva Pingüino de Humboldt, específicamente hacia Isla Damas y aledañas. Además se aprobó la implementación y aplicación de un sistema de turnos de salida entre todos los actores de este mercado, el que permitió un efectivo reparto de mercado entre los actores.

3. La tarifa única a público, se estableció en el artículo 9° del Reglamento, en el Capítulo denominado "Respecto a las tarifas", el que dispone: **"La A.G. de pescadores fijará las tarifas por embarque, la que será única y pública..."**.

4. Con fecha 07 de enero de 2009, en asamblea general se acordó una tarifa única de $7.000[1].

5. Hasta la aprobación del Reglamento, las tarifas en este mercado eran fijadas particularmente por cada uno de los lancheros autorizados para realizar la actividad, con quienes los turistas negociaban un precio, la que ascendía generalmente a $6.000 para los particulares; y entre $5.000 a $5.500 para las agencias turísticas, que compraban en mayor volumen. Del mismo modo, las salidas de las lanchas se producían conforme a la elección de los turistas.

6. Con fecha 27 de octubre de 2009, el gremio de pescadores acordó con algunas agencias de turismo las siguientes tarifas[2] por el traslado de turistas desde caleta San Agustín a la Reserva: mínimo $60.000, por una a seis personas; $70.000, de 7 a 10 pasajeros; $77.000 por el traslado de 11 pasajeros; y por 12 pasajeros, $84.000.

7. Por otra parte, para la implementación del sistema de turno acordado, la Asociación elaboró una lista en la que se fijó el orden de salidas de los operadores; es decir, cada embarcación zarpa desde el muelle de acuerdo a un orden preestablecido fijado por la propia requerida. Dicho acuerdo, en la práctica consistió en un verdadero reparto de mercado.

---

[1] Según declaración de Oscar Avilez Stuardo, Presidente de la Asociación Gremial. *"Esto (sistema de turno) se estableció el día 08 de enero de 2009 y el día anterior se acordó la tarifa de $7.000, en una asamblea general".*

[2] Información aportada por Guillermo Barrera Guerrero, operador y propietario de embarcaciones que prestan servicios en la zona, mediante correo electrónico remitido a esta Fiscalía, con fecha 03 de noviembre de 2009.

8. Según antecedentes tenidos a la vista por esta Fiscalía, la finalidad del mismo no fue sólo ordenar la salida de las embarcaciones, sino también que cada agente obtuviese beneficios equivalentes[3] y que se evitase que cualquier particular pudiere ingresar a este mercado[4].

9. La Asociación plasmó el sistema de turnos específicamente en el artículo 7° del referido Reglamento, el que dispone:

"a) La flota de botes disponibles para viajes turísticos deberán estar inscritos en la lista de asignación de turnos de la caleta para la temporada de verano 2008-2009.
b) Previo a la temporada de viajes turísticos, se definirá el orden de la lista mediante sorteo público en la sede de la Asociación Gremial.
c) La asignación de turnos para efectuar viajes turísticos será correlativa según el número asignado en esta lista, el cual regirá por la temporada 2008-2009. Este orden solo se alterará por ausencia de los botes que le corresponde su turno o castigo que le sea asignado.
d) En casos que no esté presente el bote que le corresponda el turno, avanzará al número siguiente de la lista, hasta que se encuentre un bote disponible para prestar servicio."

10. Para resguardar el cumplimiento de los turnos de salidas, se implementó un sistema de control ejecutado por el administrador de la Asociación, quien es el encargado de velar por el cumplimiento de éstos y controlar que no se trasladen más de 12 pasajeros[5] por bote; si así ocurre, él recauda el ingreso extra reportado por el eventual traslado de un número superior al acordado. El excedente es entregado por el administrador a aquella embarcación que zarpó con un número inferior a 12 pasajeros.

---

[3] *"La idea fue ordenar el cuento y que todos ganáramos lo mismo."* Declaración de Osvaldo Cortés Pizarro, Secretario de la asociación gremial, de fecha 08 de mayo de 2009.
[4] *"El ordenamiento del sistema había que hacerlo, pues se evitó el acoso a los turistas, se evitó el mal compañerismo, el objetivo fue evitar que cualquier particular ingresara al mercado, con esta premisa fue presentado el reglamento o acuerdo a los asociados.",* Declaración de Guillermo Barrera, de 24 de febrero de 2009.
[5] Número máximo de pasajeros transportable (12) fue fijado por la autoridad marítima en enero de 2009 con posteridad a la implementación del citado Reglamento.

11. Si bien en general, los referidos acuerdos han sido cumplidos tanto por los asociados como por los no asociados; no han estado exentos de controversia y oposición. El principal detractor de éstos es el señor Guillermo Barrera Guerrero, uno de los socios fundadores de la actividad turística en este mercado, quien ha sido directamente perjudicado por los acuerdos señalados, ya que el sistema de turnos impuesto por la Asociación le ha impedido cumplir los compromisos con sus clientes (las agencias de turismo), causándole un gran perjuicio económico.

