CORTE SUPREMA DE CHILE

Rol N° 10954-2011 - 20 de septiembre de 2012

Santiago, veinte de septiembre de dos mil doce.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 10.954-2011 se trajeron los autos en relación para conocer de la reclamación interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica y por la sociedad Explora Chile S.A., en contra de la sentencia de diecinueve de octubre de dos mil once, dictada a fojas 3.946 por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Dicha sentencia rechazó el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Abercrombie & Kent S.A., ADSmundo Turismo Ltda., Turismo Cocha S.A., Chilean Travel Services Ltda. y Turavión Limitada, por las infracciones al artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en cuanto a que las requeridas, actuando de consuno, habrían exigido a Explora Chile S.A. el incremento de las comisiones que esa empresa les pagaba por concepto de comercialización de sus servicios, bajo amenaza de no vender los productos de aquélla. El Tribunal analizó el requerimiento, concluyendo en definitiva que dadas la inexistencia de poder de mercado de las requeridas respecto de Explora Chile S.A.; la falta de prueba en autos acerca de las 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, que las acciones objeto del requerimiento fueron realizadas en vigencia del texto actual previo a la modificación de 2009, rechaza el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de las entidades mencionadas.

REQUERIMIENTO DE LA FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

A fojas 1 la Fiscalía Nacional Económica a través del señor Fiscal Nacional Económico, Enrique Vergara Vial, con domicilio en Agustinas Nº 853 piso 2º Santiago, formula requerimiento en contra de Abercrombie & Kent S.A., ADSmundo Turismo Ltda., Turismo Cocha S.A., Chilean Travel Servicios Ltda. y Turavión Ltda.

El requerimiento se fundamenta en que las empresas de turismo aludidas han incurrido en conductas contrarias a la libre competencia, vulnerando el artículo 3º del Decreto Ley Nº 211, ya que 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 sus servicios. Para ello se cita a Jesús Parrilla, Vicepresidente de Explora, a una reunión el 20 de febrero de 2008, para discutir acciones comerciales a seguir en la industria, en esa reunión se le exige a Explora Chile S.A. un

aumento de su comisión desde un 20% a un 25%. De no acceder, los operadores dejarían de comercializar sus servicios y las ventas las desviarían a otras cadenas hoteleras. Explora se niega a subir la comisión, lo que comunica vía correo electrónico, por lo que se mantiene la presión en su contra. Explora denuncia a la Fiscalía Nacional Económica, organismo que estima que no obstante la resistencia de Explora, existe serio peligro de que ceda ante las presiones por el poder de las requeridas en el mercado turístico.

Mercado relevante, para el caso concreto, es definido por la Fiscalía Nacional Económica como: "La distribución mayorista de servicios hoteleros de lujo en zonas extremas efectuada por los operadores de turismo receptivo en Chile".

La importancia de los agentes nacionales turísticos radica en ser el canal para comercializar los hoteles y efectuar una caracterización de los consumidores que demandan servicios de hotelería de lujo. Señala que la participación de las requeridas en el período 2006-2009 se encuentra por sobre el 65% del total nacional, por lo que se afirma que el mercado de distribución mayorista de servicios hoteleros de lujo que efectúan los operadores mayoristas de turismo en Chile es concentrado.

Refiere la requirente que no hay barreras legales a la entrada de otros competidores a la industria hotelera y los costos están dados por la inversión en estudios necesarios para adoptar la decisión de establecer una empresa que opere como operador turístico en nuestro país. Entre los que se cuentan los gastos en publicidad, marketing y reputación, y estudios sobre características de la demanda. El tiempo para ser un real competidor es clave y un nuevo operador requiere de una red de contactos, inversión financiera y tiempo para desarrollar los vínculos de confianza y reputación que poseen las firmas relevantes del mercado por lo que no es posible competir en igualdad de condiciones con ella en el corto plazo. Además la reputación de las requeridas influye sobre la entrada al mercado y en el accionar de quienes operan en él, por lo que las requeridas pueden tener comportamientos estratégicos, los que han sido y pueden seguir usando. Así el comportamiento estratégico consistiría en desvíos de ventas por parte de las agencias, o sea que se traspasan los clientes que buscan algún producto turístico en particular desde una firma que presta servicios hoteleros hacia otra competidora y esto como método de presión y castigo a la primera(Explora Chile).

