EN LO PRINCIPAL: Requerimiento en contra de Abercrombie & Kent S.A. y otros

EN EL PRIMER OTROSI: Designa receptor judicial

EN EL SEGUNDO: Personería, Patrocinio y Poder.

TRIBUNAL DE DEFENSA

17 DIC 2009

DE LA LIBRE
COMPETENCIA

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, domiciliado en calle Agustinas Nº 853, Piso 12, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, en ejercicio de las facultades que me confiere el artículo 39, letras b) y c) del Decreto Ley N° 211, y conforme lo dispuesto por los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19 y siguientes y 26 del mismo cuerpo legal, fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación expondré, vengo en formular Requerimiento en contra de las siguientes personas jurídicas:

- Abercrombie & Kent S.A. (en adelante, A&K), operador turístico, RUT N° 96.954.020-7, representada por su gerente general don Pedro Barraza Triviño, ignoro cédula de identidad y profesión, ambos domiciliados en Avda. 11 de Septiembre N° 2353, Oficina 1403, Providencia.
- 2) ADS Mundo Turismo Ltda. (en adelante, ADSMUNDO), operador turístico, RUT N° 78.872.390-3, representada por su gerente general don Santiago Rojas Gandulfo, ignoro cédula de identidad y profesión, ambos domiciliados en Avda. El Golf N° 99, 5° Piso, Las Condes.
- 3) Turismo Cocha S.A. (en adelante, COCHA), operador turístico, RUT N° 81.821.100-7, representada por su gerente general don Sergio Purcell Robinson, cédula de identidad N° 7.033.767-3, ingeniero comercial, ambos domiciliados en Avda. El Bosque Norte N° 0430, Las Condes.
- 4) Chilean Travel Services Ltda. (en adelante, C.T.S.), operador turístico, RUT N° 86.000.800-9, representada por su gerente general don François Carrère González, ignoro cédula de identidad y profesión, ambos domiciliados en Antonio Bellet N° 77, Oficina 101, Providencia; y,

5) **Turavion Ltda.** (en adelante, **Turavion**), operador turístico, RUT N° 80.898.400-2, representada por su gerente general don Enrique Sacchetti Warner, ignoro cédula de identidad y profesión, ambos domiciliados en Avda. Apoquindo 3000, Piso 3, Providencia.

Como se acreditará en autos, las requeridas celebraron un acuerdo anticompetitivo, con el propósito de ejecutar diversas acciones destinadas a obtener que una empresa operadora de hoteles de lujo en el país —en particular, Explora Chile S.A. (en adelante, Explora)-, subiera la comisión que paga a las requeridas por los servicios que éstas le prestan.

Dichas acciones están revestidas de una especial gravedad, H. Tribunal, pues involucran un acuerdo y una coordinación de los principales actores del mercado relevante -los cuales en un escenario no colusivo debiesen procurar competir entre sí-, que ha pretendido asegurar y aumentar el poder que ellos en conjunto detentan.

El Requerimiento, en consecuencia, tiene por finalidad que este H. Tribunal declare que las requeridas celebraron y ejecutaron hechos, actos o convenciones que tuvieron por objeto y efecto impedir, restringir y entorpecer la libre competencia en el mercado que se señala, infringiendo por tanto, el artículo 3° del Decreto Ley N° 211; razón por la cual procede ordenar a las requeridas el cese inmediato de este tipo de prácticas, sancionándolas con el pago de las multas que se indicará respecto de cada una de ellas, o las que prudencialmente determine este H. Tribunal, con expresa condena en costas; aplicándoles las medidas correctivas y prohibitivas que más adelante se señalan.

Los siguientes son los fundamentos de esta acción:

I.- LOS HECHOS

- 1. Las requeridas, actuando de consuno, decidieron exigir –y en la práctica, exigieron- a Explora Chile S.A.¹, el incremento de las comisiones que dicha empresa les pagaba por concepto de la comercialización de sus servicios en el extranjero, bajo amenaza de dejar de vender dichos servicios.
- 2. Al efecto, las requeridas citaron al Sr. Jesús Parrilla Recuero, Vicepresidente Comercial de Explora Chile S.A., a una reunión que se efectuaría el día miércoles 20 de febrero de 2008 en las oficinas de ADSMUNDO, bajo el pretexto de debatir eventuales acciones comerciales que las cadenas hoteleras y los operadores turísticos podrían adoptar para la difusión del turismo chileno en el exterior.
- 3. Ni bien empezada la reunión, y pese al supuesto objeto de la misma, don Pedro Barraza Triviño, Gerente General de A&K, doña María Isabel De Allende-Salazar León, Gerente División Turismo Receptivo de ADSMUNDO, don Jorge Guazzini Peralta, Gerente del Departamento Turismo Receptivo de Turismo Cocha S.A., don François Carrère González, Gerente General de CTS Turismo Ltda., y don Luis Alejandro Segura Opazo, Gerente de Turismo Receptivo de Turavion Ltda., plantearon directamente al Sr. Jesús Parrilla Recuero, Vicepresidente Comercial de Explora, el acuerdo de las requeridas de desechar el sistema de comisiones que esta empresa les pagaba –20%– y de no aceptar el incremento² que esa cadena les había ofertado, meses antes, a cada una de ellas por separado.
- 4. Explora, por tanto, debía subir su comisión a un 25%³, y en caso de no acceder a lo solicitado, los operadores dejarían de comercializar sus servicios, desviando ventas a otras cadenas de hoteles supuestamente dispuestas a pagar tales montos.
- 5. El desvío de la demanda con el cual las requeridas amenazaron a Explora, según los antecedentes tenidos a la vista por esta Fiscalía, es una conducta habitual de presión por parte de los operadores turísticos nacionales, puesto

¹ Explora es una empresa chilena, perteneciente al grupo Córpora, que ha desarrollado hoteles de lujo en Torres del Paine, San Pedro de Atacama e Isla de Pascua. Su director es don Gastón Cummins Ugalde.

² Consistente en 20% más IVA, más un incentivo variable que podría llegar a un 2% adicional, dependiendo de los resultados.

³ Más IVA.

que existen antecedentes de haberse ejecutado en el pasado; por lo que se trata de un comportamiento estratégico conocido, que evita el desarrollo de la comercialización directa en este mercado.

- 6. Días después de la reunión de 20 de febrero de 2008, Explora comunicó a las requeridas su imposibilidad de acceder al aumento de comisión planteado por las mismas, reiterando su oferta original y solicitando a los operadores un pronunciamiento antes de la primera semana de marzo, "de modo de iniciar el año con reglas claras acerca de nuestra relación comercial", según consta en correo electrónico de fecha 3 de marzo de 2008, que se acompañará en su oportunidad procesal.
- 7. Ante esta respuesta, los operadores turísticos mantuvieron su coordinación y la presión sobre Explora.
- 8. En efecto, las requeridas manifestaron expresamente su interés en quedar "...comprometidos para que una vez revisado el sistema de incentivo propuesto, fijemos un plazo para dejar el nivel de comisiones en los rangos que creemos que son aceptables para la industria y su propio beneficio, al tener un grupo de operadores motivados vendiendo su producto. Dejando en claro nuestro descontento con su respuesta...", para luego concluir destacando lo "oportuno" que resultaba "seguir con nuestra posición con el resto de los productos nuevos, puesto será nuestra perseverancia la que hará cambiar el mercado finalmente", según da cuenta otro correo electrónico, también de 3 de marzo de 2008.
- 9. Si bien hasta la fecha Explora ha podido resistir tales presiones, denunciando los hechos que motivan el presente requerimiento ante la Fiscalía Nacional Económica, existe un serio peligro que en definitiva no pueda sino ceder a las mismas, habida consideración del poder que detentan las requeridas, que se ha traducido en la práctica, en que la mayoría de los hoteles terminen efectivamente pagando la señalada comisión de 25%.