12. Según dichos del señor Barrera, éste ha sido objeto de conductas "matonescas", consistentes en la obstaculización e impedimento del uso del muelle por parte de los asociados. Tales hechos ocurrieron el domingo 05 de abril de 2009, cuando trató de embarcar a un grupo de turistas con quienes había negociado a través de la Agencia Talinay Adventure de La Serena, lo que fue impedido por los demás boteros quienes le obstaculizaron el acceso al muelle. El fundamento de esta conducta, fue que no le correspondía el turno; razón por la cual los turistas debieron trasladarse en otra embarcación, pese al reclamo e insatisfacción de la agencia y los turistas, quienes tuvieron que someterse al sistema.

13. La fuerte oposición del señor Barrera al sistema ha provocado que, en asamblea de 6 de mayo de 2009 se acordara su expulsión, la que a la fecha no se ha hecho efectiva, ya que no se le ha notificado formalmente mediante carta certificada, en espera de lo que se resuelva respecto de la investigación efectuada por esta Fiscalía.

14. Producto de las situaciones descritas, los turistas, usuarios finales del sistema, se han visto perjudicados al elevarse el precio del servicio[6] e imponérseles una tarifa única, no competitiva; eliminándose la posibilidad de negociar

[6] Hasta el verano 2008-2009, todos cobran $7.000.

libremente la tarifa que desean y pueden pagar, así como también la opción de decidir la calidad del servicio a contratar.

15. El nuevo sistema de turnos también ha perjudicado a las agencias turísticas, dado que les impide seleccionar previamente la embarcación con que prefieren contratar, por lo que -en definitiva- no pueden asegurar a los turistas un determinado nivel o estándar de calidad o comodidad en el transporte en lancha.[7]

16. Cabe hacer presente que como consecuencia de lo anterior, se han generado reclamos de las agencias turísticas ante distintas autoridades: Capitán de Puerto, Servicio Nacional de Turismo (Sernatur), etc. e incluso a lo menos una de éstas ya ha dejado de prestar sus servicios motivada por la situación mencionada, según señaló el Director (S) de Sernatur de la Región de Coquimbo: "*Actualmente una de las agencias ha suspendido sus viajes a Punta de Choros desde que empezó este sistema de turno.*" [8]

17. Por último, cabe señalar que la imposición del Reglamento ha entorpecido y limitado el derecho consagrado en nuestra Carta Fundamental, artículo 19, N° 21[9]; específicamente respecto de un asociado, quien ha visto anulada su iniciativa personal, al ser obligado a seguir el sistema descrito, el cual le ha impedido programar los viajes y responder a los requerimientos de sus clientes (principalmente, agencias de viajes).

---

[7] Carta remitida a Sernac por Agencia de Turismo More Tour, de enero de 2009.
[8] Declaración Aldo Carpanetti, Director (S) de Sernatur, Región de Coquimbo, de fecha 31 de julio de 2009.
[9] El que asegura a todas las personas: "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que las regulen".

II. LA INDUSTRIA

II. 1. Descripción de la Industria

18. En Chile, las actividades turísticas aportaron en 2006, en total, el equivalente al 3,05% del PIB[10]. Entre estas actividades, se cuentan servicios de transporte de pasajeros, restaurantes, hoteles y otros servicios.

19. Dentro de la variedad de servicios turísticos ofrecidos en nuestro país, se encuentran las visitas a los sitios que están dentro del llamado *Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas por el Estado* (Snaspe), que agrupa a los parques nacionales, reservas nacionales[11] y monumentos naturales declarados como tal a lo largo del territorio nacional.

20. Una de las reservas que recibe un alto número de visitantes es la Reserva Nacional de Pingüinos de Humboldt. Según datos de la Corporación Nacional Forestal (Conaf), en el año 2008 dicha reserva recibió el 2% de las visitas totales a las áreas Snaspe, y el 56% de las visitas de la Región de Coquimbo.

21. La Reserva Nacional de Pingüinos de Humboldt involucra tres islas: Choros y Damas, ubicadas en el extremo norte de la IV Región, y Chañaral de Aceituno, que se ubica en la III Región, con acceso desde la Caleta Punta de Choros, desviándose aproximadamente 45 kilómetros desde la carretera norte-sur al poniente, a la altura de la localidad de Los Choros[12].

---

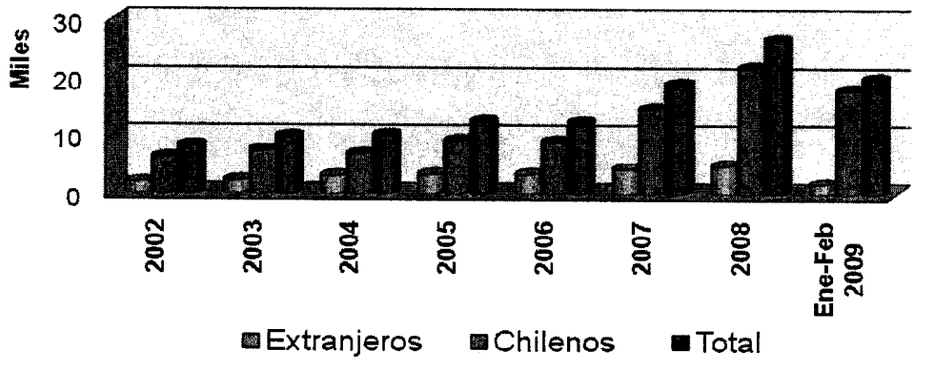
[10] http://www.sernatur.cl/institucional/archivos/estadistica/anuarios/2007.pdf

