



## INTERPONE RECURSO DE RECLAMACIÓN

### H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CRISTIÁN R. REYES CID, abogado, por la requirente, en autos caratulados "**Requerimiento de la FNE contra Abercrombie & Kent y otros**", **Rol C N° 197-09**, al H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, por este acto, y encontrándome dentro de plazo, vengo en interponer fundado recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 113 (en adelante, indistintamente, la "**Sentencia**") dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, indistintamente, el "**H. Tribunal**" o "**TDLC**") con fecha 19 de octubre de 2011, mediante la cual rechazó el requerimiento de autos, solicitando se revoque dicha Sentencia y se acoja, en definitiva, el requerimiento en todas sus partes, con expresa condena en costas.

Lo anterior, en virtud de los fundamentos que se pasan a exponer:

#### I. ANTECEDENTES

##### I.1 EL REQUERIMIENTO

1. A fojas 1 de autos, esta Fiscalía interpuso requerimiento en contra de los siguientes operadores turísticos: (i) Abercrombie & Kent (en adelante, indistintamente, "**A&K**"); (ii) ADS Mundo Turismo Ltda. (en adelante, indistintamente, "**ADS**"); (iii) Turismo Cocha S.A. (en adelante, indistintamente, "**Cocha**"); (iv) Chilean Travel Services (en adelante, indistintamente, "**CTS**"); y (v) Turavión Ltda. (en adelante, indistintamente, "**Turavión**").

2. En síntesis, los hechos que motivaron la interposición del requerimiento dicen relación con que las requeridas actuando de consuno, habrían acordado exigir un aumento de las comisiones que los oferentes de servicios turísticos les pagaban por sus servicios de intermediación.
3. En este contexto, las requeridas acuerdan como "caso de prueba", exigir a Explora Chile S.A. (en adelante, indistintamente "**Explora**") el incremento de las comisiones que dicha empresa pagaba por concepto de la comercialización de sus servicios, bajo amenaza de dejar de venderlos.
4. Para tal efecto, las requeridas citaron al Sr. Jesús Parrilla Recuero, Vicepresidente Comercial de Explora, a una reunión que se efectuaría el día 20 de febrero de 2008 en las oficinas de ADS Mundo, 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.
5. Sin embargo, y pese al supuesto objeto de la reunión, lo cierto es que en ella, los gerentes de las empresas requeridas, plantearon al Sr. Parrilla el acuerdo al que habían llegado previamente, en orden a desechar el sistema de comisiones propuesto por Explora, exigir que ésta suba su comisión a un 25% más IVA y, que en caso de no acceder a lo solicitado, los operadores dejarían de comercializar sus servicios, desviando ventas a otras cadenas de hoteles.
6. Asimismo, días después de la reunión, Explora comunicó a las requeridas su imposibilidad de acceder al aumento de comisión, reiterando su oferta original.
7. Ante esa respuesta, las requeridas deciden mantener su coordinación por correo electrónico, decidiendo en conjunto la respuesta que se le debía dar a

Explora por un lado, y los pasos a seguir respecto a los demás productos del mercado, por otro.

8. Así, y sin perjuicio de los demás correos electrónicos acompañados durante el proceso, el requerimiento cita una de tales comunicaciones, la que en lo pertinente señala que resultaba oportuno "*seguir con nuestra posición con el resto de los productos nuevos, puesto que será nuestra perseverancia la que hará cambiar el mercado finalmente*". Este correo electrónico deja en claro no sólo la intención colusoria de las requeridas, sino que también el hecho que Explora sería solo la punta de lanza del acuerdo.
9. Como se verá en esta presentación, todos los hechos señalados por esta Fiscalía en su requerimiento se tuvieron por acreditados por el H. Tribunal, en virtud de la profusa prueba presentada en estos autos.

## 1.2 LA SENTENCIA Y LOS HECHOS ACREDITADOS

10. Señala la Sentencia 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 representantes de cada una de las empresas requeridas, y Sr. Jesús Parrilla, Vicepresidente Comercial de Explora<sup>1</sup>.
11. Que, asimismo, se encontraría acreditado en autos que el Sr. Parrilla habría contestado, por medio de un correo electrónico, que Explora no accedería al incremento de comisión del 5% por sobre el nivel del 20% que regía a la

---

<sup>1</sup> Considerando 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 Cocha S.A., don François 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\*.*

fecha<sup>2</sup>, lo que habría generado una cadena de correos electrónicos entre los representantes de las empresas requeridas, en reacción al correo del Sr. Parrilla.

12. En este sentido, la Sentencia, en el Considerando Décimo cuarto, destaca particularmente dos correos electrónicos. El primero de ellos, de fecha 3 de marzo de 2008, enviado por Alejandro Segura, Gerente de Turavión:

*"Estimados,  
Sería bueno recibir comentarios de todos al respecto, cuál es el paso siguiente?  
Saludos,  
Alejandro"*<sup>3</sup>.

13. Dicho correo electrónico habría sido respondido en ese mismo día, a las 18:49 horas, por el Sr. Barraza, representante de A&K:

*"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 propuestos, 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" (énfasis agregado)*<sup>4,5</sup>.

<sup>2</sup> Véase Considerado Décimo tercero.

<sup>3</sup> Correo electrónico citado en el Considerado Décimo cuarto de la Sentencia, y que consta de todos modos, a fojas 1 del Tomo VI del Expediente de Investigación de esta Fiscalía.

<sup>4</sup> En lo sucesivo, todos los énfasis serán agregados, a menos que se señale lo contrario.

<sup>5</sup> Correo electrónico citado en el Considerado Décimo cuarto de la Sentencia, que rola a fojas 9 del Tomo VI del Expediente de Investigación de esta Fiscalía.

14. Agrega el TDLC, que estos correos electrónicos "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<sup>6</sup> y, en ese sentido, "particularmente explícito"<sup>7</sup> serían los correos electrónicos citados en el Considerando Décimo quinto, que darían cuenta de la comunicación entre Sr. Pedro Barraza -Gerente de A&K en Chile- y su superior jerárquico en dicha compañía, el Sr. Mark Wheeler:

*\*Mark,*

*Esto es sólo para tu información por ahora, ya que Jaime Guazzini de Cocha me llamó junto con otros cuatro DMCs<sup>8</sup> relevantes en Chile (Turavión, CTS, ADS, First Premium) 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 y acordar hacer un mínimo de 10% ya que todos están viendo una amenaza con todos los productos nuevos que están apareciendo ahora que están siguiendo el tipo de condiciones de explora, y esto se ha convertido en algo no muy atractivo para muchos de ellos. El caso de prueba ["test case"] iba a ser explora y hasta el momento no están respondiendo, en vez de eso insisten en su formato de incentivos, que hasta donde puedo ver es bastante similar a todos los otros operadores "grandes". Probablemente somos el operador más pequeño de todos ellos en términos de volumen pero con el mismo nivel de comisiones en todas las propiedades que hemos identificado. Esto probablemente comenzará a agitar las aguas para otros productos nuevos y seremos cuidadosos en cómo involucramos, ya que hasta ahora hemos mantenido un perfil muy bajo con el mercado local y no queremos ser vistos como demasiado cercanos a los otros DMCs pero también queremos obtener los beneficios que un esfuerzo conjunto podría generar manteniendo "un pie en la puerta" con estas iniciativas (siempre que sean legales)".*

*Cualquier comentario sobre esto será apreciado.*

*Mis mejores deseos,*

<sup>6</sup> Considerando Décimo séptimo.

<sup>7</sup> Este es, precisamente, el término ocupado por el H. Tribunal en el Considerando Décimo quinto, para referirse al correo que a continuación se cita.

<sup>8</sup> DMCs: Destination Management Companies; terminología utilizada internacionalmente para referirse a los tour operadores receptivos.

Pedro<sup>9</sup>.

15. Por su parte, Mark Wheeler, responde dicho correo en los siguientes términos:

*"Pedro,  
Hablemos sobre esto esta semana, pero mi reacción inmediata sería la siguiente: Preferiría ser leal a nuestros proveedores que a nuestros competidores, por lo que me dices, pensaría que estamos volviendo al buen camino con respecto a nuestra relación con Explora. Pensaría que por tanto declinamos educadamente la oferta de Cocha, pero dejamos saber a Explora que se nos solicitó tomar parte en la presión, pero hemos declinado porque queremos ser leales a ellos, pero que esperamos por supuesto como precio por esta lealtad que continuemos recibiendo sus mejores condiciones... De esta forma, mantenemos un perfil bajo con respecto a los proveedores, pero ojalá sea incluida cualquier ventaja que ellos le den al grupo de Cocha como resultado de esa presión.  
Espero que eso haga sentido. Pienso que explora y otros negocios que se basan en un modelo de reservas directas necesitan hacer más por los DMC locales, pero no creo que **hacer amenazas o unirse a carteles de DMCs** sea la mejor forma de lograrlo<sup>10</sup>. Aun si su proveedor consiente, sólo sería bajo presión, y conduciría en último término al resentimiento, (y potencialmente al proveedor a apuntar a los clientes de esa agencia).  
Todo lo mejor"<sup>10</sup>.*

<sup>9</sup> Correo electrónico citado en el Considerando Décimo quinto de la Sentencia, y que rola a fojas 7 del Tomo VI del Expediente de Investigación de la FNE. Traducción libre.