II.- DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA

10. En la industria de comercialización de servicios hoteleros, participan los siguientes actores:

- a) Clientes finales: Aquellos que requieren los productos y/o servicios turísticos, en este caso, los pasajeros huéspedes o turistas que viajan en forma individual o grupal.
- b) *Proveedores* de dichos servicios: Puede ser una empresa de transporte, un hotel, un crucero, un restaurante, un museo o centro de eventos, etc. Ciertamente, los hoteles y transportes son los servicios más relevantes y comúnmente usados en esta industria. En este segmento participan los hoteles de lujo, como es el caso de Explora.
- c) Intermediarios: Son los agentes que conectan a los proveedores de servicios turísticos con los clientes finales. Entre los intermediarios se encuentran:
 - i.- Agencias de viajes: 4 Son empresas que cuentan con atención directa a pasajeros, sea de forma física o virtual. Estas son las que realizan la venta al detalle, ofreciendo –usualmente– servicios de diversas líneas aéreas y de diversos operadores emisivos. Hay agencias de viajes que, por su especialidad, volumen y/o experiencia, poseen su propio operador emisivo, o bien conectan directamente a los operadores y/o proveedores de los destinos.⁵
 - ii.- Operadores Mayoristas Emisivos: Son empresas que concentran la compra de varias agencias de viajes, propias o de terceros, y les ofrecen un paquete de viajes, organizados de acuerdo al mercado objetivo que enfrentan. Un operador de turismo emisivo puede contar con su propia red de operadores receptivos, esto dependerá de su tamaño, volumen de operación, especialización y objetivos como empresa. Normalmente residen en el país, o zona de origen de los turistas que captan.
 - iii.- Operadores Mayoristas de Turismo Receptivo: Es una empresa que crea, vende, opera y controla viajes y programas turísticos en el

De acuerdo a los Requisitos establecidos por la Norma Chilena Oficial NCh 3067.Of2007 para los tour operadores u operadores mayoristas, las agencias de viajes se entienden como aquella organización comercial que actúa como intermediario entre el proveedor de servicios y/o tour operador y el usuario final o cliente, entregándole asesoría para la planificación y compra de su viaje.

Esto depende del tamaño de la empresa, su volumen de negocio, especialización y objetivos.

De acuerdo a los Requisitos establecidos por la Norma Chilena Oficial NCh 3067.Of2007 para los tour operadores u operadores mayoristas, el tour operador es la organización comercial que

lugar de destino, haciendo asimismo, promoción de éstos en el extranjero. Por regla general, mantiene una oferta del destino turístico de acuerdo a su especialidad y objetivos. Asimismo, se hace responsable, por cuenta del cliente, de la satisfacción de los pasajeros. Para lo anterior, articula programas e itinerarios, adecuándolos a los requerimientos y necesidades de sus clientes, coordinando y supervisando los servicios, antes y durante su desarrollo, en lugar de su prestación, país de destino. Por todo lo anterior, el operador de turismo receptivo reside en el país cuyos viajes y programas opera, supervisa y promociona.

En este segmento participan empresas como las requeridas de autos. En efecto, en relación a los hechos que motivan el presente requerimiento, actúan como operadores mayoristas de turismo receptivo, sin perjuicio que realizan otras labores de intermediación.

- 11. Conforme a la descripción anterior, podemos señalar que los operadores turísticos en Chile:
 - a) Participan en el mercado turístico en calidad de intermediarios entre los hoteles en Chile y los operadores turísticos en el extranjero, siendo estos últimos quienes, en definitiva, llegan a los clientes finales.
 - b) Efectúan labores de promoción y marketing de diferentes "productos" en los ámbitos nacional e internacional, normalmente junto con los organismos del Estado⁷ o con aportes financieros de éstos.
 - c) Proveen servicios de empaquetamiento, articulando y controlando los servicios entregados por diversos proveedores que conforman el itinerario completo del pasajero (vuelos, transporte terrestre, acomodaciones, excursiones, etc.).
- 12. Así las cosas, los operadores turísticos nacionales tienen un importante rol de intermediario en este mercado. Por el lado de la demanda de los turistas extranieros, los operadores turísticos receptivos nacionales articulan los

diseña y provee paquetes, producto o servicios turísticos, propios o de terceros, los cuales pueden comprender transporte, estadía y otros, para personas no residentes procedentes de un país determinado.

Se refiere a las autoridades encargadas de promover y difundir el desarrollo de la actividad turística de Chile, por ejemplo el Servicio Nacional de Turismo, SERNATUR.

distintos productos y/o servicios de los proveedores, armando paquetes funcionales a sus requerimientos. Por el lado de la oferta, particularmente de los hoteles en Chile, los operadores turísticos colocan y promocionan sus servicios en los mercados internacionales.

- 13. En efecto, a los hoteles les resulta más eficiente asignar sus recursos de marketing a través de los operadores turísticos locales, ya que estos cuentan con una red de agencias y/o operadores en el extranjero que les permiten llegar a un mayor número de potenciales consumidores. Por ello, los hoteles se promocionan como productos, en gran medida, participando en los catálogos de los operadores turísticos, financiando los respectivos espacios publicitarios, y participando junto con los operadores en ferias de turismo internacional.
- 14. Por su parte, el precio que pagan los hoteles a los operadores turísticos nacionales por sus servicios de intermediación consiste en un porcentaje del valor total que recibe por parte del consumidor final. Esto es lo que se denomina comisión y adopta la forma de un descuento respecto del monto pagado. Del total de la comisión cobrada por los operadores turísticos, parte importante de estas se traspasan a las agencias y/o operadores turísticos en el extranjero. Este pago es un descuento aplicado como un incentivo a la compra, incentivo que es superior para los operadores mayoristas. Cabe indicar que es así como los operadores turísticos nacionales compiten entre sí y con los proveedores de servicios que ofrecen su producto en forma directa, mediante el porcentaje que se paga a estos operadores extranjeros.