[11] Se llama Reserva Nacional al área cuyos recursos naturales es necesario conservar y utilizar con especial cuidado, por la susceptibilidad de éstos a sufrir degradación o por su importancia en el resguardo del bienestar de la comunidad. Tiene como objetivo la conservación y protección del recurso suelo y de aquellas especies amenazadas de flora y fauna silvestre, a la mantención de o mejoramiento de la producción hídrica y la aplicación de tecnologías de aprovechamiento racional de éstas. www.conaf.cl

[12] Distante a 75 kilómetros de la ciudad de La Serena, perteneciente a la comuna de Las Higueras, Región de Coquimbo.

22. En el período 2002-2008 el número de visitantes a la Reserva se ha triplicado[13], creciendo a tasas promedio del 50% sólo durante los dos últimos años.

Gráfico N° 1
Número anual de visitantes a la Reserva Nacional de Pingüinos de Humboldt, según procedencia (Desde 2002 a febrero de 2009)



Fuente: Conaf.

23. El Gráfico N° 1 muestra que en el año 2008 visitaron esta reserva 26.625 turistas (82% chilenos), mientras que el año 2002 sólo la habían visitado 8.186 personas.

24. La visita a la Reserva es ofrecida en forma de "paseo" por los pescadores de la Caleta de Punta de Choros, en lanchas de alrededor de 8 metros de eslora, cuya capacidad máxima permitida es de 12 pasajeros a bordo[14].

25. Al respecto, cabe señalar que los aludidos botes, en su mayoría, son embarcaciones pesqueras que se adaptan para fines turísticos en los meses de alta demanda. La mayoría de éstos son de madera, algunos de fibra de

[13] A modo de referencia, el número de visitas total del país a las áreas pertenecientes al SNASPE ha crecido sólo un 70% en igual período.
[14] Hasta Marzo del presente año, la autoridad marítima fijaba el límite de pasajeros en 12 personas, recientemente cambió el número máximo de pasajeros a las especificidades técnicas de cada bote.

vidrio y sólo 2 de ellos[15] presentan diferencias notables en cuanto a calidad, capacidad, comodidad y seguridad de los pasajeros.

26. El viaje mencionado tarda alrededor de dos horas. Comienza con el zarpe del bote desde el muelle San Agustín en dirección a Isla Choros, y posteriormente a Isla Damas, donde se permite desembarcar alrededor de 30 minutos, para luego regresar al muelle.

27. Conaf autoriza el ingreso a la referida Reserva previo pago de $1.600 por adulto y $600 por niño. Además, los turistas deben cancelar la correspondiente tarifa por persona a los lancheros, por su traslado en el bote.

28. Estos servicios son demandados principalmente en la época de verano, en su mayoría por turistas nacionales que descansan en zonas aledañas y acuden a visitar la Reserva.

29. Paralelamente, existen en la Región de Coquimbo alrededor de diez agencias de viajes que ofrecen el referido paseo a la Reserva, dentro de un *tour* que incluye el traslado desde la ciudad de La Serena o Coquimbo, actuando como intermediarios entre los turistas y los lancheros. El valor de dicho tour promedia los $28.000.

30. Según estimaciones de uno de los operadores turísticos[16], alrededor del 30% de las veces los turistas que visitan la Reserva lo hacen a través de una agencia de viajes.

[15] Estas embarcaciones son: 1) Higlander El Inmortal, el que se caracteriza por ser un bote a motor, de fibra de vidrio, de 9,2 eslora, con capacidad para 26 pasajeros. 2) Docen Aaron el Regreso, de similares características. Ambas embarcaciones pertenecen a don Guillermo Barrera Guerrero, asociado en trámite de expulsión.
[16] Estimaciones de don Guillermo Barrera G.

II.2 Regulación del Mercado

31. En la especie, la normativa aplicable es variada siendo la actividad de la Asociación Gremial de Trabajadores del Mar Independiente de la Caleta Punta de Choros fiscalizada por diferentes organismos estatales, como la Dirección de Obras Portuarias del Ministerio de Obras Públicas, la Dirección Regional del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (Directemar) y el Servicio Nacional de Pesca (Sernapesca).

32. Según sus Estatutos, la Asociación gremial requerida tiene por objeto, entre otros, *"promover la racionalización, desarrollo, progreso, perfeccionamiento técnico y protección de las actividades que son comunes a los asociados y* ***que están relacionadas con la actividad pesquera artesanal***" (artículo 4°, letra b).

33. Fue en consideración a su calidad de Asociación Gremial de Pescadores, que la Dirección de Obras Portuarias, con fecha 13 de julio de 1998, entregó a la requerida provisoriamente la administración, conservación, mantención, mejoramiento y limpieza de la Caleta Pesquera San Agustín-Punta de Choros.