*"Mark,*

*This is FYI for now, as Jaime Guazzini from Cocha called me together with other 4 relevant DMCs in Chile (Turavión, CTS, ADS, First Premium) to look at having a common front with all products offering commission at 20% levels, in order to push for a higher commission and agree to make a minimum of 10% as they are all seeing a threat with all new products appearing now that are following explora's type of condition and this has become not very attractive for many them. The **test case was going to be explora** and so far they are not responding, instead they insist on their incentive format, wich as far as I can see is quite similar to all other "big" operators. Probably we are the smallest of all of them in terms of volume but with the same level of commissions at all properties we have identified. This probably will start shaking the waters to other new products and we will be cautious on how to get involved, as so far we have kept a very low profile with the local market and do not want to be seen as too close to the other DMCs but also want to get the benefits that a joint effort could generate by keeping a foot in the door with these initiatives (as long these are legal). Any comments on this would be appreciated.*

*Best Regards,  
Pedro".*

<sup>10</sup> Fojas 9 del Expediente de Investigación, Cuaderno Principal, Tomo VI. Traducción libre.

*"Pedro,*

*Let's chat about it this week, but my immediate reaction would be the following:*

16. A partir de estas consideraciones y de otras pruebas -incluso algunas en ese mismo sentido no referidas en la Sentencia- es que concluye el TDLC 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 ésta última empresa les comunica que no modificará su propuesta de comisiones<sup>11</sup>.
17. No obstante los hechos acreditados a los que hicimos referencia, y la clara existencia del acuerdo, el TDLC rechazó el requerimiento interpuesto por esta Fiscalía.

---

*I would prefer to be loyal to our suppliers than our competitors, and from what you tell me I think we are just getting "back on the right track" with regards to our relationship with Explora. I would think therefore we politely decline the offer from Cocha, but let Explora know that we were asked to take part in this pressure, but have declined as we want to be loyal to them, but that we will of course expect as the price of this loyalty that we continue to receive their very best conditions....That way we continue to keep a low profile with regards to the suppliers, but hopefully should be included on any advantage they hand out to the Cocha group as a result of this pressure.*

*I hope that make sense. I do think that Explora and other businesses that base themselves on a booking direct model need to do more for the local DMCs, but I don't think making threats or joining "cartels of DMCs" is the best way to approach it. Even if they supplier agrees, it would be under duress, and would lead ultimately to resentment, (and potentially to the supplier targeting that agencies clients).*

*All the best".*

<sup>11</sup> Considerando Décimo sexto.

18. En efecto, si bien el H. Tribunal tuvo por fehacientemente acreditada la existencia de un acuerdo destinado, por un lado, a (i) *"presionar a Explora para tratar de obtener un incremento en las comisiones que pagaba"*<sup>12</sup> y, por otro, a (ii) *"extender la cooperación y coordinación en la negociación de comisiones respecto de otros hoteles o productos"*<sup>13</sup>, igualmente decidió rechazar el requerimiento en virtud de las consideraciones que analizaremos en lo sucesivo. Valga la pena señalar, por de pronto, que las razones en virtud de las cuales el TDLC no dio lugar a la pretensión de la FNE son distintas respecto de una y otra finalidad del acuerdo.
19. En términos muy simples -puesto que volveremos sobre el particular-, el H. Tribunal rechazó el requerimiento por las siguientes razones:
- (i) Respecto del acuerdo para presionar a Explora en orden a subir sus comisiones, estimó 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"*<sup>14</sup>; y
  - (ii) Respecto del acuerdo para presionar en el futuro a otras empresas, el requerimiento se rechaza, por cuanto *"no se ha acreditado siquiera un intento de abuso"*<sup>15</sup>.
20. Corolario de lo anterior, es el Considerando final de la Sentencia, el Quincuagésimo segundo, el que a modo de resumen, señala:

*"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*

<sup>12</sup> Redactado en este sentido, véase Considerandos Cuadragésimo quinto y Cuadragésimo séptimo.

<sup>13</sup> Considerando Cuadragésimo octavo.

<sup>14</sup> Considerando Cuadragésimo séptimo.

<sup>15</sup> Considerando Quincuagésimo primero.

*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”, resuelve rechazar el requerimiento.*

21. Para facilitar los términos del presente recurso, es que nos haremos cargo de cada una de estas razones por separado, abordando los siguientes tópicos:
- (i) Que, conforme a la legislación vigente a la fecha de los hechos materia del requerimiento, la doctrina y la jurisprudencia del TDLC y la Excm. Corte Suprema, no es efectivo que se requiera acreditar un abuso efectivo en contra de algún otro hotel o servicio turístico distinto de Explora para sancionar;
  - (ii) Que, en consecuencia, se cumplen en la especie todos y cada uno de los requisitos necesarios para poder sancionar la conducta;
  - (iii) Que el que los hechos se hayan realizado durante la vigencia del texto legal previo a la última modificación del DL 211, no obsta a que éstos sean igualmente sancionables;
  - (iv) Que, conforme a la prueba rendida en autos, no es efectivo que las requeridas no hayan tenido poder de mercado respecto de Explora.
22. En suma, se demostrará en esta presentación que, en la especie, se cumplen todos los requisitos legales y jurisprudenciales para sancionar la conducta imputada en autos, a fin que la Excm. Corte Suprema revoque la Sentencia N° 113, declarando no solo que las requeridas actuaron concertadamente en la negociación de comisiones, sino que los acuerdos celebrados y los hechos, actos o convenciones ejecutadas, efectivamente tuvieron por objeto y efecto impedir, restringir y entorpecer la libre competencia, de modo tal que no quedará sino condenarlas por haber

cometido el más grave de los atentados a la libre competencia, este es, la colusión.

II. **¿ES NECESARIO ACREDITAR UN ABUSO POR PARTE DE LAS REQUERIDAS PARA SANCIONAR? ¿ES NECESARIO ACREDITAR UN DAÑO EFECTIVO EN CONTRA DE ALGÚN HOTEL O SERVICIO TURÍSTICO DISTINTO DE EXPLORA?**

23. Tal como se adelantó, la Sentencia, a partir de los correos electrónicos que cita en el Considerando Cuadragésimo quinto, concluye que todas las requeridas acordaron el aumento del cobro de comisión por la prestación de sus servicios desde un 20% a un 25% (Considerando Decimosexto, numeral iv), agregando luego que *"existen indicios, 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"*<sup>16</sup>.
24. Asimismo, en lo relativo al poder de mercado de las requeridas, la Sentencia distingue la situación que éstas tienen respecto de Explora, y en relación a los demás hoteles de lujo, y al efecto se señala:
- "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"* (Considerando Cuadragésimo cuarto)<sup>17</sup>.
25. De este modo, y sin perjuicio del capítulo final de esta reclamación, que demostrará cómo en los hechos, conforme a la prueba rendida, no es

<sup>16</sup> Considerando Cuadragésimo octavo.

<sup>17</sup> A mayor abundamiento, dicho Considerando, debe ser relacionado con el Trigésimo séptimo, el cual reconoce que las requeridas alcanzarían una participación de 65% del mercado, en la oferta relevante de servicios de intermediación turística.

efectivo que las requeridas no tengan poder de mercado sobre Explora en particular, sí queda acreditado en la Sentencia el poder de mercado de las requeridas en todo el mercado de la intermediación turística de los hoteles de lujo ubicados en zonas extremas de Chile.

26. Así las cosas, se tiene que la propia Sentencia acredita -por un lado- la voluntad concertada de las requeridas en orden a extender su cooperación en la negociación de comisiones respecto de oferentes de servicios turísticos y, por otro, que las requeridas efectivamente tendrían poder de mercado sobre ellas.
27. No obstante lo anterior, e incluso desconociendo su propia jurisprudencia, el TDLC decide igualmente rechazar el requerimiento a este respecto, dando las siguientes razones:
- (i) **"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"**<sup>18</sup>;
  - (ii) *"Que, sin embargo, para que tal coordinación sea sancionable, no basta con que ella exista entre dos o más competidores (...). Ello porque, aunque la ilicitud de la conducta no requería 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"*<sup>19</sup>;
  - (iii) **"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 de poder de mercado que dicho acuerdo les confiriese, lo que no ha sido acreditado"**<sup>20</sup>.
28. En suma, la razón por la que dicho acuerdo no fue sancionado, sería la siguiente:

<sup>18</sup> Considerando Cuadragésimo octavo.

