

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 113/2011

Santiago, diecinueve de octubre de dos mil once

VISTOS:

1. Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica:

- 1.1. Con fecha 17 de diciembre de 2009, según consta a fojas 1 y siguientes, la Fiscalía Nacional Económica (en lo sucesivo también e indistintamente “FNE”, la “Fiscalía” o la “requirente”) presenta ante el Tribunal un requerimiento en contra de las siguientes personas jurídicas: Abercrombie & Kent S.A. (en adelante, “A&K”), ADSmundo Turismo Ltda. (en adelante, “ADS”), Turismo Cocha S.A. (en adelante, “Cocha”), Chilean Travel Services Ltda. (en adelante, “CTS”) y Turavión Ltda. (en adelante, “Turavión”) por las infracciones al artículo 3° del DL Nº 211 que detalla en su presentación;
- 1.2. En cuanto a los hechos señala la Fiscalía que las requeridas, actuando de consuno, habrían exigido a Explora Chile S.A. el incremento de las comisiones que dicha empresa les pagaba por concepto de comercialización de sus servicios, bajo amenaza de dejar de vender dichos servicios;
- 1.3. Para tales efectos se habría citado a Jesús Parrilla, Vicepresidente de Explora, a una reunión el 20 de febrero de 2008, con el pretexto de discutir acciones comerciales a seguir en la industria;
- 1.4. En dicha reunión se habría exigido a Explora un aumento de su comisión desde un 20 a un 25%. De no acceder los operadores dejarían de comercializar sus servicios y desviarían ventas a otras cadenas hoteleras;
- 1.5. Explora comunica su negativa a subir la comisión, vía correo electrónico y, ante la respuesta de Explora, indica la FNE que las requeridas mantuvieron su coordinación y la presión sobre Explora;
- 1.6. Explora resistió estas presiones y denunció los hechos ante la FNE, organismo que estima que no obstante la resistencia de Explora existe un serio peligro que en definitiva no pueda sino ceder a las mismas, dado el poder que detentan las requeridas;
- 1.7. En cuanto al mercado relevante, lo define como: *“la distribución mayorista de servicios hoteleros de lujo en zonas extremas efectuada por los operadores de turismo receptivo en Chile”*. Justifica su definición asignando importancia a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los agentes turísticos nacionales como canal para la comercialización de los hoteles y efectúa una caracterización de los consumidores que demandan servicios de hotelería de lujo;

- 1.8. Menciona la Fiscalía que, para esta definición de mercado relevante, la participación de las requeridas para el período 2006-2009 se encuentra por encima del 65%, lo que permite afirmar que el mercado de distribución mayorista de servicios hoteleros de lujo efectuada por los operadores mayoristas de turismo receptivo en Chile es concentrado;
- 1.9. Respecto a las condiciones de entrada, señala que no existirían barreras legales a la entrada de otros competidores a esta industria, y que en cuanto a los costos hundidos, 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: gastos en publicidad, marketing y reputación y estudios sobre características de la demanda;
- 1.10. Indica también la FNE que el tiempo para convertirse en real competidor es clave. Un nuevo operador requerirá una red de contactos, inversión financiera y tiempo para desarrollar los vínculos de confianza y reputación que poseen las firmas incumbentes, por lo que no sería posible competir en iguales condiciones con éstas en el corto plazo;
- 1.11. Del mismo modo, dentro de las variables estratégicas, observa la FNE que la reputación de las requeridas influye sobre la entrada al mercado y en el accionar de quienes operan en el mismo, por lo que las requeridas, dada su posición de mercado, tienen espacio para comportamientos estratégicos, los que han sido y pueden seguir siendo utilizados;
- 1.12. Específicamente, este comportamiento estratégico consistiría en desvíos de ventas por parte de las agencias, esto es, el traspaso de clientes que buscan algún producto turístico en particular desde una firma que presta servicios hoteleros hacia otra competidora, y ello como método de presión y castigo a la primera;
- 1.13. La conducta anti competitiva de las requeridas quedaría manifiesta, según el requerimiento, en el acuerdo para subir la comisión alcanzado entre éstas, considerando los términos de la reunión de 20 de febrero de 2008, como asimismo las comunicaciones posteriores y la amenaza de desvío de ventas en caso de no acatar las condiciones planteadas;
- 1.14. Tal amenaza de desvío de demanda por los servicios de Explora a su juicio habría sido creíble, dada la alta participación de mercado de las requeridas,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la existencia de competencia efectiva para los hoteles Explora, el hecho de que las comisiones de otros hoteles competidores sean más elevadas y la importancia de los tour operadores nacionales para un segmento específico de los consumidores;

- 1.15. Respecto a las conductas que infringirían el artículo 3° del DL N° 211, señala la Fiscalía que mediante el acuerdo las requeridas acordaron fijar el precio de la comisión de Explora, configurándose de este modo la conducta de la letra a) del artículo 3° antes citado;
- 1.16. Indica además que el acuerdo para boicotear la política comercial de Explora cumple con los elementos indicados por el TDLC en la Sentencia 79/2008 como constitutivos del ilícito de colusión;
- 1.17. Por último, y en cuanto a la aptitud objetiva del acuerdo para producir un resultado anticompetitivo, indica la FNE que lo relevante es el poder de mercado que éste le confiere a sus partícipes, requisito que estima configurado en la especie por poseer las requeridas en conjunto un 65% de participación en el mercado relevante descrito;
- 1.18. Atendido lo expuesto, la FNE solicita el cese de estas prácticas y la orden de no ejecutarlas en el futuro; se aplique una multa de 2000 UTA para cada una de las requeridas; que se ponga término a todo acto, contrato o convención que implique ejecución o celebración de acuerdos anticompetitivos; y, que se condene en costas a las requeridas;

2. Tercero coadyuvante: Explora Chile S.A:

- 2.1. A fojas 122, comparece don Luis Alberto Camus Ibáñez, en representación de Explora Chile S.A., quien indica que dado que las conductas imputadas por la Fiscalía Nacional Económica afectan y han afectado directamente a Explora Chile S.A. viene en hacerse parte en calidad de tercero coadyuvante de la requirente;

3. Contestación de Turavión:

- 3.1. Con fecha 25 de enero de 2010, según consta a fojas 94 y siguientes, Turavión contesta el requerimiento, solicitando su rechazo, con costas;
- 3.2. Afirma la requerida que la fundamentación del requerimiento es insuficiente y que los argumentos vertidos en él son contradictorios, por lo que debiera declararse su inadmisibilidad. Especifica que de existir un acuerdo, no fue espontáneo e incausado o inmotivado, sino que se insertó dentro de una larga relación comercial previa habida entre las partes, relación que, en opinión de la requerida, no fue explicada ni relatada en el requerimiento;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 3.3. Agrega que las peticiones son contradictorias y que no existen peticiones concretas, citando al efecto los párrafos pertinentes del requerimiento;
- 3.4. En cuanto a los hechos fundantes, señala que no son efectivos en los términos expuestos por la FNE. Relata primeramente la relación comercial con Explora, para luego afirmar que la oferta de incremento de la comisión fue una iniciativa escrita y genérica de Explora;
- 3.5. Turavión afirma que todos los operadores del mercado advirtieron la necesidad de mejorar diversos aspectos del mismo, y que se requerían acuerdos regulatorios lícitos comunes. De dicha idea surgió la proposición de una mesa de trabajo en la que se trataron diversos temas entre ellos la oferta de Explora relativa a las comisiones. Ese fue el objeto de la reunión de 20 de febrero de 2008 y no otro. Consecuencialmente, Turavión niega la existencia de colusión de las requeridas;
- 3.6. En cuanto a la definición de mercado relevante de la FNE, afirma que fue estructurado de manera arbitraria por la FNE; y que en cuanto al ilícito imputado, señala que no se configura en la especie y afirma que la FNE habría construido el ilícito por referencias o analogía, cuestión que califica como contraria a derecho;