III.- ANÁLISIS DE MERCADO⁸

MERCADO RELEVANTE

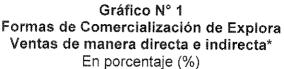
- 15. La Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.
- 16. Para los efectos del requerimiento que nos ocupa, el mercado relevante es la distribución mayorista de servicios hoteleros de lujo en zonas extremas, efectuada por los operadores de turismo receptivo en Chile.
- 17. Los hoteles tienen la posibilidad de comercializar y promocionar sus productos en el extranjero de manera directa o por intermedio de operadores turísticos. Sin embargo, tanto la promoción como la venta de los servicios hoteleros a través de operadores turísticos, presenta importantes ventajas para los hoteles, en relación con la realización de ambas actividades, sin intermediación, directamente por los hoteles.
- 18. En efecto, los operadores turísticos, a diferencia de los hoteles, son especialistas en la distribución mayorista y minorista de hoteles y otros servicios turísticos complementarios, contando para tal efecto con una red comercial establecida tanto en Chile, como en el extranjero, red que puede ser usada para promocionar o vender los servicios turísticos de más de un proveedor. Por lo anterior, constituyen en un canal de distribución, promoción y venta efectivo, imposible de implementar y remplazar por parte de cada hotel.
- 19. Por otra parte, y respecto de los turistas, los operadores turísticos tienen la ventaja de ofrecer una gama amplia de servicios (alojamiento, transporte aéreo, terrestre, excursiones, arriendo de vehículos, entre otros), lo que implica un ahorro significativo en los costos de búsqueda del consumidor. Asimismo, dichos operadores proveen servicios complementarios entre sí, a

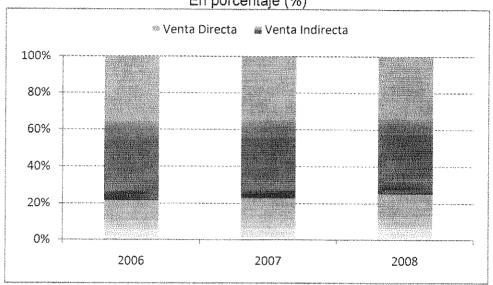
8

Para el detalle de los conceptos y definiciones que utiliza esta Fiscalía en el presente Requerimiento, véase "Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales", Fiscalía Nacional Económica, octubre de 2006, disponible en http://www.fne.cl.

través de los denominados "paquetes turísticos". Esto también representa un beneficio para los turistas, en la medida que reduce costos de búsqueda, presenta mayores opciones, economías de ámbito y ofrece mayor comodidad.

- 20. En contrapartida, la venta directa requiere necesariamente de consumidores más proactivos e informados, capaces de asumir las tareas de búsqueda, selección no sólo de los hoteles, sino de todos los servicios asociados a un viaje. Así, por ejemplo, un turista extranjero que quiere visitar un destino exótico como Chile, lo primero que tiene que hacer es leer y buscar información sobre los distintos destinos a visitar en ese país. Luego, una vez que decide que lugares que visitará –normalmente, San Pedro de Atacama, Valparaíso, la Patagonia e Isla de Pascua– tiene que buscar información sobre los distintos hoteles en que se puede hospedar en cada uno de esos destinos, así como también deberá resolver la forma en que llegará a esos destinos (transporte desde su país y desde el aeropuerto de Chile a las localidades que visitará) y las actividades que realizará en los mismos, por ejemplo: tour a los géiseres, visita a los moais, visita guidada a la casa de Pablo Neruda, trekking en las Torres del Paine, entre varios otras alternativas.
- 21. Prueba de lo anterior es que, aún para Explora, cuya marca es la más reconocida dentro de los hoteles de lujo en zonas apartadas de Chile, la venta anual de manera indirecta representa más del 75%, para el periodo 2006-2008.

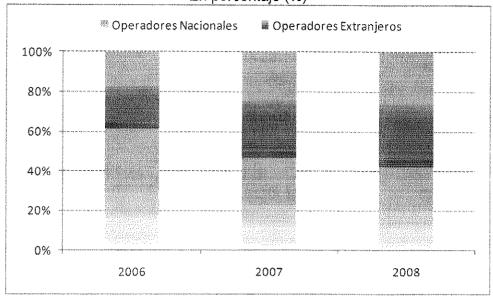




- * Fuente: Para los cálculos se utilizaron las ventas expresadas en noches camas, información entregada por Explora a la Fiscalfa. La Venta Directa incluye las ventas realizadas a través de su página web, por correo electrónico y via telefónica. La Venta Indirecta incluye las ventas realizadas a través de operadores y/o agencias de turismo nacionales y operadores y/o agencias de turismo extranieras.
- 22. La comercialización indirecta a través de los operadores turísticos locales y los operadores de turismo extranjeros son complementarias para los turistas extranjeros. En efecto, los operadores turísticos locales actúan como intermediarios entre los hoteles (u otros proveedores de servicios turísticos), y los operadores de turismo extranjeros (operadores propiamente tales o agencias de viajes), quienes finalmente interactúan con los consumidores finales, es decir con los turistas.⁹
- 23. En el Gráfico N° 2 se muestra la composición de las ventas indirectas de Explora para los años 2006 al 2008, reflejando que, aproximadamente, en promedio la mitad de esas ventas se realizó por medio de agencias y/u operadores turísticos nacionales. Del total de las ventas indirectas efectuadas por Explora en el período 2006–2008, un promedio de 50% se efectuó a través de agencias y/u operadores nacionales.

Similar interpretación realizó la Dirección General de Defensa de la Competencia de España en su Informe N-04010, donde analiza la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte del Grupo Iberostar, a través de Viajes Iberia S.A., de las agencias de viajes de la sociedad Tui España S.A. En efecto, se indica que el negoció de la distribución de los servicios turísticos se organiza a partir de la intervención de operadores que actúan como intermediarios entre los oferentes de servicios turísticos (hoteles, compañías aéreas, etc.) y los usuarios finales de los mismos, creando valor en la cadena de estos servicios.

Gráfico N° 2 Comercialización Indirecta de Explora a través de Operadores* En porcentaje (%)

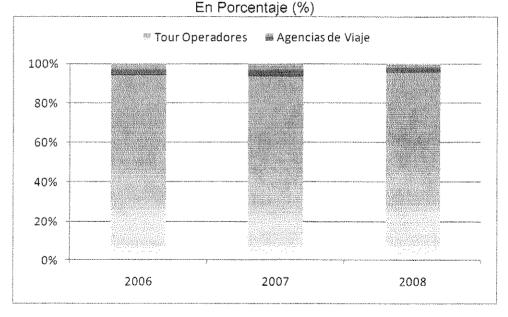


- * Para los cálculos se utilizaron las ventas expresadas en noches camas, información entregada por Explora a la Fiscalía. La Venta Indirecta Nacionales incluye las ventas realizadas a través de agencias y/u operadores turísticos que operan en Chile. La Venta Indirecta Extranjeros incluye las ventas realizadas a través de agencias y/u operadores turísticos que operan en el extranjero.
- 24. Queda de manifiesto, entonces, que los agentes turísticos nacionales constituyen un importante canal para la comercialización de los hoteles, con lo cual estos últimos pueden llegar con sus productos a un mayor número de potenciales clientes en Chile y en el extranjero.
- 25. En particular, los operadores mayoristas de turismo receptivo constituyen el canal más importante (ver Gráfico N° 3). En efecto, cabe indicar que constituyen uno de los factores más significativos en la cadena de venta del producto:
 - a) El usuario final –el turista- contacta una agencia de viajes en el extranjero y le informa que quiere visitar Chile.
 - b) La agencia le ofrece las distintas alternativas para su viaje, las cuales son programas turísticos estandarizados previamente, diseñados por el operador mayorista ubicado en Chile, y que éste informó a aquella, ya sea a través de un operador turístico de ese país, o directamente, todo ello, en virtud de las relaciones que mantienen.¹⁰

Se trata de relaciones comerciales anteriores a la solicitud del turista, y que se han generado y se mantienen en virtud tanto de las compras y ventas anteriores, así como por visitas directas promocionales recíprocas, o de encuentros en ferias internaciones de turismo, que celebran periódicamente en distintos lugares del mundo.