<sup>19</sup> Considerando Quincuagésimo.

<sup>20</sup> Considerando Quincuagésimo primero.

*"(...) De haberse probado la existencia de un acuerdo para presionar a este tipo de oferentes, sobre las cuales las requeridas sí tendrían una posición dominante conjunta, se habría configurado el ilícito de colusión, previsto y sancionado en el artículo 3 inciso 2 letra a) del DL 21"<sup>21</sup>.*

29. A ciencia cierta, no solo se encuentra probado el acuerdo anticompetitivo de autos respecto de Explora (Considerando Decimosexto, numeral iv), sino también el que *"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"*<sup>22</sup>, de modo que no condenar, al menos, a tales requeridas, es una incongruencia del fallo.
30. En efecto, la Sentencia por una parte señala que, de haberse probado la existencia de un acuerdo para presionar a oferentes respecto los cuales sí tienen poder de mercado, se habría configurado el ilícito de colusión; y, por otra, reconoce tal acuerdo, al menos entre A&K y Cocha, pero, sin embargo, igualmente decidió no condenar, restando de ese modo cualquier legitimidad a sus considerandos.
31. Más aún, no obstante el Considerando Cuadragésimo noveno estima como ilícito que empresas que reúnan el 65% del total de las ventas del mercado, se coordinen para negociar en conjunto la comisión<sup>23</sup>, igualmente el requerimiento termina rechazado, puesto que tratándose de competidores que carecen poder de mercado, la conducta de autos sería eficiente al enfrentar a una parte que sí lo tiene<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Considerando Cuadragésimo octavo

<sup>22</sup> Considerando Cuadragésimo octavo.

<sup>23</sup> Considerando Cuadragésimo noveno:

*"(...) 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".*

<sup>24</sup> Considerando Cuadragésimo noveno:

32. Tal justificación, quizás podría tener sentido respecto de Explora (y ni siquiera), pero en ningún caso sería atendible para justificar dicha coordinación respecto de otros oferentes distintos de Explora, de modo que termina siendo incomprensible que, luego de una declaración de este calibre, el TDLC no haya acogido el requerimiento, al menos, en ordenar a las requeridas cesar en dichos actos y prohibirles ejecutarlo en lo sucesivo, máxime cuando existen otros antecedentes en autos que también dan cuenta de las reuniones seguidas que sostenían entre ellas, a fin de tratar temas que inciden en aspectos relevantes de la competencia<sup>25</sup>.
33. Pues bien, la única explicación o intento de explicación que da el TDLC en su Sentencia para justificar el rechazo del requerimiento a este respecto, dice relación -según ya se dijo- con que "*respecto de otras empresas [distintas de Explora], no se ha acreditado siquiera un intento de abuso*"<sup>26</sup>.

---

*"Que, si bien la negociación coordinada por parte de un conjunto de competidores que carecen de poder de mercado y que enfrentan a una contraparte que sí lo tiene, puede ser económicamente eficiente y no es ilícita per se (...)"*.

<sup>25</sup> En efecto, constan en autos, al menos, las siguientes pruebas que dan cuenta del constante contacto que existe entre las requeridas, las que -como se verá- permanentemente coordinan su actuar en temas que inciden en aspectos relevantes de la competencia.

El representante de Cocha, Sr. Jorge Guazzini Peralta, declaró ante la FNE que: "*Nosotros los operadores de turismo receptivo nos encontramos habitualmente*" (Expediente de Investigación, Cuaderno Principal, tomo I, fojas 132).

El representante de Turavión, Sr. Alejandro Segura, expuso por su parte que "*si bien nosotros, los tour operadores nacionales competimos, en términos generales, mantenemos una comunicación fluida*", y respecto de la reunión del 20 de febrero de 2008, agrega que "*nos juntamos con los demás operadores, no recuerdo por iniciativa de quien, porque siempre nos juntamos*" (Expediente de Investigación, Cuaderno Principal, tomo I, fojas 81 y 82 respectivamente).

Sr. Enrique Sachetti Wagner, también de Turavión, declaró ante la FNE que en "*el comité de turismo receptivo de la ACHET, se reúnen [los tour operadores receptivos] y ahí se conversan temas relacionados con la comercialización del producto*" (Expediente de Investigación, Cuaderno Principal, tomo I, fojas 76).

Finalmente, Sra. François Carrere, de CTS confesó en este sentido que "*los operadores nos juntamos una vez al año a revisar los productos*" (Expediente de Investigación, Cuaderno Principal, tomo I, fojas 65).

<sup>26</sup> Considerando Quincuagésimo primero.

34. Así las cosas y, habida consideración de los hechos acreditados y de los fundamentos para rechazar el requerimiento, urge preguntarse: ¿es necesario acaso que exista abuso para que un acuerdo anticompetitivo sea sancionable?

## II.1 LA COLUSIÓN NI CONCEPTUAL NI JURISPRUDENCIALMENTE REQUIERE DE UN ACTUAR ABUSIVO

35. No obstante que todos los fallos sobre colusión que ha dictado el H. Tribunal hasta el momento, los ha construido en base a la misma normativa aplicable que en esta ocasión, nunca había exigido para sancionar la concurrencia del requisito de acreditar la existencia de un abuso.
36. En este sentido, y sin perjuicio que el TDLC ya había fallado otras causas sobre colusión, particular relevancia cobra la Sentencia N°57 del denominado caso "Isapres"<sup>27</sup>, tanto por ser la primera en que se sintetizan los requisitos de la colusión, como por los importantes considerandos relativos al requisito del abuso.
37. En dicha Sentencia, se establece que son requisitos para sancionar una conducta colusoria, los siguientes: (i) la existencia de un acuerdo entre competidores; (ii) su incidencia en algún elemento relevante de competencia; y, (iii) que ese acuerdo permita a sus participantes abusar del poder de mercado que con dicho acuerdo puedan alcanzar, mantener o incrementar<sup>28</sup>.
38. Agrega luego la Sentencia, la forma en que entiende se cumplirían los requisitos, y señala al efecto:

---

<sup>27</sup> Causa "Requerimiento de la FNE con Isapre ING S.A. y otras", Rol 77-05.

<sup>28</sup> Véase Considerando Trigésimo primero, Sentencia N° 57-2007.

*"Que, a juicio de este Tribunal, si se acreditare en autos que efectivamente se produjo el acuerdo que se indica en el requerimiento, claramente este habría tenido por objeto fijar concertadamente condiciones de venta de los planes de salud por parte de las Isapres requeridas. **En caso de tener éstas poder de mercado, al menos en forma conjunta, dicho acuerdo habría tenido un objeto claramente anticompetitivo**"<sup>29</sup>.*

39. De este modo, ni siquiera en la Sentencia del caso Isapres -la Sentencia quizás con el más alto estándar hasta la actual para condenar- se exigía haber efectivamente abusado del poder que les confería el acuerdo. Bastaba con que dicho acuerdo hubiese *"permitido a sus participantes abusar"*, lo que confirma el carácter de ilícito de peligro y no de resultado, como lo pretende en esta ocasión el TDLC en la Sentencia cuya impugnación se pretende.
40. Al respecto, la razón por la cual no se ha exigido nunca probar la efectividad de tal abuso es, precisamente, porque no corresponde, tal como se argumenta en el voto de minoría de dicha Sentencia, la que señala que:

*"(...) **resulta improcedente estimar que la frase final del literal a) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley N° 211 imponga como requisito adicional de ilicitud la circunstancia que los partícipes de un acuerdo como el que se viene describiendo efectivamente abusen del poder de mercado que dicho acuerdo les permitió alcanzar, mantener o incrementar. Lo anterior, por cuanto conforme al inciso primero del referido artículo 3°, son tan ilícitos aquellos hechos, actos o convenciones que producen el efecto de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, como aquellos que tienden a producir los efectos reseñados**"<sup>30</sup>.*

*"Que además, **constituye un error conceptual entender que el abuso de la posición que el acuerdo permite alcanzar, mantener o incrementar, es un requisito adicional para que exista colusión, toda vez que ello supone confundir los ilícitos de colusión con una hipótesis de ilícito diferente, como es el abuso colectivo de posición dominante**; razones todas por las que, en la especie, el análisis debe centrarse esencialmente en determinar si existió o no un acuerdo"<sup>31</sup>.*

<sup>29</sup> Considerando Trigésimo segundo.