4. Contestación de CTS:

- 4.1. Con fecha 2 de marzo de 2010, según consta a fojas 127 y siguientes, fue presentada la contestación del requerimiento por parte de CTS, solicitando su rechazo, con costas;
- 4.2. CTS niega haber pactado acuerdo alguno con las requeridas que pueda afectar la libre competencia; que no ha exigido de Explora un incremento de las comisiones; que no ha incurrido en amenazas respecto de Explora; que no ha tenido actitud hostil respecto de aquella; que no ha desviado ventas de Explora a otras cadenas de hoteles; que no ha ejercido ningún tipo de presión respecto de ésta; y, que no ha recibido beneficio alguno de los hechos que dicen relación con la reunión de 20 de febrero de 2008;
- 4.3. Adicionalmente señala CTS que su patrón de conducta no es comparable con el de las demás requeridas, indicando que de hecho sus ventas en todos los hoteles Explora aumentaron durante el año 2008;
- 4.4. En este entendido, afirma que no escribió ni suscribió el email de respuesta a Jesús Parrilla, sino que lo habría hecho de manera particular sin que exista evidencia respecto de descontento ni coordinación con las requeridas, ni menos presión respecto de Explora;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 4.5. Afirma por otra parte, que desde antes de la reunión, Explora y CTS han tenido una excelente relación comercial, y destaca que la participación de CTS en las ventas de Explora no promedia más de un 1,9% de las mismas;
- 4.6. Indica que el requerimiento omite referirse a características esenciales de la industria y del mercado relevante, su funcionamiento e intereses que lo gobiernan;
- 4.7. Describe a continuación al consumidor de los servicios hoteleros de lujo; la relación entre los operadores turísticos nacionales y los extranjeros, y la relación de los nacionales con la propia Explora;
- 4.8. Afirma que se habría restringido de manera indebida el mercado relevante, causando distorsión en las cifras, razonamientos y conclusiones que de dicho concepto derivan;
- 4.9. Se le critica además haber excluido de dicha definición a ciertos agentes, esto es, los operadores de turismo y las agencias de turismo extranjeras, así como la comercialización mayorista que ellos efectúan;
- 4.10. En cuanto al mercado relevante, considera que el producto no es solo la hotelería de lujo, sino que los servicios turísticos de lujo en general por lo cual estiman que tal mercado relevante es *“la distribución mayorista de servicios turísticos de lujo en zonas extremas de Chile”*;
- 4.11. En cuanto a la conducta que se le imputa, la requerida efectúa un análisis respecto de la tipicidad, nexo causal y del resultado, para concluir que no se desprenden de la conducta de CTS elementos que permitan construir un ilícito que amerite sanción a su respecto, no concurriendo en la especie los elementos del tipo;
- 4.12. Respecto de este mismo punto, dedica varios párrafos al análisis del supuesto acuerdo entre las requeridas y afirma que el eventual poder que éste les otorgaba en ningún caso les entregaba la capacidad efectiva de imponer algo al sujeto destinatario de la presunta infracción monopólica;
- 4.13. Por último, esta requerida afirma que Explora tiene alto poder de mercado, atendido que la demanda del producto que vende presenta un alto grado de inelasticidad y que es una empresa proveedora de bienes escasos e insustituibles, todo lo cual revela el alto grado de dependencia de los operadores turísticos nacionales respecto de ella, y no al revés;

5. Contestación de Turismo Cocha S.A:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 5.1. Con fecha 5 de marzo de 2010 la requerida Turismo Cocha S.A. contesta el requerimiento, según consta a fojas 169 y siguientes. Solicita el rechazo de éste y expresa condena en costas;
- 5.2. Explica la requerida de manera detallada el contexto en el cual se llevó a cabo la reunión de fecha 20 de febrero de 2008 y la relación que la liga con Explora;
- 5.3. Describe la reunión como una negociación comercial, cuya especialidad radica en que cinco operadores creyeron pertinente actuar conjuntamente para plantear peticiones, sugerencias e inquietudes a Explora. Niega la existencia de amenazas, y que, de existir aquellas, no habrían sido creíbles para Explora;
- 5.4. Estima la requerida que la descripción de la conducta es inexacta y que no se ajusta a la realidad. No hubo, en su versión, exigencias de pago de comisión del 25%, sino una negociación comercial y una contrapropuesta rechazada por Explora;
- 5.5. Respecto a los hechos mencionados en el requerimiento, afirma que el relato contenido en el mismo, se orienta en función de hacer plausible el cargo que se formula a las requeridas, por medio de citas parciales de correos electrónicos y omisiones de antecedentes, indicando que lo único que se dio en la especie fue un intento fallido de negociar condiciones más favorables para Cocha;
- 5.6. En cuanto al mercado relevante, afirma Cocha que la definición de la FNE es la única que permite sustentar la tesis del acuerdo colusorio y que no existen argumentos serios que permitan sostener que la comercialización a través de operadores nacionales no tiene sustitutos cercanos;
- 5.7. Existen, en opinión de esta requerida, otros medios o canales de distribución, esto es, operadores extranjeros y venta o comercialización directa por parte de Explora, relacionada además con programas de fidelización, lo cual permite sostener que existe un importante grado de sustitución entre las formas directas e indirectas de comercialización de los servicios hoteleros de Explora;
- 5.8. En cuanto a la inexistencia de poder de mercado, afirma Cocha que la participación de las requeridas en las ventas de Explora asciende a un 21%, porcentaje que evidentemente es insuficiente para ejercer poder de mercado;
- 5.9. Sumado a lo anterior y en relación a las condiciones de entrada al mercado, esta requerida indica que se trata de un mercado extraordinariamente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

desafiante, refutando de este modo la tesis de la Fiscalía. Indica que para montar una oficina de intermediación de servicios turísticos y hoteleros no se requiere una inversión especial de un monto digno de ser mencionado y que es factible instalar una oficina en Chile y hacer uso de una red de contactos internacionales o comprar el capital humano necesario para hacerse de tal red;

- 5.10. En lo concerniente a comportamientos estratégicos, esta requerida indica que es Explora quien dispone de una ventaja estratégica frente a los operadores mayoristas nacionales, lo que le permite imponer sus condiciones sin contrapesos al momento de determinar sus comisiones;
- 5.11. Respecto a la conducta de las requeridas, afirma en primer lugar que no existió acuerdo colusorio alguno y, en segundo lugar, que la definición de mercado relevante de la FNE es irreal y responde a la necesidad de configurar un poder de mercado de las requeridas, el que a su juicio no existe;
- 5.12. Sobre la tesis de que existirían amenazas de desvío de ventas hacia otras firmas competidoras de Explora, menciona que éstas serían insostenibles, dado que los hoteles de esa compañía forman parte de un poderoso y agresivo conglomerado empresarial, cuya oferta es difícilmente sustituible por otros hoteles;
- 5.13. Señala que lejos de configurarse en la especie el desvío de ventas, las ventas de Explora a través de las requeridas no sólo no disminuyeron sino que aumentaron en el período siguiente al supuesto acuerdo colusorio;
- 5.14. En cuanto al derecho, afirma que ninguno de los supuestos del tipo infraccional se configura en la especie, toda vez que: a) no existió acuerdo en el sentido exigido en la norma, como tampoco dolo en la actuación de la requerida; b) las requeridas no obtuvieron poder de mercado mediante el supuesto acuerdo ya que su participación conjunta en el mercado relevante ascendía al 21%, cifra insuficiente para imponer condiciones a Explora; y, c) las requeridas no hicieron abuso de una posición dominante, de la que desde luego carecían;
- 5.15. Por último, señala que no existiría fundamento para la multa solicitada por la Fiscalía, analizando y desvirtuando cada uno de los criterios utilizados para solicitar su imposición;

6. Contestación de ADS:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 6.1. Con fecha 5 de marzo de 2010, según consta a fojas 223 y siguientes, contesta el requerimiento ADS, solicitando su rechazo con costas;
- 6.2. ADS opone primeramente como excepción de fondo la falta de legitimidad activa del Fiscal Nacional Económico para interponer el requerimiento de autos, atendido lo dispuesto en la letra b) del artículo 39 del D.L. 211, por lo que pide su rechazo, con costas;
- 6.3. En cuanto a los hechos, indica que la reunión del día 20 de febrero de 2008 tuvo por objeto buscar vías de solución de la situación que Explora había provocado a las requeridas, como consecuencia del rompimiento de la cadena de comercialización de los servicios de Explora, intentando buscar nuevas condiciones y buscando políticas comunes de promoción en el extranjero de estos servicios;
- 6.4. Añade que, como consecuencia del actuar de Explora, sus ventas disminuyeron ostensiblemente incluso antes de la reunión citada en el requerimiento;
- 6.5. Indica que la nueva estrategia de negocios de Explora dejó a las requeridas sin margen de utilidad. Expone que es Explora quien decide el precio final de sus servicios sin que ninguno de los intervinientes en su comercialización pueda modificarlo;
- 6.6. ADS no habría condicionado ni exigido un aumento de comisión, ni amenazó con desvío de ventas. De hecho, indica que continúa comercializando y promocionando los servicios de Explora;
- 6.7. Señala que la FNE comete una serie de errores al determinar el mercado relevante, y lo define como *“aquél en que se realiza, por parte de operadores nacionales y extranjeros, la distribución de servicios hoteleros de lujo que se prestan en zonas del mundo extrema y/o apartadas y que fueron adquiridos por el operador directamente del proveedor, sin intermediarios”*;
- 6.8. Afirma que el referido mercado se caracteriza por ser un mercado atomizado, desconcentrado y con nulas barreras a la entrada;
- 6.9. Respecto de comportamientos estratégicos, niega que la requerida haya desviado solicitudes de venta que recibe por un operador y mucho menos que dicha conducta haya sido especialmente urdida;
- 6.10. Señala además que las requeridas han disminuido su participación en el mercado relevante como consecuencia de las acciones de Explora;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 6.11. Asimismo afirma que las requeridas carecen de poder de mercado respecto de Explora, atendidas las cifras de participación de éstas en las ventas de dicha compañía, entregadas por la propia FNE;
- 6.12. En cuanto al ilícito anticompetitivo, señala que no se cumplen en la especie los requisitos para que éste se configure atendidos los siguientes argumentos: a) en cuanto a la existencia del acuerdo, señala que las requeridas jamás se coludieron a fin de exigirle a Explora que aumentara la comisión; b) en cuanto a que la conducta tenga por objeto obtener un poder de mercado, afirman que las requeridas carecen, en conjunto, de una posición de dominio como para atentarse contra la libre competencia; c) respecto de abusos de poder de mercado, señalan que la conducta que se les imputa es inidónea para obtener tal poder de mercado; d) que no existe dolo a su respecto, toda vez que no existe intención de conculcar la libre competencia; y, e) que la conducta de las requeridas carece de aptitud objetiva para lesionar la libre competencia pues carecen de posición dominante en el mercado;
- 6.13. Por último, afirma que la multa solicitada por la Fiscalía es improcedente y desproporcionada a la luz de la conducta en que habrían incurrido las requeridas y la ausencia de efectos de la misma. Por lo anterior, solicita que, en caso de sancionar a ADS, dicha multa sea sustancialmente menor;