- c) Sin embargo, y considerando que se trata de programas estándar, los usuarios finales luego de conocerlos, ven si se adecúan o no a sus expectativas, para luego formularle requerimientos específicos las agencias de viaje, de manera de modelar el viaje a su gusto. Las agencias transmiten díchos requerimientos a los operadores turísticos en Chile, directamente o a través de los operadores turísticos de sus países, relacionados comerciablemente con los operadores chilenos.
- d) Los operadores turísticos chilenos, en base a estas solicitudes, estudian diseñan y costean un programa turístico a la medida, enviando dicha información a la agencia de viajes ubicada en el extranjero para su presentación al usuario final.
- e) Si el cliente compra el paquete turístico, la agencia de viajes confirma al operador turístico para que este preste sus servicios, subcontratando cuando corresponda servicios a proveedores locales, como transporte, hospedaje, guías de turismo, restaurantes, etc.

Gráfico N° 3 Comercialización de Explora* a través de Operadores Turísticos y Agencias de Viaje Nacionales



^{*} Para los cálculos se utilizaron las ventas expresadas en noches camas, información entregada por Explora a la Fiscalía.

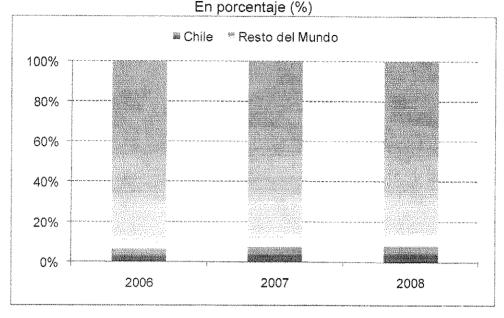
- 26. Dentro de los posibles proveedores de productos y servicios turísticos se encuentran los establecimientos de alojamiento turístico, 11 y entre estos últimos, se hallan los hoteles de lujo tipo boutique rústico, ubicados en zonas o lugares considerados "extremos", es decir lejanos de los centros urbanos. 12 La oferta de este tipo de hoteles se caracteriza fundamentalmente por la exclusiva ubicación geográfica, lo que le permite contar con un paisaje particular, y por el servicio de alto estándar internacional que poseen. Este tipo de hoteles se ubican principalmente en el desierto de Atacama, en la Patagonia Chilena y en la Isla de Pascua.
- 27. Por su parte, los consumidores que demandan los servicios de hotelería de lujo, tienen ciertas particularidades. En primer lugar, se trata de turistas, en su mayoría extranjeros, con alto poder adquisitivo. A modo de ejemplo, en el Gráfico Nº 4 se muestra la participación de los turistas extranjeros en el total de las ventas de Explora. En este tipo de hoteles, en general, se ofrecen servicios de traslado desde y hacia el aeropuerto, alojamiento, desayuno, comida, expediciones o tours, entre otros. En segundo lugar, se trata de turistas que buscan satisfacer necesidades del tipo aventura, de explorar lugares naturales y conocer culturas de ciertas regiones denominadas exóticas o no tradicionales de Sudamérica.

Para un detalle de la clasificación y requisitos de las distintas categorías de establecimientos de alojamiento, véase el sitio Web del Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR): http://www.sernatur.cl/institucional/archivos/documentos-estudios/normativa/Clasificacion-NCh02760-2007-047.pdf

Estos hoteles son aquellos conocidos como de lujo tipo boutique rústico, que acercan al cliente a la naturaleza con una excelente calidad en todos los servicios prestados. Por lo tanto, la definición de hoteles *boutique* sirve para entender el concepto que se halla detrás de este tipo de hoteles. El término hoteles boutique es utilizado para describir hoteles de entornos íntimos, generalmente lujosos o no convencionales. Estos hoteles, a diferencia de las grandes cadenas ofrecen una clase de alojamiento, servicios e instalaciones excepcionales y personalizados. La atención personalizada es uno de los componentes vitales, el huésped no es uno más, todo debe girar alrededor de él y la meta es lograr satisfacer todos sus gustos desde que llega hasta que se va. Estos son hoteles únicos con personalidad propia, de diseño y alta sofisticación, donde cada elemento se piensa para el confort de quienes los visitan.

A modo de referencia, la estadía de un programa de dos noches cuesta en promedio por pasajero US\$ 1.000,-

Gráfico N° 4 Origen de los turistas que visitan Explora Ventas totales de Explora*



- * Para los cálculos se utilizaron las ventas expresadas en noches camas, información entregada por Explora a la Fiscalia. La categoría Chile indica el porcentaje de las ventas totales de Explora realizadas a turistas nacionales. La categoría Resto del Mundo muestra el porcentaje de las ventas totales de Explora realizadas a turistas residentes en otros países.
- 28. Lo anterior lleva a que los principales clientes o demandantes finales de los servicios de hotelería de este tipo (de lujo todo incluido en lugares geográficos alejados de los centros urbanos) sean principalmente extranjeros, empresas nacionales e internacionales, y en menor medida turistas de estrato alto de la sociedad chilena.
- 29. De acuerdo a lo anteriormente expuesto, puede considerarse que, en general, los turistas extranjeros demandan todo un paquete de servicios turísticos, que incluye, junto con los servicios de hoteles de lujo, transporte, excursiones, alimentación, guías, visitas a otras ciudades/lugares, etc. Es decir, un turista no sólo demanda un viaje a un determinado hotel de lujo sino que además puede visitar otros lugares. Por ejemplo, un turista de nacionalidad alemana adquiere un paquete turístico para visitar, además de Santiago, el desierto de Atacama, el Valle del Elqui, la Zona de los Lagos y la Patagonia Chilena. También se presenta que los turistas extranjeros adquieren un paquete turístico para visitar ciertos lugares de Sudamérica, como por ejemplo las ruinas de Machu Picchu en Perú y el desierto de Atacama en Chile.

30. En cuanto al ámbito geográfico, teniendo en cuenta que los servicios de operación turística receptiva se efectúan por agentes que se sitúan a lo largo del territorio nacional, para hoteles de lujo ubicados en zonas extremas de Chile, el mercado relevante abarca precisamente todo el territorio nacional.

2. CONCENTRACIÓN

- 31. La estimación de la participación de mercado se realizó en función de las ventas netas expresadas en miles de pesos chilenos¹⁴ que realizaron los operadores mayoristas de turismo receptivo.¹⁵
- 32. La Tabla N° 1, muestra que la participación de mercado de las empresas requeridas para el periodo 2006-2009 (hasta junio) se encuentra por encima del 65%. Estos resultados permiten concluir que el mercado de distribución mayorista de servicios hoteleros de lujo efectuada por los operadores mayoristas de turismo receptivo, se halla concentrado.

Tabla N° 1
Participación de Mercado de las Requeridas en el Mercado Mayorista de Turismo Receptivo

	Requeridas	Otras	Total					
2006	72,00%	28,00%	100,00%					
2007	65,80%	34,20%	100,00%					
2008	68,63%	31,37%	100,00%					
2009*	65,27%	34,73%	100,00%					
	······································	110000000000000000000000000000000000000						

^{*} Considera información hasta junio. Para los cálculos se utilizaron las ventas para hoteles de lujo expresadas en miles de pesos chilenos, información entregada por los operadores mayoristas de turismo receptivo a la Fiscalía. Los hoteles de lujo considerados son: Hoteles Explora, Awasi, Alto Atacama, Tierra Atacama, Remota, Las Torres Patagonia, Hotel Rio Serrano, Lakutai, Hotel Lago Grey, The Cliff Preserve, Taha Tai y Hanga Roa.