De esta forma, estima la Fiscalía, que la conducta anticompetitiva de las requeridas queda de manifiesto en el acuerdo al que ellas llegan para subir la comisión de Explora Chile S.A., en los términos de la reunión del 20 de febrero de 2008, así las comunicaciones posteriores y la amenaza de desvío de ventas hecha a Explora, en caso de no acatar las condiciones planteadas subiendo la comisión, configuran la conducta anticompetitiva desplegada por las requeridas. Por ello la amenaza de desvío de turistas hacia otras cadenas hoteleras, por los

servicios de Explora, es creíble debido a la alta participación de mercado de las requeridas, 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 operadores turísticos nacionales para un segmento específico de consumidores. Respecto a la aptitud objetiva del acuerdo para producir un resultado anticompetitivo, considera lo relevante es el poder de mercado que éste le confiere a sus partícipes, la Fiscalía Nacional Económica lo estima configurado en la especie por poseer las requeridas en conjunto un 65% de participación en el mercado relevante.

Se sostiene que los hechos descritos dan cuenta de conductas colusivas y exclusorias expresamente sancionadas por el artículo 3º del Decreto Ley Nº 211.

Por lo anterior solicitó que se acoja el requerimiento, el cese de éstas 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.

PRESENTACION DE EXPLORA COMO COADYUDANTE

A fs. 122 comparece Luis Alberto Camus Ibáñez, en representación de Explora S.A., quien indica que dado que las conductas imputadas por la Fiscalía Nacional Económica a las requeridas le afectan y lo han afectado directamente se hace parte en calidad de tercero coadyuvante de la requirente.

CONTESTACION DE TURAVION LIMITADA.

A fojas 94 contesta el requerimiento Turavión Ltda. y solicita el rechazo de éste con costas.

Sostiene que la fundamentación del requirente es insuficiente y sus argumentos son contradictorios por lo que debe ser declarado inadmisible. Expresa 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 no fue explicada ni relatada en el requerimiento.

Por otro lado, expresa que las peticiones son contradictorias y que no existen peticiones concretas en el mismo.

En cuanto a los hechos fundantes señala que los mismos no son efectivos en los términos expuestos por la Fiscalía Nacional Económica y que la oferta de incremento de la comisión fue una iniciativa escrita y genérica de Explora.

Enfatiza que todos los operadores del mercado advirtieron la necesidad de mejorar aspectos de éste, para lo que se requerían acuerdos regulatorios lícitos comunes, así surge la idea de proponer una mesa de trabajo en la que se trataran diversos temas, entre ellos la oferta de Explora relativa a las comisiones, ese fue el objeto de la reunión del 20 de febrero de 2008 y

no otro. Niega la existencia de colusión entre las requeridas.

Respecto a la definición de mercado relevante de la Fiscalía Nacional Económica, señala que ésta fue estructurada de manera arbitraria por dicho organismo y que en cuanto al ilícito imputado, que no se configura en la especie y que la Fiscalía Nacional Económica construye dicho ilícito por referencias o analogía, lo que es contrario a derecho.

CONTESTACION DE CHILEAN TRAVEL SERVICE LIMITADA.

A fojas 127 contesta Chilean Travel Service y solicita el rechazo del requerimiento con costas, en virtud de las siguientes afirmaciones: niega la existencia de pacto alguno con las requeridas que pueda afectar la libre competencia; no se ha exigido a Explora un incremento de las comisiones; que no han amenazado a Explora; no se ha tenido una actitud hostil a su respecto; no se han desviado las ventas de Explora a otras cadenas hoteleras; no se ha ejercido ningún tipo de presión a su respecto; y, que no han recibido beneficio alguno que diga relación con la reunión de 20 de febrero de 2008.