7. Contestación de A&K:

- 7.1. Con fecha 8 de marzo de 2010, según consta a fojas 272 y siguientes, la requerida Abercrombie & Kent contesta el requerimiento solicitando su rechazo, con costas;
- 7.2. En cuanto al mercado relevante, lo define como *“la comercialización de los productos ofrecidos por hoteles de lujo ubicados en zonas extremas de Chile”*;
- 7.3. Tras dicha conceptualización, efectúa una descripción del funcionamiento de la industria, de los agentes que intervienen en él y su calidad de sustitutos entre sí;
- 7.4. Luego se ocupa de criticar la definición de mercado relevante efectuada por la FNE, señalando que lo limita a la “distribución” de productos, que sólo incluye a los operadores “mayoristas”; que lo limita a los “operadores de turismo receptivo”; y, que sólo abarca los agentes situados en Chile. Por las mismas razones considera que la definición adecuada es la proporcionada por la requerida;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 7.5. Señala A&K en su escrito que, a diferencia de los sostenido por la FNE, las requeridas compiten con los hoteles de lujo ubicados en zonas extremas, agencias de viaje situadas en Chile, agencias de viaje extranjeras, otros operadores mayoristas instalados en Chile y operadores mayoristas de turismo extranjeros;
- 7.6. Atendido lo anterior, afirman que el mercado relevante es altamente desconcentrado y atomizado, agregando que no presenta barreras de entrada. Señala al efecto diversas compañías que ingresaron al mercado durante los años anteriores a los hechos investigados;
- 7.7. Indica que de la propia información acompañada por la FNE se desprende que han bajado los índices de concentración en más de un 20%;
- 7.8. Desvirtúa las afirmaciones de la FNE en cuanto a que la reputación de los *tour* operadores y su red de contactos serían barreras a la entrada, calificándolas como vagas y carentes de sustento fáctico;
- 7.9. Describe el mercado relevante en que participa Explora, afirmando que tiene un monopolio en Isla de Pascua y una clara posición de dominio en San Pedro de Atacama y la Patagonia Chilena. Dado lo descrito, los operadores nacionales de turismo receptivo necesitan y dependen de dicha compañía;
- 7.10. Menciona que las ventas de productos Explora equivalen al 23,5% del total de sus ventas y que por lo mismo no es posible que sea A&K quien ejerza posición dominante. Los actos abusivos son realizados por Explora en ejercicio de su posición dominante;
- 7.11. Respecto de los hechos relatados en el requerimiento por la Fiscalía, los niega tajantemente. Aclaran que ocurrieron de manera distinta a como los plantea la FNE;
- 7.12. Menciona que en forma previa a la reunión, habría sido Explora quien presentó una sola y única propuesta de comisiones, intentando uniformarlas. Además, dice que en la reunión de 20 de febrero de 2008 sólo se discutieron asuntos generales de relevancia para la industria;
- 7.13. Al respecto, la requerida señala que se limitó a transmitir a Explora una inquietud que constantemente recibe de los *tour* operadores extranjeros, en orden a aumentar las comisiones indicando en su presentación las razones que lo justificarían;
- 7.14. Descarta por otra parte la existencia de amenazas, exigencias o peticiones, indicando que el contenido de los correos electrónicos se ha tergiversado y que ha sido citado parcialmente;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 7.15. Señala que no ha habido en la actuación de la requerida acto alguno que pueda calificarse como contrario a la libre competencia, que no se ha coludido con ninguna de las requeridas y que la FNE ha calificado inadecuadamente la reunión sostenida con Explora. Dicha reunión no fue más que un intercambio de ideas sobre temas generales, lo que descarta la tesis de colusión;
- 7.16. Descarta la existencia de amenazas. Señala que no resultan creíbles desde el momento en que no es posible para A&K prescindir del producto Explora. Dado que las requeridas carecen de poder de mercado, la supuesta colusión carece de la aptitud causal para lesionar la libre competencia. Señalan además que es deber de la FNE probar lo contrario;
- 7.17. Afirma que en la especie no se configuran los presupuestos básicos del ilícito antimonopólico, por lo que el requerimiento debe rechazarse;
- 7.18. Sobre la supuesta colusión entre los *tour* operadores, indica esta requerida que su actuar fue siempre lícito y que se limitó a plantear inquietudes que en definitiva buscaban el beneficio de la industria. En cualquier caso reitera que las requeridas carecen de poder de mercado y que en base al poder de mercado que ostenta Explora, esta última ha evitado pagar a las requeridas el precio justo por los servicios de intermediación;
- 7.19. Respecto del desvío de ventas, lo descartan de plano y afirman que A&K ha incrementado su intermediación en los últimos años: 21% el año 2007; 21% el año 2008 y 23,5% el año 2009. Respecto de las cifras indicadas por la FNE, en caso de ser efectivas, pueden tener justificación en el monopolio de Explora en Isla de Pascua y la competencia de su hotel en Atacama;
- 7.20. Por todo lo expuesto concluye que el requerimiento es improcedente;
- 7.21. Señala que, dada la forma en que ocurrieron los hechos, la multa solicitada por la FNE es improcedente y desproporcionada;
- 7.22. En subsidio de dicha alegación, pide se aplique la multa más baja posible debiendo aplicarse el principio de proporcionalidad en relación a la entidad de la infracción que se sanciona;
- 7.23. A&K solicita, por último, que el Tribunal tenga presente al momento de determinar la multa el inexistente beneficio económico para la requerida, la falta de gravedad de la conducta reprochada, la irreprochable conducta anterior de A&K y la colaboración que ha prestado a la FNE en la investigación;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8. Resolución que recibe la causa a prueba:

8.1. El texto refundido de dicha resolución rola a fojas 341, y contempla los siguientes hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos: (i) Estructura, características y evolución de la participación de las requeridas y de Explora Chile S.A. en los mercados en que incidirían las conductas imputadas; (ii) Existencia de un acuerdo entre las requeridas, respecto de la modificación de las comisiones y otras condiciones comerciales pactadas con Explora Chile S.A. Época, objeto y efectos actuales o potenciales del mismo; (iii) Existencia y monto de los beneficios económicos que habría obtenido cada una de las requeridas con motivo de las conductas imputadas, y su eventual calidad de reincidentes. Colaboración prestada por las requeridas a la FNE respecto de los hechos materia de la causa;

9. Prueba rendida en el proceso:

9.1. Prueba documental y testimonial rendida por la Fiscalía Nacional Económica:

9.1.1. En cuanto a la prueba documental:(i) A fojas 365 y siguientes, la FNE acompañó expediente de investigación reservada, Rol N°1144-08; (ii) A fojas 2375 y siguientes, acompañó informe económico sobre el mercado relevante de autos, preparado por don Esteban Zárate Rojas:

9.1.2. En cuanto a la prueba testimonial: (i) A fojas 1142 y 1153 declaró como testigo don Gastón Cummins Ugalde; (ii) A fojas 1158, don Daniel Andrés Fernando González Correa; (iii) A fojas 1159, don Jesús Parrilla Recuero;

9.2. Prueba documental y testimonial rendida por Explora S.A.:

9.2.1. En cuanto a la prueba documental: (i) A fojas 1221, acompañó revista denominada "Viajes & Negocios" de Cocha; (ii) A fojas 1356, acompañó informe económico; (iii) A fojas 1940 y siguientes, y en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal, acompañó, bajo confidencialidad, información sobre la tasa de ocupación de cada uno de los hoteles de Explora; ingresos por ventas, desglosados por canal; listas de precios vigentes; comisiones y descuentos acordados con cada uno de los canales; gastos en publicidad; descuentos aplicados por Explora en los años 2008 y 2009; comisión promedio por canal de venta y año en el período que va entre 2005 y 2009; descuentos aplicados por Explora a las requeridas; y, análisis respecto de las ventas directas, por medio de agencias y tour operadores nacionales y extranjeros del producto Explora; (iv) A fojas 2204, acompañó reportaje del diario La Tercera, denominado "Elaboran perfil de los cinco tipos de turistas que visitan Chile"; (v) A fojas 3440, acompañó carta del General Manager