No se realizó el cálculo de la participación de mercado en función de las ventas de noche/cama debido a que no todos los operadores turísticos manejan este tipo de información.

La selección de los operadores mayoristas de turismo receptivo se realizó en función de las declaraciones que las requeridas realizaron en respuesta a la pregunta sobre quiénes eran los principales operadores turísticos en el mercado. Esta información se complementó con la información disponible sobre las ventas realizadas por terceros para los hoteles Explora, Remota y Alto Atacama. A su vez esta información se verificó y complementó con la información de SERNATUR y la Asociación Chilena de Empresas de Turismo (Achet).

- 33. Para analizar la concentración del mercado también se calculó el índice Herfindhal Hirschman (HHI). Los resultados, que se presentan en la
- 34. Tabla N° 2 indican que el mercado se halla altamente concentrado.

Tabla N° 2 Índice de Concentración Herfindhal Hirschman (HHI)

Año	2006	2007	2008	2009*
HHI	5.339	4.485	4.842	4.410

^{*}Considera información hasta junio

Fuente: Elaboración propia en base a información de las empresas

3. CONDICIONES DE ENTRADA

- 35. La Fiscalía Nacional Económica entiende que los potenciales efectos restrictivos de la competencia que pudieren derivarse de un acuerdo como el denunciado se agravan en mercados en que no existe factibilidad de entrada oportuna y suficiente.
- 36. Esta Fiscalía considera que no existe factibilidad de entrada, en los términos expuestos, cuando, por ejemplo, el entrante lo hace con una escala menor al mínimo viable o con una estrategia de diferenciación dirigida a un nicho de mercado, pues en estos casos el entrante no disciplina a las firmas establecidas.

Barreras a la Entrada

- 37. 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.
- 38. El Servicio Nacional de Turismo (SERNATUR) registra en sus bases un total de 156 operadores mayoristas de turismo receptivo, lo que indica un mercado atomizado, cuando se considera el número de participantes en el mismo. Sin embargo, y como se mostró en el acápite de participación de

mercado, este mercado se halla concentrado, por lo que, el número de participantes no necesariamente es un buen referente.

- 39. Por su parte, a juicio de esta Fiscalía, no existen barreras legales que impidan u obstaculicen la entrada de competidores en el mercado materia de autos.
- 40. En lo que se refiere a costos hundidos, es decir aquellos que la empresa no puede recuperar en un plazo razonable al salir del mercado, estarían dados por la inversión en estudios necesarios para adoptar la decisión de establecer una empresa que opere como operador turístico en Chile. Entre estos, se tienen los estudios sobre características de la demanda, los gastos en publicidad, creación de marketing y reputación necesarios para consolidar la presencia en el mercado, de manera tal que sea posible desafiar a los operadores turísticos establecidos.

Tiempo y Suficiencia de la Entrada

- 41. El principal elemento que condiciona la entrada de un nuevo operador turístico al mercado tiene que ver con el tiempo necesario para constituirse como una empresa que discipline a los operadores establecidos. En este sentido, el tiempo necesario para convertirse en un real competidor y tener una probabilidad de éxito en el negocio, son claves.
- 42. En efecto, un nuevo operador turístico que desafíe a los operadores establecidos en el segmento de turismo receptivo requerirá contar con una red de agencias y/u operadores en el extranjero que le permitan llegar con los distintos productos turísticos a los potenciales consumidores en otros países. ¹⁶ Por lo tanto, este nuevo operador debe ya sea invertir en generar una nueva red de contactos, o tratar de contratar a aquellos operadores extranjeros trabajan con operadores nacionales ya establecidos. En ambos casos, el nuevo operador requiere de inversión financiera y de tiempo. Sin embargo, en el segundo caso, puede resultar un trabajo muchísimo más

De acuerdo a la declaración, con fecha 16 de octubre de 2008, de la señora Claudia Schovelin Vásquez, encargada del área de ventas y promoción del Hotel Boutique Casa Higueras en Valparaíso, se ve la importancia de las relaciones comerciales que tiene el operador de turismo nacional en el extranjero. En dicha declaración se señala: "... yo hago una selección de los mejores, posicionados en los mercados extranjeros que me interesa trabajar, con buenos contactos en el extranjero...", "En este sentido, el trabajo de abrir nuevos mercados es un tema muy importante".

difícil, en el sentido de que estos contactos ya tienen una trayectoria con los operadores nacionales y por lo tanto, una relación de confianza que puede ser muy difícil de quebrar. Un operador turístico con una red de contactos más amplia indiscutiblemente tiene un mayor valor para los prestadores de servicios.

- 43. A esto hay que agregar el hecho que la trayectoria y reputación en este tipo de negocio es fundamental, lo que genera importantes costos de cambio, en dos sentidos.
- 44. En primer término, las agencias de viajes y/o los operadores turísticos extranjeros necesitan contar con la seguridad de que se cumplan todas las prestaciones que se contratan en un paquete turístico. De esto resulta que, mientras más tiempo lleve un operador en el mercado (considerando que lo hace de manera eficiente) mayor será su reputación y, por lo tanto, brindará a los agentes extranjeros una mayor certeza respecto de los productos y/o servicios turísticos que adquiera.
- 45. En segundo lugar, los hoteles también requieren de un alto grado de confianza en el vínculo comercial con los operadores turísticos nacionales, por ejemplo, en las modalidades y plazos de pago, de manera tal que un entrante requiere de un tiempo considerable para generar la reputación necesaria para brindar la seguridad que necesitan los hoteles para comercializar su producto.
- 46. Por lo tanto, en virtud de la importancia que tienen en este mercado la confianza y la reputación de los operadores turísticos, al menos en el corto plazo, un entrante no puede disciplinar a las empresas establecidas.
- 47. Adicionalmente, un nuevo actor debería disputarle a los operadores turísticos establecidos los vínculos comerciales que ellos mantienen con los operadores turísticos y agencias extranjeras, por ejemplo ofreciendo mejores comisiones. Sin embargo, tendrían pocas posibilidades de éxito porque los operadores turísticos locales tienen una relación comercial de varios años con los operadores y agencias extranjeros y, por ende, son los depositarios de su confianza respecto de las prestaciones de servicios.
- 48. Es por ello que, para que la entrada de un nuevo operador turístico sea exitosa, la estrategia de dicho entrante debería enfocarse fundamentalmente

en abrir mercados nuevos, vale decir generar vínculos con agencias y operadores extranjeros en aquellos lugares donde los operadores turísticos nacionales ya establecidos no tengan un vínculo previo.