Además señala que su patrón de conducta no es comparable con el de las otras requeridas, sus ventas en todos los hoteles Explora aumentaron el año 2008. Expresa que no suscribió ni escribió el email de respuesta al vicepresidente de Explora Jesús Padilla, sino que lo hace de forma particular sin que exista evidencia respecto de descontento ni coordinación con las recurridas y menos presión con Explora.

Expone que siempre ha tenido una excelente relación comercial con Explora y destaca que la participación que tiene en las ventas de Explora no es más de un 1,9%. El requerimiento omite características esenciales de la industria del turismo y del mercado, su funcionamiento y los intereses que lo gobiernan.

Sostiene que los consumidores de los servicios hoteleros de lujo y la relación entre los operadores turísticos nacionales y los extranjeros y la relación de los nacionales con Explora. Afirma que se habría restringido de manera indebida el mercado relevante, causando distorsión en las cifras, razonamientos y conclusiones que de dicho concepto derivan. Critica haber excluido de la definición de mercado relevante, a ciertos agentes como los operadores de turismo y las agencias de turismo extranjeras, así como la comercialización mayorista que ellos efectúan. En cuanto al mercado relevante señala que no es sólo la hotelería de lujo sino que los servicios turísticos de lujo en general por lo cual estima que tal mercado relevante es "la distribución mayorista de servicios turísticos de lujo en zonas extremas de Chile".

En lo que concierne a la conducta que se le imputa, expresa que de ella no es posible concluir que existan elementos que permitan construir un ilícito que amerite sanción a su respecto, porque no concurren los elementos del tipo, el nexo causal y el resultado. En

cuanto al supuesto acuerdo entre las requeridas 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.

Finalmente, afirma que Explora tienen un alto poder en el 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 lo que revela un alto grado de dependencia de los operadores turísticos nacionales respecto de ella y no al revés.

CONTESTACION DE COCHA S.A.

A fojas 169 contesta Turismo Cocha y pide el rechazo del requerimiento con costas.

Señala que la reunión del 20 de febrero de 2008 fue una negociación comercial cuya especialidad radica en que cinco operadores creyeron pertinente actuar conjuntamente para plantear peticiones, sugerencias e inquietudes a Explora, sin que se le haya hecho amenaza alguna y que de existir, no habrían sido creíbles para Explora. Además expone que la descripción de la conducta es inexacta y no se ajusta a la realidad ya que no hubo exigencia de pago de una comisión del 25% sino una negociación comercial y una contrapropuesta rechazada por Explora.

En cuanto a los hechos detallados en el requerimiento, estos se orientan a hacer plausible el cargo que se les imputa, citando parcialmente los correos electrónicos existentes y omitiendo antecedentes, puntualizando que lo único que existe es un intento fallido de negociar condiciones más favorables para Cocha.

En lo que a mercado relevante se refiere, la definición que da la FNE es la única que permite sustentar la tesis de la colusión entre operadores y no hay argumentos serios que permitan sostener que la comercialización a través de operadores nacionales no tiene sustitutos cercanos.

Existen, a su juicio, otros medios o canales de distribución que son operadores extranjeros y venta o comercialización directa por parte de Explora, que se relaciona con programas de fidelización, lo que permite sostener que existe un importante grado de sustitución entre las formas directas e indirectas de comercialización de los servicios hoteleros de Explora.

Señala que no existe por parte de las requeridas poder en el mercado en las ventas de Explora, ya que su participación en las ventas es de un 21%, lo que es insuficiente para ejercer poder dentro del mercado. Dice en relación a la entrada al mercado, que por las características de este es extraordinariamente desafiable con lo que refuta la tesis de la Fiscalía Nacional Económica por cuanto el monto de inversión es mínimo y se puede instalar una oficina en el país y hacer uso de una red de contactos internacionales o comprar capital humano para hacer las redes de contactos.

En cuanto al comportamiento estratégico explica que es Explora quien dispone de tal ventaja frente a los operadores mayoristas nacionales lo que le permite imponer sus condiciones sin contrapeso al momento de determinar sus comisiones.