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Metropolitan Touring y, bajo confidencialidad, cuadro con noches cama de Explora vendidas por Metropolitan Touring en el período correspondiente entre junio de 2009 y mayo de 2011; (vi) Certificación notarial de 26 de enero de 2011 del notario Raúl Perry Pefaur que contiene como documento protocolizado impresión del estudio denominado “Estudio de Tipificación de la Demanda Turística potencial de Chile, Información Disponible sobre Chile y su Oferta Turística por parte de los Tours Operadores Internacionales” elaborado por Sernatur;

9.2.2. En cuanto a la prueba testimonial: (i) A fojas 1295 declaró como testigo don Laurent Francis Devlieger Rodríguez; (ii) A fojas 1363, don Jorge Leopoldo Goles Spiess; (iii) A fojas 1364, don Ricardo Daniel Paredes Molina;

9.3. Prueba documental y testimonial rendida por Turavión:

9.3.1. En cuanto a la prueba documental: (i) A fojas 522 y siguientes, acompañó informe económico y copia de los informes requeridos a Turavión por parte de la Fiscalía Nacional Económica; (ii) A fojas 1680, folleto turístico denominado “Guía Mundo 2009-2010” de Atom.

9.3.2. En cuanto a la prueba testimonial: (i) A fojas 1428 declaró como testigo don Daniel José Meyer Krumholz; (ii) A fojas 1458, don Maximo Salvi; (iii) A fojas 1459, don Juan Luis Bongiovanni;

9.4. Prueba documental y testimonial rendida por Chilean Travel Services Ltda.:

9.4.1. En cuanto a la prueba documental: (i) A fojas 3020 y siguientes, acompañó copias autorizadas de facturas de comisión cobradas a Explora por ventas intermediadas por CTS los años 2007 y 2008; correo electrónico entre Jesús Parrila y Francois Carrere de 3 y 5 de marzo de 2008; copia autorizada de premio reconocimiento otorgado por Explora a CTS; tarjeta de invitación enviada por Explora; set de correos electrónicos relativos a la relación comercial entre la requerida y Explora; copias autorizadas de cartas de cobranza; confirmación y solicitud de reservas; antecedentes societarios del operador Metropolitan Touring Chile S.A.; documentos relativos a la constitución de empresas operadoras de turismo; impresiones de sitios web; artículos de prensa; folletos ilustrados; listados de tarifas; publicaciones en distintas revistas y sitios web; (ii) A fojas 3114, acompañó informe legal económico denominado “ Informe Chilean Travel Services (CTS) sobre libre competencia en causa rol 197-09”, preparado por Ricardo Jungmann y María Elina Cruz y listado de ventas realizado por CTS a Explora en los años 2007 y 2008; (i) A fojas 618 y siguientes acompañó

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

copia de los oficios reservados con información entregada por la Fiscalía a CTS;

9.4.2. En cuanto a la prueba testimonial: (i) A fojas 2121, declaró como testigo don Franz Christian Orthmann Testa; (ii) A fojas 2122, don Pablo Humberto Negri Edwards;

9.5. Prueba documental y testimonial rendida por Turismo Cocha S.A.:

9.5.1. En cuanto a la prueba documental:(i) A fojas 1007 y siguientes, acompañó correspondencia entre Explora y Cocha, reportajes y artículos periodísticos a los hoteles Explora, informes computacionales de elaboración propia de la requerida respecto de la comercialización de productos Explora, artículos de prensa, folletos, copia de la Ley N°19.253 que establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena; (ii) A fojas 1053 y siguientes acompañó informe económico; (iii) A fojas 1166, se agregó Oficio N° 210 de la Corporación Nacional Forestal; (iv) A fojas 1818, acompañó informe sobre ventas y comisiones pagadas por Explora a la requerida, certificado por PricewaterhouseCoopers; (v) A fojas 3302, acompañó certificados suscritos por el contador general de Turismo Cocha S.A. en relación a ventas totales de turismo receptivo efectuado por la compañía y ventas totales de productos Explora a través de Cocha S.A.; (vi) A fojas 3683 y 3685, acompañó correos electrónicos, los que el Tribunal ordenó agregar al proceso en uso de la facultad del inciso 2º del artículo 22 del D.L. 211.

9.5.2. En cuanto a la prueba testimonial: (i) A fojas 1768 declaró como testigo don Jorge Antonio Quiroz Castro; (ii) A fojas 1821, don Felipe Arturo Givovich Díaz; (iii) A fojas 1856, don Jorge Moller Rivas;

9.6. Prueba documental y testimonial rendida por ADS Mundo Turismo Ltda.:

9.6.1. En cuanto a la prueba documental: (i) A fojas 388 y siguientes acompaña correspondencia y copias de correos electrónicos; (ii) A fojas 412 y siguientes, revistas de diversos tour operadores, cartas, correos electrónicos, libros y discos compactos con ofertas por parte de la requerida de los productos Explora, informes elaborados por la requerida respecto de ventas de productos Explora, folletos, impresiones de páginas web, informe de auditoría de elaboración propia, copias de respaldo de ventas, correspondencia con la Fiscalía Nacional Económica, e informe económico;(iii) A fojas 2047, catálogo denominado “Mundo Explora Chile 2007-2008” y correo electrónico enviado por Sales PatagoniaCamp.com;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(iv) A fojas 2300, acompañó documento denominado “Informe 5.- Compra de Productos Explora por ADSMUNDO Nacional y Receptivo años 2005 - 2009 en base a la fecha de ingreso de pasajeros a los hoteles y análisis de comportamiento de clientes” y documento denominado “Informe 6.- Detalle de facturas de comisión emitidas a Explora durante los años 2007-2008-2009”; (v) A fojas 2311, acompañó certificación notarial que forma parte del Informe 5, acompañado a fojas 2300 y siguientes; (vi) A fojas 3269, documento denominado “Informe 5.- Compra de Productos Explora por ADSMUNDO Nacional y Receptivo años 2005-2009 en base ala fecha de ingreso de pasajeros a los hoteles y análisis de comportamiento de clientes” e “Informe 6.- Detalle de facturas de comisión emitidas a Explora durante los años 2007-2008-2009”;

9.6.2. En cuanto a la prueba testimonial: (i) A fojas 2039 declaró como testigo, don Julio Jesús Salamanca Gallego; (ii) A fojas 2040 don Pablo Andrés Araya Villarroel; (iii) A fojas 2041, don Patricio Sandro Rojas Ramos;

9.7. Prueba documental y testimonial rendida por Aberkrombie & Kent S.A.:

9.7.1. En cuanto a la prueba documental:(i) A fojas 1003 y siguientes, acompañó documentos societarios de Explora S.A., tales como su escritura de constitución, extractos y modificaciones a dicha sociedad; documentos denominados “Tarifarios” correspondientes a diversos períodos entre los años 2007 a 2011; folletos; e impresiones de sitios web; (ii) A fojas 3174 acompañó acta notarial extendida por el notario Patricio Zaldívar de fecha 18 de mayo de 2011 y estudio preparado por Surlatina Auditores Limitada en relación a las ventas de Aberkrombie & Kent Chile S.A. en el período 2007-2009;

9.7.2. En cuanto a la prueba testimonial: (i) A fojas 1954 declaró como testigo, don Juan Luis Crespo Larraín; (ii) A fojas 1955, don Gary Mark James;

10. Observaciones a la prueba:

10.1. A fojas 3273, con fecha 18 de mayo de 2011, Adsmundo Turismo Limitada hizo presente sus observaciones a la prueba; a fojas 3309, con fecha 19 de mayo de 2011, lo hizo la Fiscalía Nacional Económica; a fojas 3493, con fecha 23 de mayo de 2011, C.T.S. Turismo Limitada; a fojas 3542, con fecha 27 de mayo de 2011, Turismo Cocha S.A.; a fojas 3845, con fecha 31 de mayo de 2011, Explora Chile S.A;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

11. Resolución que ordena traer los autos en relación y vista de causa:

11.1. A fojas 2324, con fecha 15 de marzo de 2011, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y, fijó la vista de la causa para la audiencia del día 1 de junio de 2011. La vista de la causa se llevó a cabo en las audiencias de los días 1 y 2 de junio de 2011, alegando los apoderados de las partes

11.2. A fojas 3598, 3627, 3687, 3718, 3743, 3789, 3813, rolan las minutas de alegato que, en copia, dejaron los apoderados de la Fiscalía Nacional Económica, Explora Chile S.A., Turismo Cocha S.A., Abercrombie & Kent, Adsmundo Turismo Ltda., y CTS Turismo Ltda;