<sup>30</sup> Consideración Segunda, del voto de minoría de la Sentencia N° 57.

<sup>31</sup> Consideración Tercera, del voto de minoría de la Sentencia N° 57.

41. Así también lo entendió el voto de minoría de los Ministros de la Excma. Corte, señores Oyarzún y Pierry, al disponer:

*“Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del Decreto Ley N° 211, basta para configurar el ilícito allí sancionado el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto el impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, sin que sea necesario que se hayan producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes permita alcanzar, mantener o incrementar sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona”<sup>32</sup>.*

42. Si bien en contra de tales considerandos se podría argumentar que ellos pertenecían al voto de minoría de las respectivas Sentencias, no es menos cierto que, (i) el voto de mayoría por su parte, tampoco exigía haber efectivamente abusado del poder de mercado alcanzado en virtud del acuerdo; y (ii) que fue tal el impacto de dichos considerandos, que en lo sucesivo, ni el TDLC ni la Excma. Corte Suprema en sus fallos, volvieron a recurrir al requisito del abuso para analizar si condenar o no una colusión, tal como acreditaremos en el apartado siguiente.
43. Ilustrativo, resulta la Sentencia N°112, última que el TDLC ha dictado sobre la materia<sup>33</sup>, la que continúa el desarrollo jurisprudencial del ilícito en cuestión.
44. Discurre en primer término la Sentencia en comento, sobre los **requisitos de la colusión**, y al respecto señala:

*“Que de la lectura de dicha norma y según doctrina reiterada de este Tribunal, los requisitos que deben concurrir en este caso para que un acto constituya colusión, son los siguientes: (i) confluencia de voluntades entre competidores; (ii) que*

<sup>32</sup> Considerando Séptimo, Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol Ingreso N°, 4052-2007, que falló el recurso interpuesto en contra de la Sentencia N°57 del TDLC.

<sup>33</sup> Sentencia N° 112-2001, “Requerimiento de la FNE en contra de Corporación Radio Valparaíso y otras”, Rol N° 194-2009, cuyo conocimiento se encuentra pendiente ante la Excma. Corte Suprema.

dicha confluencia de voluntades tenga por objeto restringir, afectar o eliminar la competencia en el mercado relevante afectado, o a lo menos que tienda a producir tales efectos; y (iii) que dicho acuerdo les confiera un poder de mercado suficiente para producir el efecto antes mencionado<sup>34</sup>.

45. Respecto al segundo y tercer requisito, el TDLC entendió que estos se cumplieran por cuanto "los referidos acuerdos tuvieron efectivamente por objeto eliminar la competencia, [lo que] es reprochable porque permitió a las requeridas reemplazar el proceso competitivo establecido por la LGT por uno simulado"<sup>35</sup>, lo que a su vez, "permite dar por cumplido el tercero de los requisitos enunciados, por cuanto los acuerdos en análisis, al sustituir competencia por coordinación entre los únicos oferentes de cada uno de los concursos analizados, les confirió poder de mercado en los mercados relevantes afectados -esto es, la habilidad para actuar con independencia de otros competidores y del mercado, fijando o estableciendo condiciones que no habrían podido obtenerse de no mediar dicho poder- suficiente para decidir y obtener que cada licitación fuese adjudicada a un competidor determinado"<sup>36</sup>.
46. De este modo, el TDLC reiteró su jurisprudencia, en el sentido que para que un acuerdo sea ilícito, es necesario que éste tenga por objeto eliminar la

<sup>34</sup> Considerando Sexagésimo sexto.

<sup>35</sup> Considerando Sexagésimo octavo:

*"Que también debe considerarse cumplido el segundo de los requisitos antes mencionados, pues, en opinión de este Tribunal, los referidos acuerdos tuvieron efectivamente por objeto eliminar la competencia en cada una de las licitaciones referidas. Ello ocurrió porque tales acuerdos restringieron la participación de ciertos postulantes de manera previa al acto mismo de adjudicación del recurso escaso. Esta restricción se produjo aun cuando quienes concumieron a los acuerdos participaron físicamente del acto mismo de licitación, dado que lo hicieron con ofertas artificialmente bajas en comparación con el precio que se reflejaban en las cesiones; ofertas, cuyo objeto era, precisamente, permitir que el cesionario de los derechos de postulación fuese quien se adjudicara la respectiva concesión y recuperar sin costo las boletas de garantía entregadas para participar en el mismo. Este hecho es reprochable porque permitió a las requeridas reemplazar el proceso competitivo establecido por la LGT por uno simulado, en el que se conocía de antemano tanto quiénes iban a participar en la licitación como quién se la iba a adjudicar, sin que mediara una puja real, en la licitación, por la concesión que se licitaba en cada caso"* (Sentencia N° 112).

<sup>36</sup> Considerando Sexagésimo noveno, Sentencia N° 112.

competencia, sustituyéndola por coordinación, y que el acuerdo les confiera poder de mercado<sup>37</sup>.

47. En suma, queda acreditado que ni la jurisprudencia del TDLC ni de la Excma. Corte, han exigido que efectivamente se abuse del poder de mercado, puesto que conceptualmente, tal requisito no es propio de la colusión.
48. Más aún, tanto la doctrina como la jurisprudencia, están contestes en que el ilícito de colusión es un ilícito de peligro -y no de resultado, como pretendiese la Sentencia que se impugna-, lo que significa para el tema en comento, que para condenar basta con que una determinada conducta tenga la aptitud de lesionar la libre competencia, sin que en ningún caso sea necesario que se acredite el resultado riesgoso.
49. Así, en doctrina, el profesor Domingo Valdés ha señalado:

*"Atendido que el tipo antimonopólico del artículo tercero, inciso primero, del Decreto Ley 211 se satisface con todo hecho, acto o convención cuyo efecto sea la puesta en peligro de la libre competencia; es decir, **se trata de un delito de peligro concreto**"<sup>38</sup>.*

50. Por su parte, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, también se ha inclinado en este sentido, al disponer que:

*"(...), con ello se reconoce la existencia del acuerdo, pero la reclamante le resta importancia porque dice que no se concretó, puesto que sólo su parte mantuvo los horarios de salida y la tarifa de \$600, pero no los otros dos competidores, de modo que concluye que sólo existió una tratativa preliminar de acuerdo. **Sin embargo, ello ya es censurable para la libre competencia del mercado pues**"*

<sup>37</sup> En ese mismo sentido, puede verse la consideración primera del voto minoría del caso "Isapres", el que señala "que, a juicio de estos Sentenciadores de minoría, los ilícitos colusivos se configuran cuando dos entidades competitivas independientes entre sí hacen confluír sus voluntades con el objeto o el efecto de sustituir la incertidumbre e incentivos propios de la competencia, por la certeza de la colaboración. En consecuencia, para sancionar conductas como la denunciada basta que concurren: (a) la confluencia de voluntades o existencia de un acuerdo; y (b) el efecto negativo actual o potencial respecto de la competencia".

<sup>38</sup> Valdés Prieto, Domingo, "Libre Competencia y Monopolio", Editorial Jurídica, 1° Ed, 2006, p. 274.

la conducta reprochada en la ley no es de resultado, como afirma la requerida, toda vez que el artículo 3 del Decreto Ley N° 211 sanciona al 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. Esto último permite afirmar que no se necesita un resultado para sancionar y que basta que se tienda a producir los efectos reprobados, por lo que la tratativa preliminar de la que habla Agmital está incluida en las conductas proscritas por la ley en el artículo 3 referido<sup>39</sup>.

51. De este modo, se tiene un nuevo argumento para sostener que el TDLC ha cometido un error en derecho que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al haber exigido el requisito adicional de acreditar la efectividad del abuso, siendo que -como se ha demostrado- la colusión ni conceptual ni jurisprudencialmente requiere de abuso.

## II.2 LA JURISPRUDENCIA HA EXIGIDO PARA CONDENAR QUE EL ACUERDO TENGA LA APTITUD DE AFECTAR LA LIBRE COMPETENCIA

52. Tal como se analizó en el apartado anterior, la Sentencia N° 57 fue la primera en sintetizar los requisitos necesarios para condenar una colusión.
53. Sin embargo, con el tiempo el TDLC -y la Excma. Corte Suprema- fueron precisando los criterios o requisitos necesarios para sancionar este tipo de conductas, y en ese sentido, se eliminó el requisito en orden a “*permitir abusar del poder de mercado*”, por el de aptitud objetiva para afectar la libre competencia.
54. Así, la Sentencia N° 74/2008<sup>40</sup> señala que “*la primera cuestión que corresponde dilucidar son las condiciones o requisitos que debe reunir un acuerdo -sea expreso o tácito- para configurar una infracción a la libre*

<sup>39</sup> Corte Suprema, Rol Ingreso a la Corte N° 6615-2010, “Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Minibuses Agmital A.G.”, Considerando Trigésimo tercero.