Niega que entre las requeridas haya existido un acuerdo colusorio y en cuanto a la definición de mercado relevante que da la Fiscalía Nacional Económica, señala que es irreal y responde a la necesidad de configurar un poder de mercado de las requeridas que no existe.

De las amenazas de desvío de ventas a otras competidoras de Explora señala que las mismas serían insostenibles dado que los hoteles de esa compañía forman parte de un poderoso conglomerado empresarial, y su oferta es difícilmente sustituible por otros hoteles. Lejos de existir desvío de ventas, las ventas de las requeridas a Explora no sólo no disminuyen sino que aumentan en el período siguiente al supuesto acuerdo colusorio.

En cuanto al tipo infraccional, no se da ninguno de los supuestos para que se configure, ya que no hay acuerdo en el sentido que lo exige la norma ni dolo en el actuar de las requeridas y que no obtuvieron poder de mercado mediante el supuesto acuerdo lo anterior ya que su participación conjunta en el mercado relevante ascendía al 21%, cifra insuficiente para condicionar a Explora, y que las requeridas no hacen abuso de una posición dominante porque carecen de ella, en definitiva no hay fundamentos para aplicar la multa pedida por la Fiscalía Nacional Económica.

CONTESTACION DE ADSMUNDO TURISMO

A foja 223 contesta ADSmundo Turismo y pide el rechazo del requerimiento con costas.

Opone como excepción de fondo la falta de legitimación activa de la Fiscalía Nacional Económica para interponer el requerimiento atendido lo dispuesto en la letra b) del artículo 39 del DL Nº 211.

En lo concerniente a la reunión del 20 de febrero de 2008, enfatiza que tuvo por objeto buscar vías de solución de la situación que Explora provocó a las requeridas al romper la cadena de comercialización de sus servicios intentando buscar nuevas condiciones y políticas comunes de promoción en el extranjero de estos servicios. Por el actuar de Explora sus ventas disminuyeron antes de la reunión citada.

Así la nueva estrategia de negocios de Explora deja a las requeridas sin margen de utilidades, ya que es ella quien decide el precio final de sus servicios sin que nadie pueda modificarlo. Señala que jamás condicionó, ni exigió un aumento de comisión ni amenazó con desvíos de ventas, y que hasta hoy comercializa y promociona los servicios de Explora.

En cuanto al mercado relevante señala que la Fiscalía Nacional Económica comete errores 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 extremas y/o

apartadas y que fueron adquiridos por el operador directamente del proveedor, sin intermediarios". Dice que el referido mercado se caracteriza por ser atomizado, desconcentrado y con nulas barreras de entrada. En cuanto al comportamiento estratégico lo niega, y menos aun que este haya sido urdido.

Señala que las requeridas han disminuido su participación en el mercado relevante como consecuencia de las acciones de Explora. Y que ellas carecen de poder de mercado respecto de Explora por las cifras de participación de éstas en las ventas de esa compañía.

Respecto al ilícito anticompetitivo, afirma que no se cumplen los requisitos para que éste se configure porque: no ha habido acuerdo entre las requeridas para exigir a Explora aumentar su comisión; no han buscado obtener un poder de mercado porque las requeridas en su conjunto carecen de una posición de dominio como para atentar contra la libre competencia; respecto al abuso de poder, su conducta es inidónea para obtener tal poder del mercado; no existe dolo a su respecto porque no hay intención de conculcar la libre competencia y que la conducta de las requeridas carece de aptitud objetiva para lesionar la libre competencia, porque no tienen una posición dominante en el mercado.

En cuanto a la multa solicitada por la Fiscalía Nacional Económica 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 que pide, de aplicarse sanción se rebaje la multa pedida.

CONTESTACION DE ABERCROMBIE & KENT

A fojas 272 contesta ABERCROMBIE & KENT y solicita el rechazo del requerimiento con costas.

En cuanto al mercado relevante lo define como "la comercialización de los productos ofrecidos por hoteles de lujo ubicados en zonas extremas de Chile".