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que, como se consignó en lo expositivo de este fallo, con fecha 17 de diciembre de 2009, el Sr. Fiscal Nacional Económico interpuso un requerimiento en contra de las empresas operadoras de turismo Abercrombie & Kent (“A&K”), Adsmundo Turismo Ltda. (“Adsmundo”), Turismo Cocha S.A. (“Cocha”), Chilean Travel Services Ltda. (“CTS”) y Turavión Ltda. (“Turavión”), en el que, en síntesis, les imputa haber actuado de consuno para exigir a Explora Chile S.A. el incremento de las comisiones que dicha empresa les pagaba por concepto de comercialización de sus servicios, bajo amenaza de dejar de venderlos. En opinión de la FNE, se configuraría en la especie la conducta de la letra a) del artículo 3° del D.L. 211;

Segundo. Que el Sr. Fiscal solicita a este Tribunal se ordene el cese de estas prácticas y no ejecutarlas en el futuro; que se aplique una multa de 2000 UTA a cada una de las empresas denunciadas; que se ponga término a todo acto, contrato o convención que implique ejecución o celebración de acuerdos anticompetitivos; y, que se condene en costas a las requeridas;

Tercero. Que, en su contestación, Turavión señaló que, de haber existido un acuerdo, éste se insertó dentro de una larga relación comercial previa; que los hechos expuestos por la FNE no son efectivos; que los operadores advirtieron la necesidad de mejorar diversos aspectos del mercado; y que por ello propusieron una mesa de trabajo, negando cualquier hipótesis de colusión;

Cuarto. Que, por su parte, CTS niega en su contestación los hechos que se le imputan; señala que a su respecto no existe evidencia de descontento ni coordinación con las requeridas ni menos presión respecto de Explora, destacando su excelente relación comercial con esa compañía. Señala que no se desprenden de la conducta de CTS elementos que permitan configurar un ilícito

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que amerite sanción a su respecto y que, por lo demás, en ningún caso el supuesto acuerdo les otorgaba la capacidad efectiva de imponer algo al sujeto destinatario de la presunta infracción monopólica;

Quinto. Que en su contestación, Cocha describe el contexto en que se llevó a cabo la reunión, calificándola como una negociación comercial en la que se plantearon peticiones, sugerencias e inquietudes a Explora. Señala que no hubo exigencias de pago de comisión del 25%, sino una negociación en la que Explora rechazó la propuesta. Afirma que no existió acuerdo colusorio alguno y que ninguno de los supuestos del tipo infraccional se configura en la especie, conforme se expuso en la parte expositiva de este fallo;

Sexto. Que Adsmundo señala en su contestación que la reunión del 20 de febrero de 2008 tuvo por objeto buscar vías de solución de la situación que Explora había provocado a las requeridas como consecuencia del rompimiento de la cadena de comercialización de los servicios de dicha compañía, en un intento de buscar nuevas condiciones y políticas comunes de promoción. Señala que no habría condicionado ni exigido un aumento de comisión, ni amenazó con desvío de venta. Resalta el hecho que ha seguido comercializando y promocionando los servicios de Explora. En cuanto al ilícito anticompetitivo que se le imputa, señala que en la especie no se cumplen los requisitos para que este se configure;

Séptimo. Que a su turno, y tal como se consignó en la parte expositiva del fallo, Aberkrombie & Kent niega los hechos relatados en el requerimiento, y afirma que ocurrieron de una manera distinta a como los plantea la FNE. En su versión, habría sido Explora quien presentó una sola y única propuesta de comisiones, intentando uniformarlas. Descarta la existencia de amenazas, exigencias o peticiones y, por ende, la tesis de la colusión, agregando que el contenido de los correos fue tergiversado. En opinión de esta requerida, no se configura en la especie el ilícito anticompetitivo y, en cualquier caso, las empresas denunciadas en autos carecen de poder de mercado;

Octavo. Que, tal como se consignó en la parte expositiva de este fallo, todas las requeridas han solicitado el rechazo del requerimiento, con costas;

Noveno. Que, en primer término, está acreditado en autos el hecho de haberse realizado una reunión el día 20 de febrero de 2008, en la que participaron las siguientes personas en representación de las empresas que en cada caso se indican: 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cocha S.A., don Francois Carrère González, Gerente General de CTS Turismo Ltda., don Luis Alejandro Segura Opazo, Gerente de Turismo Receptivo de Turavión Ltda. y don Jesús Parrilla Recuero, Vicepresidente Comercial de Explora.

Décimo. Que, en efecto, la existencia de la reunión fue reconocida a fojas 297 por Aberkrombie & Kent; a fojas 231 por Adsmundo; a fojas 174 por Cocha; a fojas 63, 64 y 65 del Tomo I del Expediente de Investigación de la Fiscalía Nacional Económica, agregado a fojas 365 y siguientes, por personeros de la requerida CTS Turismo; y a fojas 82 del Tomo I del Expediente de Investigación de la FNE, acompañado a fojas 365 y siguientes, por parte de Turavión. A este respecto, no hay antecedentes en contrario en el proceso;

Undécimo. Que, sin negar su participación en la mencionada reunión, las requeridas, a excepción de CTS, han ofrecido distintas explicaciones respecto de lo tratado en ella. Así, A&K expuso en su contestación de fojas 297 de autos que en ella se limitó a *“transmitir a Explora una inquietud que constantemente recibe de los tour operadores extranjeros”*. Por su parte, a fojas 231 de la contestación de Adsmundo, esta requerida expuso que el objetivo de su participación fue *“buscar las vías de una posible solución de la situación que la propia Explora había provocado a las requeridas, como consecuencia del rompimiento de la cadena de comercialización de los servicios de Explora por parte de ésta”*. A su turno, Cocha en su contestación de fojas 176, expuso que el objeto de la reunión no fue otro que *“mejorar la relación comercial, lo cual redundaría en un aumento de las ventas de Explora intermediadas por Cocha”*. Por último Turavión a fojas 105 y 106 de su contestación expuso que asistió a la instancia con el objeto de formar parte de una *“mesa de trabajo, en cuyo ámbito se trataron diversas materias, entre otras, la oferta de Explora S.A. relativa a las comisiones”*;

Duodécimo. Que, por su parte, el Sr. Jesús Parrilla en representación de Explora, asistió, el referido día 20 de febrero, a la reunión de la que se ha venido hablando. Así consta de su declaración de fojas 1189 y siguientes. En esta declaración el Sr. Parrilla afirma haber sido objeto de una trampa, pues lo tratado no se condijo con el temario que le anunciaron al invitarlo a participar en ella y que, en definitiva, fue presionado por las requeridas para subir la comisión de un 20% a un 25% del valor de la ventas. Añadió que en ese acto se comprometió a responder, en representación de Explora, la solicitud de las requeridas por medio de un correo electrónico;

Decimotercero. Que el Sr. Parrilla efectivamente respondió -por medio del correo electrónico agregado a fojas 13 del Tomo VI del Expediente de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Investigación de la FNE, acompañado a fojas 365 y siguientes, de fecha 3 de marzo de 2008, enviado a las 5:02 PM, documento no objetado- que Explora no accedería al incremento de comisión del 5% por sobre el nivel del 20% que regía a la fecha. El texto de la referida comunicación es el siguiente: *“Estimados: En relación con la petición formulada por ustedes en el contexto de la reunión a la que fui invitado, de 20 de febrero pasado, relativa al incremento de comisión del 5% sobre el nivel actual de 20%, debo informarles que después de un análisis profundo de su solicitud no podemos acceder a tal aumento de comisión que escapa a condiciones de mercado para una operación de las características y categoría de explora. Por otro lado, ratificamos nuestra propuesta de incentivos para este 2008, la cual tuve el placer de presentarles a cada uno de uds. En este punto, solicitamos nos definan su posición al respecto para la primera semana de marzo, de modo de iniciar el año con las reglas claras acerca de nuestra relación comercial. Sin otro particular y agradeciéndoles su atención al respecto, quedo a su disposición y servicio en espera de sus noticias. Atentos saludos, Jesús Parrilla”;*

Decimocuarto. Que obran en el expediente copias impresas de correos electrónicos enviados por don Alejandro Segura, de Turavión y por Pedro Barraza, de A&K, agregados a fojas 1 y 9 del Tomo VI del Expediente de Investigación de la FNE, respectivamente, en reacción al correo electrónico enviado por el Sr. Parrilla mencionado en el razonamiento anterior. El primero de ellos, de fecha 3 de marzo de 2008, enviado a las 17:19 horas, señala lo siguiente: *“Estimados, Sería bueno recibir comentarios de todos al respecto, cuál es el paso siguiente? Saludos, Alejandro”.* El segundo de ellos, de misma fecha que el anterior, enviado a las 18:49 horas, escrito por el Sr. Barraza en respuesta al correo electrónico del Sr. Segura, es del siguiente tenor: *“Alejandro, Creo que es algo que en cierta forma esperaba de ellos y quizás podamos seguir presionándolos, pero personalmente no creo que logremos mucho por ahora. La posición de A&K Chile sería dejarlos comprometidos para que una vez revisado el sistema de incentivos 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. De todas formas me parece oportuno seguir con nuestra posición con el resto de los productos nuevos, puesto que será nuestra perseverancia lo que hará cambiar el mercado finalmente. Quedo atento a los comentarios de los demás operadores. Atte. Pedro Barraza”;*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimoquinto. Que, particularmente explícito es el correo electrónico, de fecha 3 de marzo de 2008, enviado a las 18:59 horas, cuya traducción libre fue agregada a fojas 7 del Tomo VI del Expediente de la FNE, acompañado a fojas 365 y siguientes de autos, enviado por Pedro Barraza de A&K a su superior jerárquico en dicha compañía, Sr. Mark Wheeler, cuyo texto es el siguiente: *“...Jaime Guazzini de Cocha me llamó junto a otros 4 DMCs [Destination Management Companies] relevantes en Chile, con miras a tener un frente común con todos los productos que ofrecen comisión a niveles del 20%, con el fin de presionar por una comisión más alta... El caso de prueba iba a ser Explora...”*; como asimismo, la respuesta, de fecha 9 de marzo, recibida a dicho correo, agregada a fojas 9 del Tomo VI del Expediente de la FNE, en el que Mark Wheeler, Regional Managing Director, South America de A&K, indica *“no creo que hacer amenazas o unirse a carteles de DMCs sea la mejor forma de lograrlo”*;