34. En relación a lo anterior, cabe hacer presente que en el sector de Punta Choros existen dos muelles, San Agustín y Los Corrales. El primero es el único desde donde se puede embarcar y por lo tanto, realizar las actividades de transporte turístico hacia la Reserva, ya que según declaró el Capitán de Puerto, Antonio Garriga Varela, a esta Fiscalía, el muelle Los Corrales no está autorizado.[17]

35. Gracias a esta concesión la Asociación adquirió a través de su Consejo de Administración las siguientes obligaciones y atribuciones: el control de la adecuada operación de las instalaciones portuarias existentes en la Caleta

[17] Acta de declaración de Antonio Garriga Varela, de fecha 10 de junio de 2009.

San Agustín, la conservación, mantención, mejoramiento y limpieza del sector; además de tener la responsabilidad de cancelar dichas tareas, para lo cual se obtendrán los fondos con el cobro de tarifa por concepto de: entrada a la caleta, entrada al muelle, comerciantes, varadas, uso de pañoles, etc[18].

36. Por otra parte, la requerida también es fiscalizada por Sernapesca, organismo encargado de aprobar el Programa de Gestión que deben presentar las organizaciones de pescadores artesanales, a las que se les conceda la concesión de las instalaciones portuarias, con el objeto amparar actividades propias de la pesca artesanal o implementar mejoras fiscales portuarias y de apoyo a la pesca artesanal, como ocurre en la especie. Dicho servicio aprobó el Programa de Gestión elaborado por la Asociación, mediante las Resoluciones N° 083 y 084, el 28 de mayo de 2007.

37. Por último, la Asociación en cuanto ejerce la actividad turística y de pesca, es fiscalizada por la Dirección Regional del Territorio Marítimo y de Marina Mercante (Directemar), organismo de la Armada de Chile, mediante el cual el Estado cautela el cumplimiento de las leyes y acuerdos internacionales vigentes, para proteger la vida humana, el medio ambiente, los recursos naturales y regular las actividades que se desarrollan en el ámbito de su jurisdicción, con el propósito de contribuir al desarrollo marítimo de la Nación.

38. En la especie, Directemar es el responsable de controlar la calidad y calificación de las embarcaciones, número de pasajeros que pueden embarcar en ellas, así como las condiciones del personal que las maneja y fijar instrucciones de seguridad, horarios y límite del sector bahía Punta de Choros, para la operación de botes fleteros turísticos que operan en su jurisdicción.

[18] Acta de Entrega Provisional, Caleta Pesquera San Agustín – Punta de Choros, de 13 de julio de 1998, firmada por los representantes de la Asociación, Director Regional de Obras Portuarias y Ministro de Obras Públicas de la época.

III. EL MERCADO RELEVANTE

39. La Fiscalía Nacional Económica entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado[19].

40. En la especie, el mercado relevante corresponde al transporte de pasajeros en lancha con fines turísticos desde la caleta de San Agustín ubicada en la localidad de Punta de Choros, Región de Coquimbo, hacia la Reserva Nacional de Pingüinos de Humboldt, y posterior regreso.

41. Dicho mercado relevante afecta directamente a las agencias turísticas, como intermediadoras de los servicios de transporte antes referidos, y a cualquier tercero que, cumpliendo con la legislación y la reglamentación especial aplicable a estos servicios, potencialmente pueda emprender esta actividad.

42. Como es de presumir, no es posible detectar sustitutos a estos servicios, dado que el paseo turístico a la Reserva Nacional de Pingüinos de Humboldt sólo se realiza en lancha y desde el muelle San Agustín, que es la única vía autorizada para realizar viajes turísticos con destino a dicha Reserva, según consta en declaración ante esta Fiscalía del Capitán de Puerto de Coquimbo, don Antonio Garriga Varela, el que con fecha 10 de junio de 2009, señaló: "*No existen alternativas para hacer actividad turística por otras caletas, en forma segura, sólo se puede realizar ésta desde el muelle San Agustín, Caleta Punta de Choros, porque es el único muelle de embarque*".

[19] Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, Fiscalía Nacional Económica, www.fne.gob.cl

IV. CONCENTRACIÓN DE MERCADO

43. A enero de 2009 este mercado competían 38 embarcaciones[20], autorizadas por Directemar[21], las que pertenecen a 36 pescadores, entre asociados y no asociados, los que también han debido acatar los acuerdos, y que ofrecen servicios turísticos en la localidad de Punta de Choros. El 84% de las lanchas pertenecen a miembros de la Asociación.

44. En la práctica, según información aportada por la misma requerida[22], en la temporada enero/febrero 2009 se realizaron un total de 1.888 salidas o zarpes, ofreciendo sus servicios sólo 26 lanchas[23].

45. Tal como indica la Tabla N° 1, el 89% de los zarpes a la Reserva se realizó bajo el alero de la referida Asociación, lo que le permitió concentrar igual porcentaje de mercado.

Tabla N° 1

Participación de Mercado

(En número de salidas por lancha, enero-febrero 2009)

Dueño	Número Lanchas	Número Salidas	Participación
Socio	23	1.673	89%
No Socio	3	215	11%
Total	**26**	**1.888**	**100**

Fuente: Elaboración propia, a partir de información aportada por la requerida.