Puntualiza que la definición de mercado relevante dada por la Fiscalía Nacional Económica se limita a la "distribución" de productos que sólo incluye a los operadores mayoristas y a los operadores de turismo receptivo y que sólo abarca a los agentes situados en Chile. Dice que las requeridas compiten respecto de los hoteles de lujo ubicados en zonas extremas, con agencias de viaje extranjeras, otros operadores mayoristas instalados en Chile y operadores mayoristas extranjeros.

Refiere que los índices de concentración han bajado en más de un 20%. Sobre las afirmaciones vertidas por la Fiscalía Nacional Económica acerca de la reputación de los operadores de turismo y de que su red de contactos son barreras a la entrada al mercado nacional, son vagas e imprecisas.

En cuanto al mercado relevante en que participa Explora dice que tiene el monopolio en Isla

de Pascua y una clara posición de dominio en San Pedro de Atacama y en la Patagonia chilena, por lo que los operadores nacionales de turismo receptivo necesitan y dependen de dicha compañía.

Respecto a las ventas de productos Explora, señala que corresponden al 23,5% del total de sus ventas por lo que es imposible que ejerza a su respecto una posición dominante, es Explora por el contrario quien detenta esa posición.

Niega los hechos relatados por la Fiscalía Nacional Económica y respecto a la reunión sostenida el 20 de febrero de 2008 señala que en forma previa a ella, fue Explora quien presentó una sola y única propuesta de comisiones intentando uniformarlas, por lo que en la reunión sólo se discutieron asuntos generales de relevancia para la industria. Expone que lo hecho por su parte dice relación con la inquietud de los tour operadores extranjeros en orden a aumentar las comisiones.

Descarta las amenazas, exigencias o peticiones indicando que el contenido de los correos electrónicos se ha tergiversado y que ha sido citado parcialmente. Afirma que no ha realizado acto alguno que sea contrario a la libre competencia, que no se ha coludido con ninguna de las requeridas y que la Fiscalía Nacional Económica ha calificado inadecuadamente la reunión sostenida con Explora, la que no fue más que un intercambio de ideas sobre temas generales lo que descarta la colusión. En cuanto a las amenazas, éstas no son creíbles desde que para ella no es posible prescindir del producto Explora, dado que las requeridas carecen de poder en el mercado por lo que la supuesta colusión carece de aptitud causal para lesionar la libre competencia, lo contrario es lo que debe ser probado por la Fiscalía Nacional Económica. Por ende, expresa, no se dan en el caso de autos los supuestos básicos del ilícito antimonopólico.

Respecto a la supuesta colusión de los operadores de turismo señala que su actuar fue siempre lícito y se limitó a plantear inquietudes que en definitiva buscan el beneficio de la industria y que carecen de poder en el mercado y que es Explora la que ostenta ese poder para evitar pagar a las requeridas un precio justo por los servicios de intermediación.

En cuanto al desvío de ventas lo descarta de plano, señalando que en los últimos años, éstas ha aumentado de 21% a 23,5%. Por ello el requerimiento es improcedente, al igual que la multa solicitada.

En subsidio, pide se aplique una multa más baja. Y que se tenga en cuenta el inexistente beneficio económico para la requerida, la falta de gravedad de la conducta reprochada, su irreprochable conducta anterior y la colaboración que ha prestado a la Fiscalía Nacional Económica en su investigación.

A fojas 341 se recibió la causa a prueba.

SENTENCIA RECURRIDA:

A fojas 3946 se dicta sentencia, la que analiza si se llevaron a cabo las conductas imputadas y si ellas constituyen individualmente o en conjunto infracciones al Decreto Ley Nº 211. En seguida se analiza el mercado relevante de autos y sostiene que 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.

Se afirma que está acreditado en autos: a) el hecho de haberse realizado una reunión el día 20 de febrero de 2008, en la que participaron: 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 Francois Carrére 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: b) 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%; y c) la existencia de correspondencia a través de correos electrónicos, posterior a la reunión, entre las requeridas y Explora, en que esta última les comunica que no modificará su propuesta de comisiones.