Decimosexto. Que, en consecuencia, son hechos acreditados en la causa los siguientes: (i) que se realizó una reunión del día 20 de febrero de 2008; (ii) que dicha reunión se verificó en las dependencias de una de las requeridas, ADS Mundo, con participación reconocida por parte de representantes de las cinco requeridas de autos; (iii) que a ella sólo fue citada Explora y que asistió en su representación el señor Jesús Parrilla; (iv) que en dicha reunión se planteó -por parte de las requeridas- el aumento del cobro de comisión por la prestación de sus servicios desde un 20% a un 25%; (v) la existencia de correspondencia a través de correos electrónicos, posterior a dicha reunión, entre las requeridas; y (vi) la existencia de correspondencia a través de correos electrónicos, posterior a dicha reunión, entre las requeridas y Explora, en que esta última empresa les comunica que no modificará su propuesta de comisiones;

Decimoséptimo. Que los correos electrónicos reseñados en las consideraciones precedentes, apreciados en conjunto, son demostrativos, a juicio de estos sentenciadores, de la voluntad concertada de a lo menos dos de las requeridas, Turavión y A&K, para negociar en conjunto el aumento de las comisiones por la venta de productos Explora;

Decimoctavo. Que, corresponde ahora establecer el mercado relevante en el que habrían tenido lugar las conductas denunciadas en autos. Así, en primer lugar, este Tribunal estima que el servicio contratado por los consumidores finales es el de servicios hoteleros de categoría de lujo en determinadas zonas del territorio chileno, en los que Explora mantiene hoteles, como son Torres del Paine, San Pedro de Atacama y la Isla de Pascua, con o sin paquetización de otros tipos de servicios turísticos;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimonoveno. Que la mayoría de los consumidores que compran este tipo de servicios son personas de nacionalidad extranjera (como se indica a fojas 1024, en el informe económico presentado por Cocha, nota al pie número 9), representando cerca de un 95% de los clientes de Explora, mientras que los nacionales representaron el restante 5%. Asimismo, e indicando participaciones que son consistentes con la aseveración previa, el mismo informe señala que, durante el año 2008, los extranjeros habrían representado un 74%, 91% y 71% del total de individuos (incluyendo tanto clientes de turismo de lujo como de otros tipos) que pernoctaron en San Pedro de Atacama, Torres del Paine e Isla de Pascua, respectivamente;

Vigésimo. Que, en consecuencia, alterar negativamente el funcionamiento del mercado concernido en autos puede afectar tanto a consumidores nacionales (aunque representen un bajo porcentaje del total) y extranjeros, como asimismo a las empresas establecidas en el país que prestan servicios turísticos sustitutos o complementarios a la oferta de productos Explora;

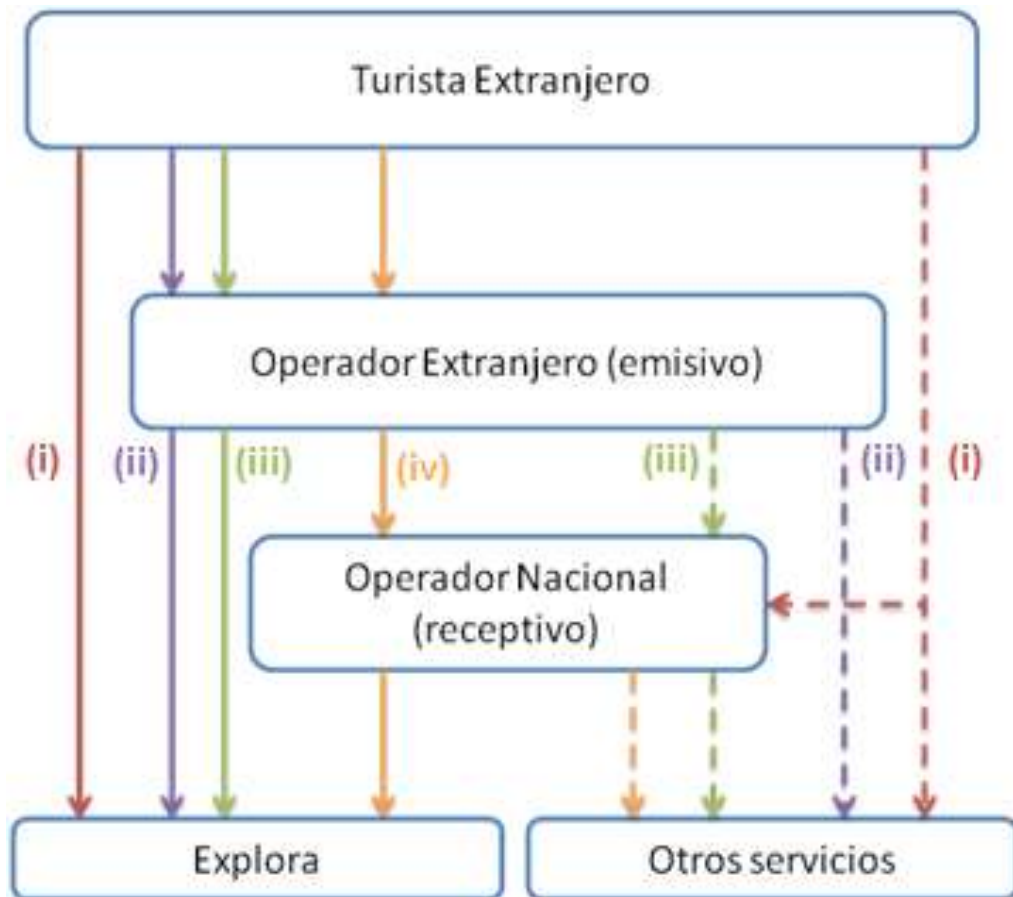
Vigésimo primero. Que, en efecto, los turistas extranjeros, según afirma Explora a fojas 1181 en base a datos de Sernatur, tienen un período de permanencia promedio en Chile que es mayor a la estadía máxima en un hotel de Explora, en especial tratándose de turistas europeos. Al respecto, el testigo James Ackerson, gerente de The Cliffs Preserve, empresa del rubro hotelero con una instalación en la zona de las Torres del Paine, señaló que "*[l]as personas que vienen a visitar un lugar como The Cliffs Preserve minoritariamente vienen a un solo destino, están [además] en San Pedro y otros días en Santiago*";

Vigésimo segundo. Que de lo anterior se puede deducir que las necesidades de los clientes finales del mercado de autos, durante su estadía en Chile, deberán también ser satisfechas a través de otras ofertas turísticas - distintas de los servicios turísticos de lujo en las zonas del mercado de autos- provistas por diversos agentes que operan en este mercado, además de los hoteles de lujo en los que tales clientes finales alojen durante parte de su visita;

Vigésimo tercero. Que, en opinión de este Tribunal, los consumidores extranjeros que visitan Chile tienen diversas posibilidades de intermediación para acceder a los servicios prestados por los hoteles de lujo ubicados en las zonas indicadas en la consideración decimoséptima, como también a los otros servicios turísticos que requieran, según sean sus necesidades, como de hecho se ilustra en el Cuadro N° 1, a continuación;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadro N° 1: Esquema de posibilidades de acceso a los servicios turísticos nacionales por parte de un consumidor extranjero



Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información de estructura del mercado entregada en autos por las partes.