[20] La estimación se realiza asumiendo que existen 6 lanchas para las cuales no se tiene información de propiedad y se asume que, igual que la mayoría de las lanchas, pertenecen a distintos particulares.
[21] P.Coq. Ord. N° 12.600/65/8 de fecha 19 de Enero de 2009. Directemar-Armada de Chile.
[22] Antecedentes aportados por los asociados en declaración efectuada el 08 de mayo de 2009, en la ciudad de La Serena ante funcionarios de esta Fiscalía.
[23] Cinco de ellas no aparecen en el registro de lanchas autorizadas.

V. CONDICIONES DE ENTRADA

Barreras a la entrada

46. La Fiscalía Nacional Económica entiende por barreras a la entrada el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar.

47. Como se ha indicado, el mercado relevante consiste en los servicios de transporte turístico (en lancha) prestados desde la caleta de San Agustín hacia y desde la Reserva Nacional de Pingüinos de Humboldt. Según se dijo anteriormente en la caleta San Agustín se encuentra ubicado el único muelle desde donde pueden embarcar y desembarcar las lanchas que prestan los referidos servicios, configurándose éste en una facilidad esencial para desarrollar la actividad turística en el mercado señalado.

48. Este muelle cumple con los requisitos establecidos por la doctrina para ser considerado una facilidad esencial[24]: (i) es necesario para el zarpe de las lanchas; (ii) no es económicamente viable construir otro muelle; (iii) no es sustituible, pues no existen otros muelles ni lugares de zarpe autorizados; y (iv) tiene capacidad disponible: pese a ser un muelle que en la práctica cuenta con un sólo andén de carga de pasajeros, al menos en teoría, nuevos operadores podrían ofrecer sus servicios.

49. Al respecto, ese H. Tribunal ha señalado en su Sentencia N° 76/2008, Considerandos Vigésimo cuarto y Vigésimo quinto, lo siguiente: "(...) *puesto que no existen alternativas para las empresas que* –como GTD- requieren atravesar la vía férrea para desarrollar su actividad, *EFE tiene una clara posición dominante en dicho mercado (...)"* Vigésimo quinto: "*Que, en consecuencia, y dado que los atraviesos de la faja vía constituyen a lo menos insumos indispensables para las empresas de telecomunicaciones que –como*

[24] Massimo Motta (2004), "Competition Policy Theory and Practice", Cambridge University Press

GTD- no pueden prescindir de ella para desarrollar su actividad económica, EFE podría abusar de una posición dominante[25]".

50. En la especie, los agentes del mercado analizado no pueden prescindir del muelle San Agustín para desarrollar su actividad económica.

51. Esta situación se ha constituido en una verdadera barrera a la entrada en dicho mercado, entorpeciendo e incluso llegando a impedir los servicios de todo aquel que pretenda prestarlos sin acatar las instrucciones impuestas por la Asociación[26].

52. Por último, como se señaló anteriormente, si bien cualquier interesado puede construir un muelle, en la práctica, esto es poco factible, debido principalmente a tres factores: a) excesivo tiempo de tramitación de los permisos y documentación (entre uno y cinco años)[27], b) reducido tamaño del mercado y c) ventaja en costos de los actuales usuarios del muelle San Agustín, dado que fue construido por el Estado sin incurrir en costos la requerida, otorgando su administración, conservación y mantención a ella, y originalmente destinado para actividades extractivas.

VI. LA CONDUCTA

53. A juicio de esta Fiscalía la requerida ha infringido el artículo 3°, letras a) del Decreto Ley N° 211 que sanciona todo acto, hecho o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, dentro de los cuales considera todo tipo de acuerdos o prácticas concertadas entre competidores que tengan por objeto, entre otros: i) fijar precios, y/o ii) repartirse cuotas de mercado.

---

[25] El subrayado es nuestro.
[26] Basta con hacer referencia a la situación vivida por el señor Barrera, descrita en los hechos de esta presentación.
[27] La tramitación de las solicitudes de concesión marítima se encuentra regulada en el Reglamento de Concesiones, artículos 25 a 31. El tiempo real de tramitación de ésta fue señalado por el Capitán de Puerto de Coquimbo.

54. Dichos acuerdos, adoptados en el seno de la asociación gremial, han permitido a la requerida fijar tarifas y turnos entre competidores, acrecentando de esta manera su posición dentro del mercado, ya que gracias a la coordinación de sus miembros, ha actuado como una entidad económica con posición dominante, aplicando tales acuerdos sin mayor contradicción, distorsionando de esta forma el mercado y perjudicando a los agentes y usuarios de éste.

55. Como ya se señaló, los acuerdos de tarifas y turnos adoptados fueron plasmados en el "Reglamento Interno de Caletas Corrales y San Agustín para normar y organizar la realización de viajes turísticos en bote", específicamente en los artículos 9 y 7, letras a, b, c y d del Reglamento, anteriormente citados[28]

56. Respecto del sistema de turno acordado, cabe señalar que durante los meses de enero y febrero del año 2009[29], los operadores turísticos de la caleta realizaron 73 salidas en promedio, número casi idéntico entre cada uno de ellos, tal como evidencia la Tabla N° 2.

Tabla N° 2

Número de salidas de lanchas desde Muelle San Agustín por operador.