- 49. Este escenario cambia, si se considera un operador turístico extranjero que busca instalar sus oficinas en Chile, como fue el caso de A&K Chile y Destination Management Chile (DMC), y que cuentan ya con toda una trayectoria a nivel internacional y una red de contactos establecida. En este caso, el tiempo y la suficiencia de la entrada serían mucho menores a los de una empresa local que recién inicia operaciones. Sin embargo, se desconoce si existe el interés por parte de un operador turístico extranjero de abrir oficinas en Chile. Esta situación limita en cierta medida a que el análisis de barreras a la entrada se circunscriba sólo a la entrada de operadores turísticos nacionales. 17
- 50. Independiente de lo anterior, la evolución reciente del mercado y la consolidación del negocio de los hoteles de lujo, como es el caso particular de Explora, permite que el mismo hotel pueda empezar a realizar una incipiente distribución de sus propios servicios directamente al operador extranjero, abriendo un nuevo canal de distribución.
- 51. Ahora bien, ello está muy limitado, por los costos que implica. De conformidad a lo declarado por diversos actores ante esta Fiscalía, dicha forma de comercialización requiere que el hotel instale personal propio en el extranjero y realice publicidad y marketing en diversos medios de comunicación extranjeros -por ejemplo, revistas especializadas-, lo que implica un tiempo no inferior a los dos años y una gran capacidad de financiamiento.
- 52. Asimismo, no sustituye la participación de los operadores turísticos nacionales respecto de los demás servicios que involucra un paquete turístico, vale decir, pasajes, coordinación con otros destinos, algunos traslados y estadías en otros lugares, etc.

Se podría argumentar que dado que Chile ha venido creciendo como destino turístico (de acuerdo al Informe de Comportamiento del Turismo Receptivo para el año 2008 del SERNATUR, el turismo en Chile ha experimentado un crecimiento sostenido desde el año 2002, a una tasa media anual aproximada del 10.5%), habría más posibilidades de entrada al mercado por parte de un operador turístico extranjero. Sin embargo, dada la falta de información no se puede concluir nada, desconociendo la probabilidad de una pronta entrada al mercado por parte de un operador extranjero.

Comportamiento estratégico

- 53. El comportamiento estratégico de las empresas puede impedir o hacer más costosa la entrada a nuevos competidores, por lo que es necesario identificar aquellas variables estratégicas que son o fueron utilizadas en la industria y que pueden ser usadas para impedir la entrada, o bien que ésta sea más costosa.
- 54. Dentro de estas variables estratégicas, se observa que la reputación que han construido y están estableciendo las empresas denunciadas, influye directamente sobre la entrada al mercado y, además, en el accionar de los agentes que operan en el mismo.
- 55. Sobre la base de la reputación y la dependencia que los hoteles tienen en los operadores turísticos nacionales, de acuerdo a los antecedentes que dispone esta Fiscalía, cuando un proveedor turístico chileno –hotel de lujo– quiere vender sus servicios directamente a un operador turístico extranjero que trabaja con un operador nacional, sin recurrir a este último -es decir, comercializar sus servicios sin la intervención del operador local– el operador turístico nacional reacciona, desviando las solicitudes que recibe por tal hotel, a otros que no han seguido la modalidad de venta directa. Por esta vía, se desincentiva la formación de vínculos directos entre el proveedor de productos y/o servicios turísticos y el operador turístico extranjero.
- 56. La primera consecuencia directa de este comportamiento es que los hoteles se ven forzados, en caso de querer comercializar sus productos directamente con operadores turísticos extranjeros a realizarlo sólo con aquellos que no se encuentren trabajando con operadores turísticos nacionales.
- 57. Asimismo, y como segunda consecuencia, en el caso en que un operador turístico extranjero que trabaja con algún operador turístico chileno quiera relacionarse directamente con un hotel, el operador chileno prefiere ofrecer al operador extranjero una mayor comisión, de forma que este último se vea desincentivado a relacionarse directamente con el hotel.
- 58. En definitiva, los hoteles prefieren no arriesgar su relación con el operador turístico nacional, puesto que esto implica el contacto con una amplia red de operadores turísticos extranjeros. El desarrollo de un sistema de ventas

directo por parte de los hoteles implica en comparación al uso de un intermediario un largo camino y una elevada inversión.

- 59. En el caso concreto de Explora, los operadores turísticos denunciados han sido insistentes para que la misma deje de contactarse directamente con los agentes extranjeros.¹⁸
- 60. En resumen, las empresas requeridas, dada su posición de mercado, tienen espacio para el desarrollo de un fuerte comportamiento estratégico, el cual ya ha sido y puede seguir siendo utilizado.

IV.- LA CONDUCTA DE LAS REQUERIDAS

- 61. El acuerdo de las requeridas para subir la comisión y sus potenciales consecuencias para Explora quedan de manifiesto al considerar los términos de la reunión celebrada el día 20 de febrero de 2008 y las comunicaciones que las requeridas mantuvieron tanto entre ellas como con Explora con posterioridad a la misma.
- 62. En efecto, como ya se expuso, las requeridas Abercrombie & Kent Chile S.A., ADS Mundo Turismo, Turismo Cocha S.A., CTS Turismo Ltda., y Turavion Ltda., en la reunión del día 20 de febrero de 2008 exigieron derechamente a Explora que aumentara sus comisiones y dejara de comercializar su producto en forma directa con operadores extranjeros, bajo la amenaza de desviar potenciales clientes hacia sus competidores si no accedía a sus exigencias.
- 63. Cabe consignar, que en relación con la amenaza de desvío de demanda por los servicios de Explora, efectuada por las requeridas, constituía una amenaza creíble, debido a las siguientes razones:
 - a) Las requeridas cuentan con una alta participación en el mercado relevante (68%);¹⁹
 - Explora cuenta con competencia efectiva para sus hoteles ubicados en las zonas de Atacama y Patagonia. Explora identificó como competencia en la zona de la Patagonia a los hoteles Remota y Torres Patagonia, en

De acuerdo a declaración prestada ante la Fiscalía Nacional Económica con fecha 20 de Octubre de 2008 por doña Daniela Orellana García, relacionadora pública de Explora, en más de una oportunidad los operadores turísticos habrían manifestado a dicha empresa esta política.

En promedio, para los años 2006 hasta junio de 2009.

tanto en la zona de Atacama a los hoteles Alto Atacama, Tierra Atacama y Awasi. En Isla de Pascua, hasta el momento Explora sería el único hotel de su categoría. Es interesante observar los datos de la Tabla N° 3, la cual presenta las ventas de los hoteles de Explora a través de las requeridas para los años 2007 y 2008. Para los hoteles de Explora ubicados en Atacama y la Patagonia se observa una disminución de las ventas para el año 2008. Sin embargo, para el hotel ubicado en Isla de Pascua, el cual no tendría competencia, se da un aumento de las ventas a través de las requeridas.

Tabla N° 3 Ventas <u>de Explora a través de los Operadores Requeridos*</u>

Hoteles Explora	2007	2008	Variación	
Atacama	2.483	1.708	-31%	
Patagonia	3.051	2.282	-25%	
Isla de Pascua	650	1.670	157%	

^{*} Para los cálculos se utilizaron las ventas expresadas en noches camas, información entregada por Explora a la Fiscalía.

c) Las comisiones pagadas por los hoteles competencia de Explora son más elevadas, por lo tanto, las requeridas tienen incentivos a aumentar sus ventas en estos hoteles.