Vigésimo cuarto. Que, siguiendo el esquema anterior, existen cuatro vías principales mediante las cuales los turistas extranjeros pueden acceder a los servicios de Explora y de otras empresas oferentes de servicios turísticos, explicados a continuación, partiendo desde el mecanismo más directo al más indirecto de contratación: (i) compra directa de los servicios a Explora y a las otras firmas oferentes de servicios turísticos (lo que está representado con una línea punteada en el esquema precedente), o bien la compra de estos últimos servicios a través de un operador nacional; (ii) compra a través de un operador extranjero que negocia directamente con Explora y las otras firmas oferentes de servicios turísticos; (iii) compra a través de un operador extranjero que negocia directamente con Explora pero se contacta con las otras firmas oferentes a través de un operador nacional, y; (iv) compra a través de un operador extranjero que a su vez realiza la negociación completa por medio de un operador nacional;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo quinto. Que, en opinión de este Tribunal, para el caso de los consumidores nacionales de estos servicios, los operadores nacionales corresponderán a la única alternativa relevante de compra indirecta de paquetes turísticos, esto es, dichos consumidores pueden comprar los servicios negociando directamente con Explora y las otras firmas oferentes o bien contactar a un operador nacional, pues carece de mayor sentido utilizar a un operador extranjero para este fin;

Vigésimo sexto. Que, en efecto, los servicios de intermediación realizados por los operadores turísticos nacionales e internacionales pueden entenderse, en opinión de este Tribunal, como parte de una oferta multiproducto, en la cual para algunos clientes ambos tipos de operadores pueden funcionar como sustitutos, mientras que para otros pueden hacerlo como servicios complementarios. Esto tiene implicancias directas sobre el poder de mercado que puedan tener los operadores nacionales, esperándose, en general, que este poder sea mayor respecto de aquellos clientes para los cuales los operadores turísticos nacionales sean considerados como servicios complementarios a los de los operadores extranjeros, y menor en el caso de que sean percibidos como servicios sustitutos;

Vigésimo séptimo. Que, en consecuencia, este Tribunal estima que el mercado relevante de autos es el de intermediación de servicios de turismo de lujo en las zonas específicas del territorio chileno donde Explora posee hoteles, esto es, Torres del Paine, San Pedro de Atacama e Isla de Pascua, considerando todos los canales de intermediación relevantes para tales efectos. Esto, sin perjuicio de tener en cuenta que, para ciertos segmentos de consumidores, podría existir una baja o incluso nula sustitución entre los distintos canales de intermediación;

Vigésimo octavo. Que, dentro del mercado relevante antes descrito, el conjunto de las firmas requeridas representan -en términos del promedio anual ponderado, por ingresos totales, entre los años 2005 y 2009- aproximadamente un 19% del total de las ventas realizadas por Explora, por lo que, en opinión de este Tribunal, no podría estimarse que el conjunto de estas empresas tenga una posición dominante en el mismo. Lo anterior es concordante con la incapacidad que tuvieron las requeridas para forzar un aumento en las comisiones, como era supuestamente su objetivo. A juicio de este Tribunal, esta incapacidad se explica por la baja participación de mercado de estas compañías y por el prestigio internacional que posee Explora, que podría llevar a sus clientes a exigir este producto a los intermediarios, quienes, en dicho caso, no podrían reemplazarlo por hoteles de la competencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo noveno. Que, con más detalle, el Cuadro N° 2 muestra las participaciones del conjunto de las requeridas, así como de las 10 empresas más importantes dentro de las ventas totales anuales de Explora (al respecto, en dicho Cuadro se informa el indicador de concentración C10, con y sin considerar a Explora como vendedor directo de sus servicios); el número de empresas que concentran el 80% de las ventas totales anuales de Explora; y, finalmente, el número total de firmas de intermediación (nacionales y extranjeras) que en cada año vendieron productos Explora;

Cuadro N° 2: Detalle de las participaciones de mercado y número de firmas que vendieron productos Explora entre los años 2005 y 2009

	2005	2006	2007	2008	2009
Requeridas	36%	28%	16%	13%	13%
C10 (sin Explora) (%)	48%	39%	31%	30%	26%
C10 (con Explora) (%)	77%	62%	58%	54%	50%
Venta directa de Explora	29%	23%	27%	24%	24%
Valor de ventas totales de Explora (índice base 2005=100)	100	135	168	213	178
N° Firmas 80%	12	33	38	50	61
N° Firmas Total	163	252	295	379	342

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de la información entregada por Explora a fojas 1940. La participación de 19% de las requeridas en las ventas de Explora se obtiene como promedio de las participaciones entre los años 2005 y 2009, ponderado por los ingresos totales de cada año.

Trigésimo. Que a partir de esta información, que la FNE y Explora entregan en su requerimiento y su escrito de fojas 1940, respectivamente, se observa que en el periodo 2005-2009 hay una tendencia a la caída en la participación de mercado de los operadores nacionales requeridos. En cualquier caso, esta tendencia se observa desde el año 2005, que es el primero del que se posee información;

Trigésimo primero. Que, por otro lado, el Cuadro N° 2 también muestra una tendencia hacia la atomización en las empresas que intermedian las ventas de Explora, pasando las diez principales (sin considerar a Explora) de tener una participación de 48% del total de dichas ventas en el año 2005 a un 26% en 2009, o desde 77% el año 2005 a 50% en el 2009 si se considera a Explora en este grupo de empresas, fluctuando las ventas directas realizadas por esa compañía entre 23%-29% de sus ingresos anuales totales en este periodo;

Trigésimo segundo. Que la tendencia hacia una mayor atomización en este mercado también se observa en el aumento sostenido en el número de firmas que representan el 80% de las ventas totales de Explora y en el total de firmas que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

venden estos productos, quintuplicándose en el primer caso y duplicándose en el segundo;

Trigésimo tercero. Que, por lo tanto, no es evidente para este Tribunal que la disminución observada en la participación de las requeridas en las ventas totales anuales de Explora sea una consecuencia de la estrategia de desvío de ventas que habrían buscado implementar estas empresas en desmedro de Explora, como ha sido esgrimido en autos por dicha compañía y la FNE, sino que tal descenso podría ser consecuencia de una tendencia natural en este mercado, precedente a las acciones denunciadas en autos, hacia la atomización en la intermediación de las ventas de Explora, y hacia el reemplazo de operadores nacionales por un trato más directo entre esta compañía y los operadores extranjeros o con los propios consumidores finales;

Trigésimo cuarto. Que, en consecuencia, no existiendo prueba en autos que permita acreditar la hipótesis planteada por Explora y la FNE, indicada en el considerando anterior, este Tribunal no puede formarse convicción respecto de su validez;

Trigésimo quinto. Que, a mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que Explora presentó la denuncia ante la FNE el día 17 de marzo de 2008, iniciándose la investigación respectiva con fecha 19 de marzo de tal año. Luego, y como ha sido alegado por la propia FNE durante la vista de la causa, es posible que la estrategia de desvío de ventas que habrían buscado implementar las requeridas, en desmedro de Explora, podría finalmente no haberse realizado como resultado del conocimiento de esas empresas de que la Fiscalía estaba realizando una investigación, lo que las podría haber desincentivado a ejecutar tal estrategia. Sin embargo, tampoco existe evidencia en autos que permita demostrar esta hipótesis;

Trigésimo sexto. Que, por otro lado, y pese a lo indicado precedentemente, en el sentido de que no existen en autos antecedentes que acrediten una clara posición de dominio a favor de las requeridas en el mercado concernido, este Tribunal también estima que podría existir algún segmento específico del universo total de clientes de Explora, para quienes el servicio prestado por los operadores turísticos nacionales no sea sustituible a través de la comercialización directa de dicha empresa o mediante la intermediación de operadores extranjeros. Asimismo, probablemente existe un importante conjunto de prestadores de servicios hoteleros para los cuales los operadores turísticos nacionales representan un porcentaje significativo del total de sus ventas, siendo difíciles de reemplazar, como se acreditó en la declaración de Ana María Kochifas, de Turismo Skorpions

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ltda. ante la FNE (fojas 136 del expediente de investigación), la que se transcribe a continuación: *“si los tour operadores como Turavion CTS, ADS y Cocha me presionaran en conjunto y me amenazaran con no venderme (me boicotearan), me afectaría el negocio. Es el 50% de mis ventas, yo creo que podrían perfectamente dejar de venderme, mi única alternativa sería empezar a vender directamente, me demoraría al menos dos años o tres años volver a posicionarme en el mercado, aunque no es mi intención”*;

Trigésimo séptimo. Que, de ser efectivo lo planteado precedentemente, las requeridas alcanzarían, con respecto a ese segmento de clientes, una participación de 65% en la oferta relevante de servicios de intermediación turística, tal como lo ha señalado la FNE en su requerimiento (fojas 15, cuadro N° 1). En tal caso, estas empresas en conjunto podrían ejercer poder de mercado respecto de ese segmento de clientes de Explora, como por lo demás se menciona a fojas 1338 en el informe económico acompañado por dicha compañía, o bien sobre un subgrupo de oferentes de servicios hoteleros;

Trigésimo octavo. Que, a juicio de este Tribunal, en la industria de los operadores turísticos nacionales no parecen existir barreras de entrada fruto de costos hundidos relevantes, como de hecho se argumenta a fojas 158 -en donde se cita la constitución entre los años 2007 y 2008 de 44 nuevas empresas bajo este giro- y también en la contestación del requerimiento por parte de Cocha, que menciona (a fojas 196) la entrada reciente de 8 nuevas empresas. Sin embargo, podría constituir un costo de entrada relevante aquel mencionado por la FNE en su requerimiento (a fojas 18), esto es, la necesidad de consolidar reputación y redes de contactos que permitan competir con los operadores turísticos nacionales con mayor participación de mercado;