(enero - febrero 2009)

Embarcación	Operador	Registro de socio	Número de Salidas
El Águila	Carlos Flores P.	Sí	74
El Regreso del Mohicano	Carlos Trigo F.	Sí	74
My Ángel	Cristian Cortés C.	Sí	74
Chico López*	Daniel Veliz V.	Sí	71
Nicolás	Emerson Cortés C.	Sí	76
Demián	Eugenio Vergara V.	Sí	70
Gracias Señor	Guido Bolbarán R.	Sí	72
Doncán Aarón	Guillermo Barrera G.	Sí	72
Highlander	Guillermo Barrera G.	Sí	74

[28] Remítase a los párrafos N°3 y 9 del presente requerimiento.
[29] Para la elaboración de la Tabla N°2 se consideraron las salidas de las embarcaciones desde el 08 de enero de 2009 a 28 de febrero del año en curso; por consiguiente, ésta refleja el efecto de la aplicación del Reglamento en el mercado.

Guerrero del Ártico	Hernán Vergara R.	Sí	70
El Mago	Hugo Céspedes R.	Sí	72
Benjamín I*	Jaime Piñones G.	Sí	73
Mutante III	Juan Rojas C.	Sí	75
Condorita	Juan Vergara V.	Sí	74
Diego	Julio Veliz M.	Sí	75
Antonia Anais	Marco Molina T.	Sí	74
Karlita*	Miguel Lobos S.	Sí	71
Pelessiño	Pablo Piñones G.	Sí	73
Francis Drake	Raúl Flores F.	Sí	72
Argos II	Ricardo Vergara P.	Sí	70
Scarface	Richard Bugueño G.	Sí	73
Tío Víctor*	Víctor Flores J.	Sí	74
Mutante II	Washington Rojas V.	Sí	70
Jacks Parrow*	**s/ información**	**No**	**69**
Chango 1	**s/ información**	**No**	**74**
Pinky II	**s/ información**	**No**	**72**
Promedio			**73**

* No aparece como nave autorizada, en nómina de Directemar de 19 de enero de 2009.

Fuente: Elaboración propia, a partir de información aportada por la requerida.

57. Como se puede apreciar, en la especie, se produce un efectivo reparto de mercado, dado que cada socio transporta el mismo número de pasajeros (12) y cobra una tarifa única de $ 7.000 por persona durante el verano de 2009.

58. Cabe destacar que la requerida, además ha implementado un mecanismo de control o monitoreo de este sistema, a cargo del administrador de la Asociación, quien lleva una nómina de las salidas de cada lancha, con el número de pasajeros transportados, informando a la Asociación en el evento de que alguna de ellas no cumpla con las condiciones fijadas por ésta. Así, en aquellos casos en que excepcionalmente se transporta más de 12 pasajeros, el dinero extra es recaudado por el referido administrador y se entrega el excede a la lancha que zarpó con menos de 12 pasajeros, generándose un sistema de compensación.

59. Cabe indicar que además se ha aplicado castigo al disidente del acuerdo, el señor Guillermo Barrera Guerrero, quien fue expulsado de la Asociación, en asamblea de fecha 6 de mayo de 2009, específicamente por no haber

cumplido con el deber de: "*Acatar los acuerdos que adoptan el directorio y las asambleas generales*" (artículo 8, letra b de sus Estatutos), privándosele de sus derechos como asociados respecto de la cuota de extracción de moluscos, a pesar de que éste no ha sido formalmente notificado de la expulsión.

60. Como se señaló, los acuerdos mencionados no han sido objetados por los agentes de este mercado, debido a que la Asociación planteó tales medidas como una forma de ordenar el mercado y una necesidad de prevenir y/o evitar el eventual ingreso de otros competidores al mismo.

61. Esta situación se podría entender, a priori, si se considera que la requerida a través de su Consejo de Administración del referido muelle, dentro de sus facultades de administración, conservación y mantención, está facultada para cobrar por el uso de éste, lo que la sitúa en una posición estratégica para la ejecución de los acuerdos mencionados.

62. Lo anteriormente señalado, unido al exiguo número de no asociados que participan en este mercado (3), explicaría la adopción de dichos acuerdos por parte de éstos, sin objeción alguna; a pesar de no haber participado en la sesión en que se acordaron.

63. La idoneidad y efectividad del acuerdo queda aún más de manifiesto al considerar la posición dominante detentada por la Asociación en el mercado relevante analizado, derivada de la administración exclusiva que se le ha otorgado de la caleta San Agustín, situación que le permite establecer condiciones a todas luces reprochables e ilegítimas.

64. En conclusión, el Reglamento elimina la competencia entre los otrora competidores (lancheros asociados y no asociados), coartando toda iniciativa individual para diferenciarse entre sí por factores como precio y calidad. De este modo, el sistema actúa -en la práctica- como un verdadero monopolio, sin

que haya competencia alguna entre los oferentes, ni posibilidad para los usuarios de elegir la embarcación que más les acomode por calidad, precio u horario de salida.

65. Además, según se demostrará durante el proceso, como consecuencia de la aplicación del Reglamento, el señor Barrera ha perdido clientes y la opción de ejercer libremente su derecho a desarrollar esta actividad turística.