Tabla N° 4
Comisiones Cobradas por las Requeridas a
Hoteles Competencia de Explora

	A&K	Cocha	CTS	ADS Mundo	Turavión
Alto Atacama	20%	21% + IVA	20%	25%	25%
Remota	22%	25% + IVA	25%	25% + IVA	25% + NA
Tierra Atacama				25%	
Awasi	25%	21% + IVA	25%	25%	25%
Las Torres				25%	

Fuente: Información proporcionada por operadores mayoristas de turismo receptivo a la Fiscalia.

d) La importancia de los tour operadores como canal de distribución, promoción y venta de los hoteles. En el caso particular de Explora, éste presenta una cierta dependencia económica en relación con las requeridas, ya que, en promedio, para los años 2006 y 2007 el 24% de sus ventas se canalizaban a través de las requeridas. Tabla N° 5 Dependencia Económica

	2006	2007	2008*		
Participación de Explora en las			· · · · · · · · · · · · · · · · · · ·		
ventas totales de las agencias requeridas	1%	1%	1%		
Participación de las requeridas					
en las ventas totales de Explora	30%	18%	15%		

^{*} Considera información hasta abril. Para los cálculos se utilizaron las ventas expresadas en miles de pesos chilenos, información entregada por los operadores mayoristas de turismo receptivo a la Fiscalia. Las ventas totales de las agencias requeridas consideran sus ingresos tanto por turismo receptivo como emisivo.

e) Las requeridas, considerando el mercado nacional de operadores mayoristas de turismo receptivo, han ido aumentando su participación en las ventas de los hoteles competencia de Explora, como se observa en la Tabla N° 6:

Tabla Nº 6 Participación de las Requeridas en las Ventas de los Hoteles Competencia de Explora (en %)²⁰

	2006		2007		2008		2009*	
	Requeridas	Otras	Requeridas	Otras	Requeridas	Otras	Requeridas	Otras
Explora	80,30%	19,70%	62,62%	37,38%	63,57%	36,43%	60,00%	40,00%
Hoteles Competencia de Explora	55,11%	44,89%	71,15%	28,85%	74,04%	25,96%	76,12%	23,88%

^{*} Considera información hasta junio 2009. Información entregada por operadores mayoristas de turismo receptivo a la Fiscalía.

- f) De acuerdo a lo declarado por diversos actores ante la Fiscalía Nacional Económica, el desvío de clientes en este mercado particular, tiene precedentes; y
- g) El desvío de potenciales clientes hacia los competidores de Explora, no representaría para los operadores turísticos requeridos merma alguna, puesto que estos potenciales clientes se canalizarían hacia alguno de los hoteles.²¹
- 64. En definitiva, las amenazas eran creíbles, toda vez que las requeridas pueden tomar estas acciones dentro del mercado relevante porque cuentan con poder de mercado para realizarlo.

Para los cálculos, se utilizaron las ventas para hoteles de lujo expresadas en miles de pesos chilenos.

Ello, considerando que el consumidor extranjero es indiferente entre Explora y los hoteles competencia de la misma puesto que todos ofrecen el mismo producto y con la misma calidad.

V.- EL DERECHO

65. Las conductas descritas infringen el artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, el cual, en su inciso primero de dicha disposición señala:

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

66. En efecto, mediante este acuerdo las requeridas acordaron fijar el precio de la comisión de Explora, configurándose con claridad, la conducta que -a vía ejemplar- señala la letra a) del citado artículo 3°:

"Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran."

67. El acuerdo de las requeridas para boicotear la política comercial de Explora, asimismo, cumple con los elementos señalados por el H. Tribunal en su Sentencia Nº 79/2008²², como constitutivos del ilícito de colusión que sanciona el Decreto Ley Nº 211, esto es: "...(a) la existencia de un acuerdo entre competidores; (b) la incidencia de ese acuerdo en algún elemento relevante de competencia; y, por último (c) la aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3º inciso primero del mencionado Decreto Ley, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado".²³

Rol C N° 132-07, Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Moldeables de Chile S.A. y otros.

Este criterio ya había sido establecido en la Sentencia Nº 43/2006 (Considerando Tercero), Rol C Nº 74-05, Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros: "(P)ara configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el artículo 3º inciso primero del DL 211, basta que un hecho, acto o convención tienda a producir efectos contrarios a la libre competencia para que pueda ser sancionado." Véase también la Sentencia N° 74/2008, en el mismo sentido.

- 68. La existencia del acuerdo se acreditará en la etapa correspondiente. No obstante ello, cabe consignar que la manifestación expresa de su existencia no sólo se encuentra en aquellos antecedentes referidos a la reunión de 20 de febrero de 2008 descrita en los hechos, sino también en otros, como los preparativos de ésta y múltiples comunicaciones de las requeridas.
- 69. En cuanto a la incidencia del acuerdo en algún elemento relevante de la competencia, cabe señalar que este requisito queda cabalmente verificado ya que el acuerdo buscaba incidir sobre el precio, esto es, la comisión que las requeridas cobran a Explora, aumentándolo.
- 70. Finalmente, también esta Fiscalía estima que se verifica la aptitud objetiva del acuerdo para producir un resultado anticompetitivo. Los fundamentos de esta convicción se desarrollan a continuación:

a) Concepto de Aptitud Objetiva:

- i.- La Real Academia Española define aptitud como "la cualidad de idóneo".²⁴ Por esta cualidad de idóneo se debe entender aquello que es "adecuado y apropiado para algo".²⁵ Por su parte, la misma fuente define objetiva como el adjetivo que se aplica a aquello que es "perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir".²⁶
- ii.- La Excelentísima Corte Suprema al resolver el Recurso de Reclamación contra la Sentencia N° 79/2008 de ese H. Tribunal, en su Considerando Quinto estimó que la aptitud objetiva de un acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia era la capacidad de éste para restringir aquella.
- Por todo lo anterior, es dable concluir que la "aptitud objetiva del acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia", es la cualidad del acuerdo de ser apropiado, en sí mismo, para restringir la Libre Competencia, con independencia de otros factores.
- b) Concurrencia del requisito Aptitud Objetiva:

Ver www.rae.es

Ver <u>www.rae.es</u>

Ver <u>www.rae.es</u>

- i.- El H. Tribunal, en el Considerando Decimoquinto de la Sentencia Nº 74/2008²⁷, en señaló que "(...) la idoneidad del acuerdo para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado relevante así definido, depende en parte de las condiciones de entrada al mismo (...)". ²⁸ Luego de analizados los antecedentes que obraban en esa causa, ese H. Tribunal concluyó que en efecto, las condiciones de ese mercado, no permitían la entrada de nuevos competidores, concluyendo en el Considerando Décimo Séptimo que "Por ello, este Tribunal es de la opinión que el acuerdo confería a sus participantes un poder de mercado apto para producir efectos contrarios a la competencia, al menos durante un plazo razonable."²⁹
- ii.- Por su parte, en la Sentencia Nº 63/2008³⁰, para efectos de analizar el boicot por parte de Falabella y Almacenes Paris al Banco de Chile y su "Feria IN Tecnología", el Tribunal señaló que, con el propósito de calificar la ilicitud de los hechos, luego de ponderar las defensas de las requeridas, analizaría si las requeridas "tenían poder de mercado en el período sub lite, y si abusaron o no de tal poder, sea individual o conjuntamente, en perjuicio de sus proveedores y de la Feria, restringiendo la libre competencia; para lo cual, (iii) también establecerá si existió o no entre Falabella y Paris la colusión alegada por la Fiscalía y Banco de Chile". Posteriormente, en el Considerando Centésimo Vigésimo Tercero, concluye que, dado los hechos acreditados, las requeridas se coludieron para ejecutar la

²⁷ Rol C N° 121-06, Requerimiento de la FNE contra AM Patagonia S.A. y otros.

Esta idea ya había sido planteada en el Considerando Sexto de la misma sentencia: "(...) para identificar los efectos que la convención cuestionada habría producido o era objetivamente idónea para producir, es preciso definir el o los mercados eventualmente afectados por el acuerdo y sus características."