Trigésimo noveno. Que al respecto, cabe señalar que ha sido controvertido en el informe económico aportado por ADSmundo y que rola a fojas 390, que la necesidad de consolidar reputación y redes de contacto constituya un costo de entrada relevante, argumentando que es posible hacerse de tales redes y reputación, en plazos razonables de entrada, a través de la contratación de ejecutivos de otros operadores turísticos;

Cuadragésimo. Que, sin embargo, en declaraciones prestadas ante la Fiscalía, algunos dueños de hoteles con menor poder de negociación que Explora, han señalado que si tales operadores turísticos nacionales dejaran de comercializar sus productos, los primeros se demorarían al menos dos o tres años en recrear las redes de contacto que éstos proveían. En el mismo sentido declara Claudia Shovelin, de Casa Higuera (a fojas 147 de la investigación de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fiscalía), señalando la dificultad de reemplazar a los operadores turísticos nacionales por la vía de establecer tratos directos con operadores internacionales; lo anterior, por las relaciones previas existentes entre éstos y los operadores incumbentes nacionales, que muchas veces se basan en relaciones de tipo personal, y por la dificultad para que operadores de menor tamaño puedan justificar económicamente la inversión que requeriría establecer dichos tratos directos;

Cuadragésimo primero. Que, por lo tanto, este Tribunal estima que la reputación y redes de contacto en esta industria, si bien pueden ser replicables por nuevos entrantes luego de realizar inversiones que requieren un plazo mínimo de consolidación, también podrían permitir -durante ese periodo de consolidación- que los operadores turísticos receptivos más importantes sean difíciles de reemplazar por parte de los oferentes de servicios nacionales de hotelería. Es esperable, en opinión de este Tribunal, que tal dificultad sea mayor mientras menor sea el valor de marca o el tamaño de la empresa oferente de servicios nacionales de hotelería y turismo;

Cuadragésimo segundo. Que, así, si un hotel u otro oferente de servicios turísticos terminase su relación comercial con un operador turístico nacional, el primero podría reemplazarlo con otro operador turístico nacional, aunque éste no necesariamente tendrá una red similar de contactos y reputación. Este límite a la sustituibilidad del intermediador turístico nacional es, en opinión de estos sentenciadores, especialmente relevante para el caso de intentar sustituir al conjunto de los operadores turísticos nacionales requeridos en autos, que se encuentran entre los más importantes del país;

Cuadragésimo tercero. Que, como consecuencia de los argumentos precedentes, este Tribunal considera que la consolidación de reputación y redes de contactos a nivel internacional sí puede constituir un costo de entrada relevante en el mercado de autos; en especial en relación con la contratación de servicios nacionales de intermediación turística por parte de hoteles, y otros oferentes de servicios de turismo, que no posean el poder de negociación que es esperable que tenga la oferta de servicios de lujo y con alto valor de marca, como es el caso de Explora;

Cuadragésimo cuarto. Que, por lo tanto, pese a no tener poder de mercado respecto a Explora, por las razones antes mencionadas, este Tribunal estima que las requeridas en su conjunto presentan una posición de dominio respecto de algunos oferentes nacionales de servicios hoteleros y de turismo, al representar parte importante de sus canales de distribución;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo quinto. Que relacionado con lo anterior, cabe señalar que han sido acompañados en autos correos electrónicos que permiten interpretar la coordinación de las requeridas, para presionar a Explora, como parte de un proceso que pretendía involucrar posteriormente a otros oferentes de servicios hoteleros sobre los cuales las requeridas pueden tener poder de mercado. Al respecto, en el correo electrónico de Pedro Barraza a Mark Wheeler, con fecha 10 de marzo de 2008, se señala “(...) *este fue un caso de prueba para nosotros también.*” En el mismo espíritu existe un correo, con fecha 3 de marzo de 2008, entre estos mismos individuos indicando que “(..) *El caso de prueba iba a ser Explora y hasta ahora no están respondiendo*”;

Cuadragésimo sexto. Que, de acuerdo con lo anterior, existen indicios de que la acción coordinada de los operadores turísticos requeridos, para efectos de negociar conjuntamente con Explora, era vista, al menos por algunos de ellos, como un caso de prueba para lograr mejorar sus comisiones en otros segmentos del mercado de turismo nacional, ya fuera a través del ejemplo de Explora, o mediante la experiencia adquirida para presionar a otras firmas;

Cuadragésimo séptimo. Que, en conclusión, existen en autos indicios suficientes para dar por acreditado que al menos algunas de las requeridas se coordinaron para tratar de obtener un incremento de las comisiones pagadas por Explora. Sin embargo, este Tribunal estima que tal conducta no tuvo aptitud causal para conferirles, ni siquiera a todas ellas en conjunto, un poder de mercado suficiente del que pudiesen valerse en forma abusiva respecto de Explora, como exigía el artículo 3 inciso segundo, letra a), en su texto vigente al tiempo de los hechos de la causa;

Cuadragésimo octavo. Que, por otra parte, si bien existen los indicios antes indicados, de que al menos A&K y Cocha habrían tenido la intención de extender la cooperación y coordinación en la negociación de comisiones respecto de otros hoteles o productos, no está acreditado en autos que se hayan realizado efectivamente -o intentado realizar- acciones coordinadas de las requeridas sobre oferentes de servicios hoteleros o turísticos distintos a Explora, sobre los cuales estas últimas tuviesen conjuntamente algún grado de poder de mercado. De haberse probado la existencia de un acuerdo para presionar a este tipo de oferentes, sobre los cuales las requeridas sí tendrían una posición dominante conjunta, se habría configurado el ilícito de colusión, previsto y sancionado en el artículo 3 inciso 2º letra a) del DL 211;

Cuadragésimo noveno. Que, si bien la negociación coordinada por parte de un conjunto de competidores que carecen de poder de mercado y que enfrentan a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una contraparte que sí lo tiene, puede ser económicamente eficiente y no es ilícita *per se*, no puede estimarse adecuado en caso alguno que las mayores empresas del rubro -que en conjunto representan un 65% del total de las ventas realizadas por los operadores turísticos nacionales- se coordinen para negociar una comisión con uno de sus clientes;

Quincuagésimo. Que sin embargo, para que tal coordinación sea sancionable, no basta que ella exista entre dos o más competidores en un oligopolio con la intención común en todos ellos de, a lo menos, hacer desaparecer, o disminuir sustancialmente, su incertidumbre acerca de las políticas y comportamientos que realizan en el mercado. Ello porque, aunque la ilicitud de la conducta no requería -ni aún bajo el texto vigente del D.L. N° 211 a la fecha de los hechos denunciados- que ésta haya producido un efecto anticompetitivo real, sí es necesario comprobar que el comportamiento de los coludidos tenía la aptitud objetiva de crear una posición de mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando así contra la libre competencia;

Quincuagésimo primero. Que, en el caso de autos, la actuación concertada acreditada, si bien podría haberles conferido poder de mercado a las requeridas respecto de un gran número de empresas hoteleras u otros oferentes de servicios turísticos, no se logró acreditar que haya tenido aptitud causal para conferírsele en relación a Explora, única empresa respecto de la cual está probada una acción conjunta concreta. Por ello, las requeridas no pueden ser sancionadas bajo la Ley vigente al momento de ejecutarse las acciones objeto del requerimiento, la que requería, además de la existencia de un acuerdo, del abuso del poder de mercado que dicho acuerdo les confiriese, lo que no ha sido acreditado en autos. Mas bien, existen antecedente en autos que acreditan que las requeridas no alcanzaron -en conjunto- un poder de mercado que les permitiera imponer a Explora el nivel acordado de comisión. Respecto de otras empresas, no se ha acreditado siquiera un intento de abuso;

Quincuagésimo segundo. Que, en definitiva, dadas (i) la inexistencia de poder de mercado de las requeridas respecto de Explora; (ii) la falta de prueba en autos acerca de presiones o ejercicio de acciones concertadas sobre oferentes de servicios hoteleros o turísticos respecto de los cuales las requeridas hayan podido tener poder de mercado; y, (iii) que las acciones objeto del requerimiento fueron realizadas en vigencia del texto legal previo a la modificación de 2009, antes indicado;

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos **1º, 2º, 3º, 18º y 26º del Decreto Ley N° 211,**

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE:

1. **Rechazar** el requerimiento de la FNE que rola a fojas 1 en contra de Abercrombie & Kent S.A., ADSmundo Turismo Ltda., Turismo Cocha S.A., Chilean Travel Services Ltda. y Turavi3n Ltda.;
2. **No condenar** en costas a la requirente, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Notifiquese y arch3vase en su oportunidad.

Rol C N° 197-09

Pronunciada por los Ministros Sr. Tom3s Menchaca Olivares, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Julio Pe3a Torres y Sr. Javier Velozo Alcaide. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Alejandro Domic Seguich.