VII. EL DERECHO

66. La Asociación Gremial de Trabajadores del Mar Independiente de Caleta Punta de Choros, fue constituida en el año 1999, debiendo regirse por sus Estatutos y las disposiciones de los Decretos Leyes N° 2.757 (1979) y 3.163 (1980). Está compuesta por 158 socios activos, con 77 embarcaciones de pesca propiamente tal y 37[30] embarcaciones dedicadas al transporte turístico.

67. El objeto de esta Asociación es, entre otros: "promover la racionalización, desarrollo, progreso, perfeccionamiento técnico y protección de *las actividades que son comunes a los asociados y que están relacionadas con la actividad pesquera artesanal*" (artículo 4°, letra b, de sus Estatutos).

68. Agrega el artículo 7° de sus Estatutos que: "Tienen carácter de activo las personas naturales o jurídicas, *cuyas actividades sean directamente relacionadas con la pesca artesanal*, que soliciten su ingreso a la Asociación mediante solicitud..."

69. Es en virtud de tal calidad, que la referida Asociación detenta un permiso provisorio sobre las instalaciones portuarias existentes en la Caleta San Agustín, teniendo como obligación, entre otras: velar por el cumplimiento del Programa de Conservación y Mantenimiento de las obras concedidas,

[30] Según Lista de socios de la Asociación Gremial de trabajadores del Mar Independientes Caleta Punta de Choros, vigente al año 2009, remitida por esta entidad con fecha 17 de junio de 2009.

proponer a la Dirección de Obras Portuarias, las obras, programas y planes anuales de mejoramiento, ampliación, conservación y reinversión de la infraestructura, velar por el buen funcionamiento y adecuado uso de las instalaciones, equipos y servicios.

70. Dicho Programa faculta a la requerida, a proposición de su Consejo de Administración, para aprobar tarifas por el uso de la infraestructura y, por la prestación de servicios para solventar los costos derivados del uso integral de la infraestructura.[31] En ejercicio de tal calidad, la Asociación ha fijado una tarifa de $5.000 por salida realizada por aquellos agentes del mercado que no pertenecen a la asociación (desembarque de pesca externo). De igual modo, la Asociación ha establecido el siguiente Régimen Tarifario por concepto de entrada de vehículos (turistas-minoristas ($500), camionetas con pesca ($1.000), camiones con pesca ($3.000), abastecimientos de agua, acceso mar socio, uso infraestructura diaria no socios (guardar equipos, embarcaciones), etc[32].

71. Cabe hacer presente que la requerida sólo está facultada para aprobar tarifas y fijar modalidades de cobro y reajustes, referente al uso de la infraestructura y a la prestación de servicios para solventar los costos derivados del uso integral de ésta, como ocurre en los ejemplos señalados; **mas no para fijar precios a las actividades desarrolladas por particulares con fines propios**.

72. Al establecer una tarifa uniforme por los servicios de traslado turísticos en lanchas hacia la Reserva, la requerida ha actuado fuera de las facultades concedidas, ya que éstas sólo la facultan para el cobro de tarifas por concepto

[31] Programa de Conservación Caleta Pescadores Artesanales de San Agustín, elaborado por la Dirección Regional de Obras Portuarias, IV Región, 2006, punto 7.
[32] Según consta en el Programa de Gestión Caleta Pesquera Punta de Choros, Los Corrales, elaborado por el consultor, Leandro Sturla F., agosto 2005.

de entrada a la caleta, entrada al muelle, comerciantes, varadas, uso de pañoles, etc, de acuerdo a lo dispuesto en el Acta de Entrega Provisional.

73. En otras palabras, la Asociación, al fijar el cobro de una tarifa única a público por los servicios de transporte turístico marítimo desde la referida caleta San Agustín, actúa fuera del ámbito de sus facultades, regulando de este modo los ingresos percibidos por cada empresario particular (transportista o agente turístico).

74. Como se aprecia, H. Tribunal, las facultades concedidas a la referida Asociación, cuyo origen data de su actividad de pesca artesanal y no turística, en absoluto la habilitan para regular las actividades comerciales que se desarrollan en ella.

75. Cabe hacer presente, además, que sin perjuicio que el Decreto Ley N° 2757, sobre asociaciones gremiales, prohíbe a éstas desarrollar las actividades empresariales propias de sus asociados, ese H. Tribunal ha manifestado con meridiana claridad que: "*con independencia de la naturaleza y fines que un ente pueda tener –sea público o privado-, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo, pues lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos escasos*[33]".

76. En el mismo tenor, el Considerando Quinto de la Sentencia N° 82/2009 señala que: "*debe tenerse presente que las asociaciones gremiales, asociaciones de empresas o colectividades gremiales de cualquier tipo, ya sea en cuanto*

[33] Sentencia N° 82/2009. del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Considerando Segundo.

partícipes de la actividad económica o en cuanto ordenadores, coordinadores o aglutinadores del comportamiento competitivo de sus asociados, no pueden sustraerse del cumplimiento de aquellas normas que, precisamente, velan por el mantenimiento de la competencia en los mercados en los que intervienen".