Teniendo presente que el juicio resuelto en la sentencia referida trataba de un acuerdo de médicos para fijar precios en una ciudad geográficamente aislada, en el Considerando Decimoquinto ese H. Tribunal dispuso que para definir la aptitud objetiva debía atenderse a "la factibilidad de que nuevos médicos expandan la oferta de servicios médicos en respuesta a un eventual aumento de precios." Por su parte, en el Considerando Decimosexto consignó que al respecto, no existían antecedentes suficientes para establecer la existencia de dificultades para que nuevos médicos ingresaran a ese mercado. Sin embargo, en el Considerando Decimoséptimo, se señala "Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal estima que los servicios médicos son productos diferenciados que no compiten tan intensamente en precios dado que, en la elección de un médico, inciden factores como la confianza o la reputación del especialista, que son difíciles de formar en el corto plazo. Lo anterior, permite presumir que tomaría algún tiempo a nuevos entrantes expandir la oferta relevante frente a incrementos en los precios. Por ello, este Tribunal es de la opinión que el acuerdo confería a sus participantes un poder de mercado apto para producir efectos contrarios a la competencia, al menos durante un plazo razonable."

Rol C N° 103-06, Requerimiento de la FNE contra Almacenes Paris y Falabella.

conducta reprochada, y luego, en el Considerando Trigésimo Cuarto. concluye que atendido los hechos, vale decir que las requeridas lograron boicotear la Feria del Banco de Chile, es demostrativo de que "detentaban poder de mercado a la época de los hechos materia de esta causa". Sin embargo, y a fin de establecer "su consistencia con la conclusión indicada en el razonamiento anterior". 31 el H. Tribunal analiza los mercados afectados por la conducta de las requeridas. En este análisis, en el Considerando Centésimo Cuadragésimo Segundo, señala que "independientemente del porcentaje específico de su participación de mercado en diferentes segmentos o nichos de mercado, este Tribunal considera que las requeridas, tanto individual como conjuntamente, representan un canal de distribución importante y difícilmente sustituible para los proveedores...". Estos últimos son aquellos respecto de quienes las requeridas ejercieron su poder de mercado para bojcotear la Feria del Banco de Chile.

- iii.- En la Sentencia Nº 57/2007³², ese H. Tribunal, en el Considerando Sexagésimo Sexto señala que "...habida cuenta del mercado relevante, de las participaciones de mercado analizadas para cada una de las requeridas en el tiempo (que según se acredita en esa causa, son altas), y la existencia de barreras a la entrada, sería posible atribuir a las requeridas una posición dominante conjunta en el mercado en la medida que exista un acuerdo entre éstas, cumpliéndose de esta forma los requisitos que establece el artículo 3º, letra a) del Decreto Ley Nº 211 para sancionar un acuerdo..." Vale decir, que existiendo poder de mercado de las coludidas, el acuerdo cumple con los requisitos legales, y es sancionable.
- iv.- Conforme a todo lo expuesto, es claro que para ese H. Tribunal, lo relevante para determinar la aptitud objetiva de un acuerdo, es el poder de mercado que éste les confiere a sus partícipes.
- c) Situación concreta del acuerdo de autos:

³¹ Considerando Centésimo Trigésimo Quinto.

Rol C N° 77-05, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros.

- i.- En cuanto al mercado relevante específico, las requeridas en conjunto detentan una participación de mercado superior al 65%.
- ii.- Por su parte, las barreras a la entrada al mercado en cuestión constituyen elementos estructurales del mercado relevante que, en la práctica, hace presumir que, si bien no inhiben, retardan la entrada oportuna y en escala importante de nuevos operadores turísticos receptivos en Chile.
- iii.- Finalmente, destaca el alto grado de dependencia que los hoteles de lujo presentan respecto de los operadores turísticos nacionales como canal de distribución:
- iv.- Todo lo expuesto, H. Tribunal, lleva a concluir que las requeridas enfrentan un mercado relevante respecto del cual detentan un alto poder de mercado conjunto y que, por lo tanto, el acuerdo analizado cumple con el requisito de "aptitud objetiva" para producir un resultado anticompetitivo.
- 71. El comportamiento que previamente habían manifestado los operadores turísticos, descrito más arriba, hace aun más creíbles las amenazas efectuadas a la empresa Explora y confirma la aptitud objetiva de dicho acuerdo anticompetitivo.
- 72. Finalmente, ha de tenerse en consideración que el ilícito que nos ocupa es de los más graves que la legislación de defensa de la competencia contempla, en Chile y en Derecho Comparado, pues el acuerdo es la negación misma de la competencia.
- 73. Por lo expuesto, esta Fiscalía estima absolutamente necesario para el restablecimiento del Derecho y para la defensa de la competencia, que ese H. Tribunal declare que los hechos que se denuncian violentan gravemente el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 y, por ende, los sancione de manera ejemplar.

POR TANTO, de conformidad con los antecedentes y argumentos expuestos y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18 y siguientes, y 26 y 39, del Decreto Ley N° 211, y demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO:

Tener por interpuesto requerimiento en contra de las personas individualizadas al inicio de esta presentación, admitirlo a tramitación y, en definitiva, disponer lo siguiente:

- 1. Que se les ordena el cese inmediato de este tipo de prácticas, así como no ejecutarlas en el futuro, bajo apercibimiento de considerárseles reincidentes;
- Que se condena a las requeridas a las multas a beneficio fiscal que se señalan a continuación, o la que este H. Tribunal estime prudencialmente en Derecho:
 - a) A **Abercrombie & Kent S.A.**, con una multa a beneficio fiscal, ascendente a **2000 Unidades Tributarias Anuales**.
 - b) A **ADS Mundo Turismo Ltda.**, con una multa a beneficio fiscal, ascendente a **2000 Unidades Tributarias Anuales**.
 - c) A Turismo Cocha S.A., con una multa a beneficio fiscal, ascendente a 2000 Unidades Tributarias Anuales.
 - d) A **Agencia de Viajes C.T.S. Turismo Ltda.**, con una multa a beneficio fiscal, ascendente a **2000 Unidades Tributarias Anuales**. Y,
 - e) A **Turavion Ltda.**, con una multa a beneficio fiscal, ascendente a **2000 Unidades Tributarias Anuales**
- 3. Que se ordene, a cada una de las requeridas poner término inmediato a todo acto, contrato o convención que implique la ejecución o celebración de tales acuerdos anticompetitivos.
- 4. Que se condena en costas a las requeridas; sin perjuicio de la adopción de otras medidas correctivas o prohibitivas que ese H. Tribunal estime pertinentes, con el objeto de precaver que los hechos a que da lugar el presente requerimiento se reiteren en lo sucesivo.

PRIMER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que señalo a doña Juana Ortiz Madrid, Receptora Judicial, con domicilio en Bandera N° 465, oficina 704, comuna y ciudad de Santiago, para los efectos de practicar la notificación del

requerimiento de autos y realizar todas aquellas diligencias en las que durante la prosecución del proceso sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, en su respectivo territorio jurisdiccional, sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación en cualquier momento.

SEGUNDO OTROSI: Tenga presente el H. Tribunal 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 Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados de la Fiscalía don Cristián R. Reyes Cid, doña Carolina Bawlitza Fores, y don Carlos Silva Alliende, 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.