<sup>40</sup> Causa “Requerimiento de la FNE contra AM Patagonia S.A. y otros”, Rol 121-06.

competencia en los términos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211<sup>41</sup>. Dichos requisitos, en consecuencia, serían:

*"(...) 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 3° 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"*<sup>42/43</sup>.

55. Tales requisitos han sido también confirmados por la Excma. Corte Suprema, al conocer, precisamente, de la reclamación interpuesta contra la misma Sentencia N° 74/2008, estableciendo en dicha oportunidad que:

*"Con todo, probada que ha sido la existencia del acuerdo y su incidencia en el mercado, que éste obedeció a la voluntad de los socios, las circunstancias anexas a esta conducta contraria a la libre competencia en orden a determinar su total y plena eficacia, esto es, si todos los médicos adhirieron en su oportunidad al acuerdo o no, o si todos o sólo algunos aplicaron el cuestionado Arancel, carecen de relevancia desde que quedó demostrado que **dicho acuerdo, tal como fue concebido, tuvo la aptitud objetiva de producir un resultado anticompetitivo, lo que resulta suficiente para su sanción**"*<sup>44</sup>.

56. En el mismo sentido que la jurisprudencia anterior, dicha Excma. Corte en la siguiente Sentencia que conoció sobre colusión, reafirmó tales requisitos, dejando asentada doctrina de ese modo. En efecto, se señaló en tal

<sup>41</sup> Considerando Tercero, Sentencia N° 74/2008.

<sup>42</sup> Considerando Tercero

<sup>43</sup> Asimismo, la Sentencia N° 79 del H. Tribunal dispuso:

*"Que, tal como ha resuelto este Tribunal con anterioridad (Sentencia N° 74/2008), para configurar el ilícito de colusión que sanciona el Decreto Ley N° 211, se requiere acreditar: (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 3° 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"* (Considerando Décimo quinto).

<sup>44</sup> Considerando Octavo, Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol Ingreso Corte, N° 5.937-2008, que falló el recurso interpuesto en contra de la Sentencia N°74 del TDLC.

oportunidad que "se requiere demostrar la existencia del acuerdo entre los competidores, su incidencia en algún elemento relevante de la competencia y su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a ella, esto es, capacidad para restringirla"<sup>45</sup>.

57. Así las cosas, los requisitos para poder sancionar un ilícito colusivo serían los siguientes: (i) existencia del acuerdo; (ii) su incidencia en algún elemento relevante de la competencia; y (iii) su aptitud objetiva para producir un resultado anticompetitivo.
58. Respecto de este último requisito, vale la pena precisar que dicha aptitud no guarda relación con que efectivamente se haya producido tal resultado. Así lo ha señalado expresamente la Excmá. Corte Suprema en los últimos fallos que ha conocido sobre la materia:

*"Que en cuanto al tema de la suspensión de los servicios que prestaba Buses Cordillera, aún cuando ello no se haya debido al accionar de la requerida, tal situación no la exime de reproche, por cuanto el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 sanciona al que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir esos efectos, **de manera que no se necesita que se haya logrado la finalidad exclusoria para que no se castigue al infractor, basta que con su conducta haya tendido a ese fin**, lo que en la especie ha quedado claramente demostrado"<sup>46</sup>.*

*"Que de otro lado, el artículo 3° del DL 211 sanciona a quien ejecuta un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca efectos o que tienda a producirlos. **Es decir, no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta con que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas mencionada en el considerando 3° en cuanto sostienen que no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado***

<sup>45</sup> Considerando Quinto, Sentencia de la Excmá. Corte Suprema Rol Ingreso Corte, N° 79-05, que falló el recurso interpuesto en contra de la Sentencia N°79 del TDLC.

<sup>46</sup> Considerando Noveno, Sentencia de la Excmá. Corte Suprema, Rol Ingreso a la Corte N° 1856-2009, que falló el recurso interpuesto en contra de la Sentencia N°82 del TDLC.

porque muchos de los acuerdos de los que da cuenta el acta no produjeron efectos<sup>47</sup>.

59. Reafirma lo anterior, lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, conociendo de la reclamación interpuesta en contra de la Sentencia N°94 del TDLC<sup>48</sup>.
60. En consecuencia, y teniendo presente la jurisprudencia reiterada, y los requisitos que ésta señala para poder sancionar una conducta colusoria, no cabe sino concluir -tal como se analizará con mayor detalle en el siguiente apartado- que, en el caso de marras, **no solo se encuentran cumplidos todos y cada uno de ellos, sino más aún, se encuentran totalmente acreditados en la Sentencia, puesto que es el propio TDLC el que señala su efectividad.**

### II.3 HABIDA CONSIDERACIÓN DE LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA CONFIGURAR LA COLUSIÓN Y LOS HECHOS ACREDITADOS POR LA SENTENCIA, EN LA ESPECIE, NO HA CABIDO SINO CONDENAR

61. Finalmente, y teniendo presente, el error del TDLC en orden a exigir prueba respecto del abuso por un lado, y los requisitos que, en derecho, corresponden exigir para sancionar los ilícitos colusorios por otro, lo que se pretende en este apartado, es simplemente realizar un silogismo jurídico a fin de determinar si, en la especie, se cumplen o no los requisitos necesarios para condenar.

<sup>47</sup> Considerando Octavo, Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol Ingreso a la Corte N°1746-2010 que falló el recurso interpuesto en contra de la Sentencia N°94 del TDLC.

<sup>48</sup> Considerando Noveno, Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol Ingreso Corte, N° 1746-2010, que falló el recurso interpuesto en contra de la Sentencia N°94 del TDLC:

*(...) es un hecho no controvertido por las partes que en el documento que da origen al requerimiento de autos se da cuenta que las empresas firmantes acordaron facultar a la autoridad correspondiente para no aceptar ninguna modificación unilateral de las tarifas, lo que, desde luego, importa un acuerdo sobre su monto. Ahora bien, aun cuando no se acreditara que el precio de \$300 que cada empresa de microbuses fijó para el transporte de pasajeros fuese producto del acuerdo en cuestión, la sola existencia de este último, atendido lo dispuesto en el artículo 3° del DL 211, importa un atentado contra la libre competencia que debe ser sancionado, puesto que como ya se dijo antes éste tiende a impedir, restringir y entorpecer la libre competencia.*

62. Como la Excm. Corte Suprema bien sabe, al realizar un silogismo, de lo que se trata es de determinar si la premisa menor, esto es, la premisa fáctica, es subsumible en la premisa mayor, consistente en la ley. De este modo, se tiene que:
63. **Premisa Mayor:** La premisa mayor, en el presente caso, se corresponde con el ya citado artículo 3° inciso 2° letra a) del Decreto Ley N° 211, el que como se ha analizado, exige tres requisitos para sancionar: (i) existencia del acuerdo; (ii) su incidencia en algún elemento relevante de la competencia; y (iii) su aptitud objetiva para producir un resultado anticompetitivo.
64. **Premisa Menor:** La propia Sentencia, reconoce como acreditado los siguientes hechos:
- (i) *"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"<sup>49</sup>;*
  - (ii) *"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"<sup>50</sup>;*
  - (iii) *"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"<sup>51</sup>;*
  - (iv) *"Este Tribunal estima que las requeridas en su conjunto presentan una posición de dominio respecto de algunos oferentes nacionales de*

<sup>49</sup> Considerando Cuadragésimo sexto.

<sup>50</sup> Considerando Cuadragésimo séptimo.

<sup>51</sup> Considerando Cuadragésimo octavo.

servicios hoteleros y de turismo, al representar parte importante de sus canales de distribución<sup>52</sup>;

- (v) "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<sup>53</sup>;
- (vi) "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 la aptitud causal para conferírsele respecto a Explora<sup>54</sup>;
- (vii) "Que en opinión de este Tribunal, para el caso de los consumidores nacionales de estos servicios, los operadores nacionales corresponderán a la única alternativa de compra indirecta de paquetes turísticos<sup>55</sup>;
- (viii) "Para ciertos segmentos de consumidores, podría existir una baja o incluso nula sustitución entre los distintos canales de intermediación<sup>56</sup>;
- (ix) "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 o mediante la intermediación de operadores extranjeros<sup>57</sup>;
- (x) Con todo, "no está acreditado en autos que se hayan realizado efectivamente -o intentado realizar- acciones coordinadas de las requeridas sobre oferentes de servicios turísticos distintos a Explora, sobre los cuales estas últimas tuviesen conjuntamente algún grado de poder de mercado<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> Considerando Cuadragésimo cuarto.