77. Si bien la requerida podría intentar justificar la imposición de las medidas mencionadas en este libelo, en el ordenamiento del mercado y en un supuesto actuar a favor de los turistas y de la propia actividad y convivencia entre sus asociados; la Asociación de modo alguno puede ni debe sustraerse del cumplimiento de aquellas normas que, precisamente, velan por la competencia en los mismos.

78. Confirmando lo anterior, la propia Corte Suprema ha sostenido, en el Considerando Tercero de la Sentencia N° 1856-09, que: "*... el artículo tercero incluye como sujeto partícipe de estas conductas a cualquier persona o entidad, por cuanto utiliza las expresiones El que, de modo que la requerida no puede escudarse en su calidad de Asociación Gremial para pretender estar excluida de reproche, de lo contrario para burlar los efectos de la ley, bastaría simplemente constituir una asociación gremial para obtener impunidad*".

79. Más aún, la misma Sentencia, en su Considerando Quinto señala que: "*... la Asociación Gremial en la forma como operó se transformó 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 diversos acuerdos que dejaron plasmados en sus respectivas actas y que motivaron el requerimiento y posterior sanción. Es por ello que se la castiga, por cuanto es la Asociación la que aunó a sus integrantes para en conjunto actuar contra un tercero, y si bien en el ámbito jurídico la referida entidad es una sola, ella reunió la voluntad de sus asociados para lograr su objetivo*"; concluyendo que: "*con su actuar Interbus sustituyó las condiciones naturales de competencia que se habrían dado de haber podido actuar sus socios de manera*

independiente, y estableció mecanismos de coordinación y fiscalización que objetivamente distorsionaron la competencia en el mercado relevante, al adoptar los sistemas de rotación y de ponderación cuyo objeto..." (Considerando Segundo).

80. En los hechos, es evidente que la asociación gremial requerida no sólo realiza una actividad empresarial (servicio de transporte turístico), actuando como principal oferente de tales servicios, sino que además incide y distorsiona el mercado relevante, abusando de su posición dominante alcanzada mediante los referidos acuerdos, al fijar precios de los servicios de transporte turístico e imponer tanto a asociados como no asociados, un sistema de turnos que genera un efectivo reparto de mercado.

81. Tal comportamiento da cuenta de claras conductas anticompetitivas, materializadas mediante la ejecución de estrategias de naturaleza comercial, coordinada y/o acordada por los asociados al interior y amparo de la requerida, destinadas a afectar y entorpecer no sólo la actividad de los propios asociados, sino también la de otros agentes que prestan servicios dentro de este mercado.

82. Estas conductas son expresamente sancionadas por el artículo 3°, letra a) del Decreto Ley N° 211, que sanciona *"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."*

POR TANTO, con el mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes, 26 y 39 del Decreto Ley N° 211; artículos 1°, 11 y 26 del Decreto Ley N° 2.757, y demás normas aplicables,

A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por deducido requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Trabajadores del Mar Independiente de Caleta Punta de Choros A.G., ya individualizada; acogerlo a tramitación y, en definitiva, declarar que la requerida ha infringido la letra a) el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en los términos expuestos en esta presentación, y aplicar las siguientes medidas:

1) Que se ordena a la requerida el cese inmediato de las prácticas reprochadas en autos y de toda otra que tenga por objeto o efecto distorsionar el mercado;

2) Que se aplica a la requerida una multa consistente en 75 Unidades Tributarias Anuales, o la que ese H. Tribunal se sirva fijar,

3) Que se ordena la remisión de los antecedentes al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, a fin de que fiscalice los hechos de su competencia descritos en este requerimiento y aplique las medidas que estime pertinentes. Y,

4) Que se condena en costas a la requerida.

PRIMER OTROSÍ: Sírvase ese H. Tribunal tener por acompañados, bajo el apercibimiento del artículo 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, los siguientes documentos:

1) Copia de los Estatutos de Constitución de la requerida, de fecha 6 de agosto de 1999.

2) Copia del "Reglamento Interno de Caletas Corrales y San Agustín para normar y organizar la realización de viajes turísticos en bote", aprobado en Asamblea de asociados, de 7 de enero de 2009.

3) Copia de acta de reunión de la Asociación de fecha 7 de enero de 2009.

REPUBLICA DE CHILE
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
AGUSTINAS 853 PISO 2
SANTIAGO

4) Copia de Acta de entrega Provisional, Caleta Pesquera San Agustín- Punta de Choros, emitida por la Dirección de Obras Portuarias, de fecha 13 de julio de 1998.

5) Copia de Resolución N° 084, de 28 de mayo de 2007, del Servicio Regional de Pesca IV Región.

6) Copia de nómina de embarcaciones y números de salidas por nave desde el 08/01/09 a 28/02/09, elaborada por el administrador de la Asociación Gremial requerida.

SEGUNDO OTROSI: Tenga presente el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que en la calidad invocada y en la de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocino y asumo la representación de la Fiscalía Nacional Económica, sin perjuicio de lo cual confiero poder a los abogados de esta Fiscalía Cristián R. Reyes Cid y Carolina Bawlitza Fores, todos habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente y que firman junto a mí en señal de aceptación.

REPUBLICA DE CHILE
FISCAL NACIONAL
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

ENRIQUE VERGARA VIAL
FISCAL NACIONAL ECONOMICO