<sup>53</sup> Considerando Cuadragésimo octavo.

<sup>54</sup> Considerando Quincuagésimo primero.

<sup>55</sup> Considerando Vigésimo quinto.

<sup>56</sup> Considerando Vigésimo séptimo.

<sup>57</sup> Considerando Trigésimo sexto.

<sup>58</sup> Considerando Cuadragésimo octavo.

65. **Conclusión:** Corresponde en consecuencia, determinar si los elementos de la premisa mayor, se encuentran o no acreditados en los de la menor. Al respecto, se tiene que:
- (i) Respecto al primer requisito, esto es, la existencia del acuerdo, éste se encontraría acreditado, de acuerdo a la ponderación de la prueba realizada por el TDLC según dan cuenta los Considerandos Cuadragésimo sexto, Cuadragésimo séptimo, Cuadragésimo octavo y Quincuagésimo primero, citados precedentemente, que reconocen y acreditan la actuación concertada por parte de las requeridas;
  - (ii) En relación al segundo de los requisitos, los Considerandos Cuadragésimo sexto, Cuadragésimo séptimo y Cuadragésimo octavo, dejan en claro que el acuerdo en comento, tendría relación con la determinación de cobro de comisiones, lo que sin duda es un elemento relevante de competencia, toda vez que en este mercado, la comisión es el precio que cobran las requeridas por sus servicios;
  - (iii) Y finalmente, los Considerandos Vigésimo quinto, Vigésimo séptimo, Trigésimo sexto, Cuadragésimo cuarto, Cuadragésimo octavo y Quincuagésimo primero, dejan en claro que el acuerdo era apto para producir resultados contrarios a la libre competencia, toda vez que las requeridas tendrían poder de mercado (e incluso serían insustituibles en algunos casos) sobre los oferentes de servicios turístico nacionales, salvo Explora, lo que en todo caso, es altamente discutible por los motivos que expondremos en la segunda parte de esta impugnación.
66. De este modo, en la especie, y únicamente considerando aquellos hechos acreditados en la Sentencia, se cumplirían todos los requisitos exigidos por la ley para poder sancionar el ilícito.

67. El que "no est[é] acreditado en autos que se hayan realizado efectivamente - o intentado realizar- acciones coordinadas de las requeridas sobre oferentes de servicios turísticos distintos a Explora"<sup>59</sup> o, en otras palabras, "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"<sup>60</sup>, no es óbice para acoger el requerimiento, puesto que -como ha señalado la Excma. Corte Suprema-, "el acto colusorio necesariamente requiere de dos elementos para configurarse: **la voluntad de los partícipes y la decisión conjunta de adoptar la práctica viciosa**"<sup>61</sup>, condiciones ambas acreditadas en autos.
68. En efecto, el que no esté acreditado o la falta de prueba, respecto del ejercicio efectivo de presiones sobre otros oferentes, en nada tiene relación con la decisión de acoger o rechazar el requerimiento, sino que por el contrario, dicha circunstancia se vincula con la determinación de la multa. Así, lo había fallado con anterioridad el propio TDLC:
- "Que lo expuesto, sin embargo, no supone que estos Sentenciadores equiparen las infracciones que efectivamente producen los efectos anticompetitivos con aquellas que sólo tienden a producirlos; **circunstancia que en todo caso corresponde a este Tribunal ponderar a efectos de determinar el monto de las multas que procedan**"<sup>62</sup>.*
69. Por último y, acreditado ya la improcedencia de exigir la prueba del abuso para determinar si sanciona la conducta colusiva materia del requerimiento, es necesario hacer presente además, que la falta de pruebas respecto de otras acciones -o intento de acciones- coordinadas de las requeridas, se

<sup>59</sup> Considerando Cuadragésimo octavo.

<sup>60</sup> Considerando Quincuagésimo primero.

<sup>61</sup> Considerando Décimo, Sentencia de la Excma. Corte Suprema, Rol Ingreso Corte, N° 3395-2006, que falló el recurso interpuesto en contra de la Sentencia N°38 del TDLC.

<sup>62</sup> Consideración cuarta del voto de minoría en el caso "Isapres" (Rol 77-05). En este mismo sentido, y redactado de modo muy similar, puede verse el Considerando Cuarto de la Sentencia N° 74/2008.

debe principalmente a la oportuna intervención de esta Fiscalía, con motivo de la denuncia efectuada por el temor fundado de Explora en relación al actuar colusivo de las requeridas, tal como se reconoce en la Sentencia:

*"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"<sup>63</sup>.*

#### II.4 DICHAS CONCLUSIONES NO SE VEN MODIFICADAS EN VIRTUD DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA RECIENTE

70. Finalmente, se hace necesario hacerse cargo de uno de los argumentos de la Sentencia impugnada, en orden a rechazar el requerimiento, por cuanto "las acciones objeto del requerimiento fueron realizadas en vigencia del texto legal previo a la modificación de 2009"<sup>64</sup>.
71. En este sentido, la Sentencia N° 112 del TDLC establece que "al respecto, a los hechos cuya existencia alega el requerimiento de la Fiscalía debe aplicárseles la ley vigente al tiempo de su celebración, esto es, el texto del Decreto Ley N° 211 que regía antes de la entrada en vigencia -el 13 de octubre de 2009- de su modificación contenida en la Ley N° 20.361, toda vez que, tratándose de normas sancionatorias, no podría aplicarse a los supuestos infractores un régimen jurídico distinto del que se conocía a la

<sup>63</sup> Considerando Trigésimo quinto. Con todo, agrega la parte final de dicho Considerando que "sin embargo, tampoco existe evidencia en autos que permita demostrar esta hipótesis". Al respecto, es necesario hacer presente que no es posible para esta FNE probar que las requeridas dejaron de hacer una determinada acción a causa de la investigación que se estaba realizando, pues ello significaría probar un hecho negativo, lo que como ese H. Tribunal y la Excma. Corte Suprema bien sabe, es jurídicamente improcedente.

<sup>64</sup> Considerando Quincuagésimo segundo.

*época de la comisión de los ilícitos que se les imputan, a menos que, con posterioridad, la ley fuese más beneficiosa, lo que no ocurre en la especie*<sup>65</sup>.

72. Con todo, no se entiende por qué la Sentencia realiza tal declaración en relación a la legislación aplicable como un argumento para rechazar el requerimiento, por cuanto, tal como se ha analizado, ello no sería óbice para haber acogido el requerimiento, toda vez que, aplicando siempre los criterios con los que el H. Tribunal había fallado los casos de colusión, el presente caso debió ser acogido, puesto que en él, se cumplen -tal como se ha probado y acreditado en la Sentencia del TDLC- todos y cada uno de los requisitos.

### III. LAS REQUERIDAS CUENTAN CON PODER DE MERCADO RESPECTO DE EXPLORA Y TAMBIÉN RESPECTO DE LOS DEMÁS ACTORES DEL MERCADO RELEVANTE

73. El Tribunal ha definido el mercado relevante como:

*"(...) 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 relevante 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"*<sup>66</sup>.

74. Asimismo, el Tribunal reconoce que dentro de este mercado definido, las requeridas son difícilmente sustituibles, dada su reputación y redes de contacto, por los oferentes nacionales de servicios nacionales de hotelería:

*"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 de un plazo mínimo de consolidación, también*

<sup>65</sup> Considerando Tercero.

<sup>66</sup> Considerando Vigésimo séptimo.

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 oferentes de servicios nacionales de hotelería y turismo<sup>67</sup>.

**“Que, así, si un hotel u otro oferente de servicios turísticos terminasen su relación comercial con un operador turístico nacional, el primero podría reemplazarlo con otro operador turístico nacional, aunque este 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”**<sup>68</sup>.

75. El Tribunal da cuenta de que la reputación y redes de contacto efectivamente se constituyen en un costo relevante a la entrada:

**“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”**<sup>69</sup>.

76. Ahora, en cuanto a la demanda, el H. Tribunal reconoce que existe un conjunto de prestadores de servicios hoteleros de lujo - categoría a la cual pertenecen los hoteles Explora -, sobre los cuales las requeridas gozan de una posición de dominio:

**“Asimismo, probablemente existe un importante conjunto de prestadores de servicios hoteleros para los cuales los operadores turísticos nacionales**

<sup>67</sup> Considerando Cuadragésimo primero.

<sup>68</sup> Considerando Cuadragésimo segundo.

<sup>69</sup> Considerando Cuadragésimo tercero.

representan un porcentaje significativo de sus ventas, siendo difíciles de reemplazar<sup>70</sup>.

*"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)"*<sup>71</sup>.

*"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"*<sup>72</sup>.

77. En resumen, de acuerdo al H. Tribunal, el mercado relevante del producto es la intermediación de servicios turísticos en Torres del Paine, Isla de Pascua y Atacama. Entre los oferentes del mercado relevante se encuentran las requeridas las cuales son difíciles de sustituir dada su reputación y redes de contacto, factores que constituyen un costo de entrada relevante. En cuanto a la demanda, existe un grupo de oferentes de servicios hoteleros, entre los cuales se encuentra Explora, sobre los cuales las requeridas tendrían una posición de dominio con una participación de 65% de sus ventas tal como lo señaló la FNE (fojas 15, cuadro N°1).
78. La definición del mercado relevante no es un fin en sí mismo, sino que tiene el objetivo de determinar los efectos anticompetitivos que podrían tener las conductas de las requeridas<sup>73</sup> sobre un determinado grupo de productos, sus consumidores, en una determinada área geográfica. De esta forma, la clave en la definición del mercado relevante es la sustitución.

<sup>70</sup> Considerando Trigésimo sexto.

<sup>71</sup> Considerando Trigésimo séptimo.

<sup>72</sup> Considerando Cuadragésimo cuarto.

<sup>73</sup> Ver "Merger References: Competition Commision Guidelines", June 2003, Competition Commision, UK, página 12.

79. Así, aún cuando considera la existencia de diversos canales de intermediación, el Tribunal coincide con la Fiscalía en que existe un segmento de oferentes de servicios hoteleros sobre los cuales las requeridas tendría una posición de dominio (65% participación) y donde los servicios de las requeridas serían difícilmente sustituibles.
80. Esta dificultad de sustitución se explicaría porque las requeridas cuentan con una reputación y redes de contacto que no son fácilmente replicables por nuevos entrantes y que de hecho constituyen un costo relevante a la entrada.
81. Dado lo anterior, el mercado relevante en dónde deben medirse los efectos anticompetitivos provocados por las acciones de las requeridas, sería precisamente este segmento donde las requeridas gozan de poder de mercado y pueden, por ende, imponer restricciones a la competencia<sup>74</sup>, las que deben ser sancionadas.

### **III.1 EL ACUERDO ES, ADEMÁS, APTO PARA LESIONAR LA COMPETENCIA RESPECTO DE EXPLORA**

82. A mayor abundamiento, es dable señalar que, en todo caso, las requeridas han tenido la aptitud de lesionar la competencia, respecto de Explora.
83. En efecto, en cuanto a la aptitud de las requeridas de lesionar la competencia, el H. Tribunal reconoció que éstas tenían una posición de dominio (65%) en el segmento de oferentes de servicios hoteleros de lujo en

---

<sup>74</sup> Usualmente las agencias de competencias consideran con el objeto de definir el mercado relevante del producto, el Test del Monopolista Hipotéticos en el cual se observa si un alza de precios pequeña pero significativa sería rentable para un monopolista hipotético. Ver "Market Investigation References: Competition Commission Guidelines", Competition Commission, June 2003.

Torres del Paine, San Pedro de Atacama e Isla de Pascua, segmento al que pertenece Explora<sup>75</sup>.

84. No obstante lo anterior, el análisis que realiza el TDLC para medir la posición de dominio de las requeridas, lo realiza solo sobre las ventas de Explora, restringiendo aún más el mercado relevante, para concluir -tal como se señaló- que dado que "sólo" alcanza un 19% no podría estimarse que existe una posición de dominio de las requeridas. Tal conclusión, es errada conceptualmente y contiene además, un cálculo equivocado.
85. Por una parte, la posición de dominio es un indicativo de que las firmas actuando en conjunto pueden imponer ciertas condiciones o precios que les resulten favorables, actuando de manera casi independiente de otros competidores del mercado<sup>76</sup>. Es por esto que la posición de dominio de las empresas debe medirse con respecto al mercado<sup>77</sup> y no con respecto a un cliente en particular, como lo realiza la Sentencia impugnada.
86. Por otra parte, la participación de las requeridas en las ventas de un cliente en particular indicaría la fracción de las ventas sobre las cuales el cliente se vería directamente afectado por las acciones anticompetitivas de las requeridas. En este sentido, una participación de 19% sobre los ingresos de un cliente es, sin duda, significativo y no puede ser comparado al concepto

<sup>75</sup> En este sentido se enmarca el Considerando Trigésimo séptimo, el cual reconoce que *"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. 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"*.

<sup>76</sup> Ver Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, compiled by R. S. Khemani and D. M. Shapiro, commissioned by the Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD, 1993.

<sup>77</sup> "A dominant firm is one which accounts for a significant share of a given market and has a significantly larger market share than its next largest rival", Ver Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, compiled by R. S. Khemani and D. M. Shapiro, commissioned by the Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD, 1993.

de posición dominante en un mercado, para el que usualmente se considera un porcentaje de 40%<sup>78</sup>.

87. En efecto, el propio TDLC ha reconocido en fallos anteriores que un distribuidor o conjunto de distribuidores, independiente de su participación de mercado, puede igualmente tener poder de mercado respecto a los proveedores de los servicios, más aún considerando la casi nula sustituibilidad de los servicios que reconoce el TDLC.

88. Así, en la Sentencia N° 63/2008<sup>79</sup> el H. Tribunal dispuso:

*“Que, así las cosas, **e 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** de productos electrohogar. Lo anterior, **por cuanto las multitiendas poseen un conjunto de características difíciles de replicar por otros canales de distribución** (...)”<sup>80</sup>.*

89. Siendo cierto también para el caso de autos, que las requeridas poseen características difíciles de replicar para otros canales de intermediación, sería perfectamente análogo lo dispuesto respecto de las cadenas de *retail* las que efectivamente tenían poder de mercado sobre los proveedores de productos electrohogar, independiente de su porcentaje de participación.

90. Por otra parte, la Sentencia N° 24<sup>81</sup>, también es clara en reconocer que intermediadores con porcentajes de participación similares a los de las

<sup>78</sup> Dominant firms are typically considered to have market shares of 40 per cent or more. Ver Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, compiled by R. S. Khemani and D. M. Shapiro, commissioned by the Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD, 1993.

<sup>79</sup> Requerimiento de la FNE en contra de Almacenes Paris y Falabella, Sentencia N°63/2008.

<sup>80</sup> Considerando Centésimo cuadragésimo primero.

<sup>81</sup> “Demanda de Laboratorio Knop Ltda. en contra de Farmacias Ahumada S.A. y otro”, Rol 41-04.

requeridas en su conjunto, igualmente pueden contar con poder de mercado<sup>82</sup>.

91. En este mismo sentido, es posible señalar además, que la participación de las requeridas en el total de ventas no entrega ninguna información acerca de la posibilidad de sustituir que tendría el cliente ni de los costos que conlleva cada una de las opciones que el cliente utiliza. Así, por ejemplo, en el caso particular de Explora, es posible que dentro de este 19% de las ventas, no exista posibilidad real de sustitución ya sea por las características de la demanda final del cliente (demanda sólo a través de este canal) o por costos de cambio (por ejemplo el canal de intermediación propio es altamente costoso).
92. Peor aún, la posibilidad de que Explora efectivamente no pueda sustituir los servicios de los operadores nacionales para un porcentaje de sus clientes es reconocida por el H. Tribunal, pero no es considerada al momento de establecer la aptitud del acuerdo:

*“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 comercialización directa de dicha empresa o mediante la intermediación de operadores extranjeros (...)**”<sup>83</sup>.*

93. Luego, el Tribunal se equivoca al considerar la posición de dominio de las requeridas como la participación en las ventas de Explora y no considera la factibilidad de sustitución de las requeridas.
94. A lo indicado se agrega que el Tribunal cae en un error jurídico al exigir que la Fiscalía presente pruebas concretas de que, debido a su intervención, las

<sup>82</sup> Considerandos Sexto y Séptimo de la Sentencia N° 24.

<sup>83</sup> Considerando Trigésimo sexto.

amenazas de las requeridas en cuanto al desvío de ventas no se hicieron efectivas.

95. Lo anterior, por cuanto no es posible encontrar evidencia dura de algo que no ocurrió efectivamente en los hechos<sup>84</sup>, pero sí es razonable esperar que las requeridas se hayan abstenido de ejecutar sus amenazas de manera fragante puesto que estaban conscientes de que se encontraban bajo el atento ojo de la Fiscalía.
96. De esta forma, la Fiscalía presentó prueba en orden a acreditar que, si bien las requeridas continuaron comercializando el producto Explora, la tasa de crecimiento en las ventas fue negativa o menor que la de las ventas de competidores de Explora. A lo que se agrega que la tasa de ocupación anual de los hoteles de Explora cayó en los años 2008 y 2009<sup>85</sup>. Lo anterior, junto con declaraciones de algunas de las mismas requeridas y otros agentes del mercado<sup>86</sup>, darían cuenta de que las requeridas habrían privilegiado la venta de competidores de Explora.
97. Por último, y recordando que los requisitos para configurar el ilícito de colusión no requieren ni la prueba del abuso ni de los efectos -los que en todo caso se vieron limitados en la especie por la oportuna intervención de la Fiscalía- bastando probar la aptitud, es dable señalar que para este ejemplo en concreto, ella es evidente, desde que el H. Tribunal reconoce la existencia del acuerdo con el fin de aumentar el pago de comisiones por un lado y la posición de dominio de las requeridas por otro.

---

<sup>84</sup> Exigir a esta Fiscalía la prueba de que una determinada acción no se realizó debido a su intervención, sería exigirle la prueba de un hecho negativo, lo que como ese H. Tribunal y la Excm. Corte bien saben, no corresponde.

<sup>85</sup> Ver Observaciones a la Prueba, páginas 111-116, fojas 3.419 - 3.424.

<sup>86</sup> Ver Observaciones a la Prueba página 109-111, fojas 3.417 - 3.419.

#### IV. CONCLUSIONES

98. A partir de todo lo expuesto latamente en la presente impugnación, es posible colegir una serie de conclusiones:
99. En primer término, es necesario señalar que es la propia Sentencia, la que reconoce los hechos fundantes del requerimiento. En efecto, ella misma da por acreditada la existencia de una cooperación y coordinación entre las requeridas, en la negociación de comisiones respecto de hoteles y productos y, particularmente, acredita también la existencia de un acuerdo destinado a presionar a Explora en particular, para lo cual da por establecida tanto la reunión de 20 de febrero de 2008 en la que citan al Sr. Parrilla, así como los correos electrónicos que se suceden con posterioridad a la misma.
100. Así las cosas, no habiendo controversia respecto de los hechos, es dable señalar que la impugnación dice relación específicamente con calificaciones jurídicas y económicas realizadas por el TDLC, pues como se sabe, ese H. Tribunal resolvió rechazar el requerimiento, por cuanto la conducta desplegada por las requeridas 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 a Explora; y respecto a otros hoteles o servicios turísticos, considera la Sentencia que no se habría acreditado siquiera un intento de abuso.
101. En este sentido, la presente reclamación, impugnó (i) por una parte, la calificación económica realizada por el TDLC en orden a señalar que las requeridas no tenía poder de mercado respecto a Explora; y (ii) el que el TDLC exija acreditar un abuso o intento de abuso efectivo en contra de algún otro hotel o servicio turístico distinto de Explora para condenar, por otro.
102. (i) Sobre lo primero, se acreditó en primer término que, conforme a la legislación, doctrina y jurisprudencia, la colusión no exige el requisito del

abuso. Incluso, se hizo presente que, la jurisprudencia con mayor estándar había llegado a exigir que el acuerdo permitiera abusar, mas nunca se había exigido la prueba del abuso en concreto.

103. También, respecto a la falta de prueba de abuso respecto de otros hoteles o servicios turísticos, se hizo presente que el propio TDLC en su sentencia reconoce la oportuna intervención de esta Fiscalía, lo que podría haber desincentivado a las requeridas a seguir ejecutando las acciones coordinadas respecto de otros productos.
104. Asimismo, se hizo presente que la colusión es un ilícito de peligro y que basta para que se configure el ilícito, el ejecutar actos que tiendan a producir como efecto, el que se impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sin que sea necesario que se haya producido efectivamente dicho resultado.
105. Luego, se hizo presente que, la última jurisprudencia, tanto del H. Tribunal como de la Excm. Corte, exigen para condenar, que el acuerdo incida en algún elemento relevante de competencia y que sea apto para producir efectos contrarios a la libre competencia.
106. Al respecto, se demostró como en autos no solo se encuentran cumplidos todos y cada uno de los requisitos, sino que es la misma Sentencia la que los da por acreditado. En efecto, es la propia Sentencia la que reconoce:
- (i) Respecto al acuerdo: *"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"; "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"; "**la actuación concertada acreditada**";*

- (ii) Respecto a la incidencia en algún elemento relevante de la competencia: "por acreditado que al menos algunas de las requeridas se coordinaron para tratar de **obtener un incremento de las comisiones pagadas**"; "habrían tenido la intención de extender la cooperación y coordinación en la **negociación de comisiones**";
- (iii) Respecto a la aptitud para producir resultados contrarios a la libre competencia: "las requeridas en su conjunto presentan una **posición de dominio respecto de algunos oferentes nacionales de servicios hoteleros y de turismo**"; "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**"; "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**"; "para el caso de los **consumidores nacionales de estos servicios, los operadores nacionales corresponderán a la única alternativa relevante de compra**"; "para ciertos **segmentos de consumidores, podría existir una baja o incluso nula sustitución** entre los distintos canales de intermediación"; "podría existir algún **segmento específico del universo de 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**".

107. Queda en evidencia de este modo, como se encuentran probados y acreditados todos y cada uno de los requisitos necesarios para condenar a

- las requeridas por el ilícito colusorio en que incurrieron. Para ello, procede que la Excma. Corte revoque la Sentencia por cuanto exige un requisito adicional infundado para sancionar estos ilícitos y, en su lugar, teniendo presente, incluso, los mismos considerandos de la Sentencia del H. Tribunal, condene toda vez que se cumplen en la especie los requisitos que en derecho se exigen para sancionar estas prácticas.
108. (ii) A mayor abundamiento, la segunda parte de la impugnación se hace cargo de la presión ejercida a Explora, al ser ésta una prueba efectiva del intento de abuso realizado por las requeridas.
109. La Sentencia, tal como ya se ha hecho presente, rechazó a su respecto la conducta, por cuanto en este caso el acuerdo, no habría tenido aptitud causal para conferirles poder de mercado a las requeridas.
110. En ese sentido, se demostró cómo la Sentencia yerra en su fundamentación de mercado relevante, restándole de ese modo poder a las requeridas. En efecto, se hicieron presente una serie de considerandos realizados por el propio TDLC, los que reconocen que tanto respecto de ciertos segmentos de consumidores, como respecto de oferentes de hoteles de lujo, distintos a Explora, las requeridas efectivamente tenían poder de mercado, y sus servicios eran insustituibles. De este modo, pierde cualquier validez la definición de mercado relevante dada en la Sentencia.
111. Dado lo anterior, es que el mercado relevante en dónde deben medirse los efectos anticompetitivos provocados por las acciones de las requeridas, es precisamente, aquel segmento donde éstas gozan de poder de mercado, vale decir, aquel segmento donde son insustituibles y pueden, por tanto, imponer restricciones a la competencia.
112. Asimismo, se hizo presente que, independiente de la definición de mercado relevante que se adopte, las requeridas igualmente han tenido la aptitud de

lesionar la competencia respecto de Explora, habida consideración de su posición de dominio en el segmento de oferentes de servicios hoteleros de lujo en Torres del Paine, Atacama e Isla de Pascua (65 %).

113. Por su parte, se señalaron también argumentos económicos que desacreditan la metodología utilizada por el TDLC para calcular la participación de mercado de Explora; y se hizo presente finalmente que, aún una participación de 19% sobre los ingresos de un cliente como Explora, es significativo y puede otorgar poder de mercado, tal como lo ha reconocido con anterioridad el propio TDLC en sus fallos ya citados.
114. En suma, a lo largo de toda esta reclamación, se demostró cómo en el proceso e incluso en la propia Sentencia, se tienen por acreditados todos y cada uno de los requisitos de la colusión.
115. De este modo, corresponde que la Excma. Corte Suprema, revoque la Sentencia N° 113/2011 del TDLC, condenando a las requeridas por el ilícito de colusión, por los argumentos y fundamentos expuestos en la presente reclamación.

**POR TANTO**, en virtud de lo expuesto, de los antecedentes de autos y de lo dispuesto en los artículos citados y en los artículos 1°, 3°, 27, 39 letra b) del DL N° 211, y demás normas aplicables,

**AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO:** Tener por interpuesto recurso de reclamación fundado en contra de la Sentencia N° 113/2011, de 19 de octubre de 2011, de ese H. Tribunal, concederlo y ordenar que se eleven los autos en original ante la Excma. Corte Suprema, para que se enmiende conforme a Derecho el referido fallo, declarando en su reemplazo que se acoge el Requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica, a fojas 1 de autos.