El tribunal concluyó que dentro del mercado relevante, 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, no podría estimarse que el conjunto de estas empresas tenga una posición dominante en el mismo. Concluye que ello es concordante con la incapacidad que tuvieron las requeridas para forzar un aumento en las comisiones, como era supuestamente su objetivo; incapacidad que 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. Por otra parte, expresa el fallo que no es evidente para el 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 Fiscalía Nacional Económica, 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, razón por la que

desestima el requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica.

A fojas 3977 y 4033 Explora Chile S.A. y Fiscalía Nacional Económica deducen reclamaciones contra la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En dichos reclamos se hace una crítica a la determinación del mercado relevante, a la falta de determinación de la conducta atentatoria a la libre competencia y a la errada apreciación de las actuaciones de las requeridas. Se afirma que hubo intencionalidad de atentar contra la libre competencia, y que en lo concerniente a la conducta de las requeridas señalan se encuentra acredita la conducta colusoria. Se alude también a la prueba rendida la que permitía demostrar que son efectivos los reproches que se les formulan. Por lo que piden se acceda al requerimiento interpuesto.

A fojas 4080 se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I.- En cuanto al recurso de reclamación deducido por la Fiscalía Nacional Económica.

Primero: Que la Fiscalía Nacional Económica ha deducido recurso de reclamación en contra de la sentencia N° 113 del Tribunal de Defensa de a Libre Competencia, solicita su revocación y que en su reemplazo se acoja el requerimiento por ella presentado, declarando no sólo 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 quede sino condenarlas por haber cometido el más grave de los atentados a la libre competencia, esto es, la colusión.

En síntesis expone en su libelo que el artículo 3° inciso 2° del DL N° 211, exige tres requisitos para sancionar una conducta colusoria: la existencia de un acuerdo entre competidores; su incidencia en algún elemento relevante de la competencia; y su aptitud objetiva para producir un resultado anticompetitivo.

Sostiene, respecto al primer requisito, esto es, la existencia de un acuerdo entre los competidores que éste se encontraría acreditado de acuerdo a la ponderación de la prueba realizada por el Tribunal de Defensa de a Libre Competencia, según dan cuenta los considerandos 46°, 47°, 48° y 51°, que reconocen y acreditan la actuación concertada por parte de las requeridas. En relación al segundo de los requisitos, los considerandos 46°, 47° y 48°, dejan claro que el acuerdo 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. Respecto al último requisito, los considerandos 25°, 27°, 36°, 44°, 48° y 51°, 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 sobre los oferentes de servicios turísticos nacionales, salvo Explora, lo que en todo caso, es altamente discutible.

Explica que como se señala en el considerando 48° de la sentencia, "la falta de prueba en autos acerca de las 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", no es óbice para acoger el requerimiento, puesto que como lo ha dicho la 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", condiciones ambas acreditadas en autos. Agrega que el hecho que no esté acreditado el 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.

Refiere la Fiscalía que no entiende por qué la sentencia, para rechazar el requerimiento, establece que las acciones objeto de éste fueron realizadas en vigencia del texto legal previo a la modificación del año 2009, argumentando que a esos hechos debía aplicárseles la ley vigente al tiempo de su celebración, ya que tratándose de normas sancionatorias, no podría aplicarse a los supuestos infractores un régimen jurídico distinto del que se conocía a la época de la comisión de los ilícitos que se les imputan, en circunstancias que 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 todos y cada uno de los requisitos.

Continúa señalando que 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, encontrándose entre los oferentes las requeridas, las cuales son difíciles de sustituir dada su reputación y redes de contacto, factores que constituyen un costo de entrada relevante. Agrega que 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 Fiscalía Nacional Económica. La definición del mercado relevante no es un fin en sí mismo, sino que tiene el objeto de determinar los efectos anticompetitivos que podrán tener las conductas de las requeridas sobre un determinado grupo de productos y sus consumidores en una determinada área geográfica, de manera que la clave de la definición del mercado relevante es la sustitución, y en este caso los servicios de las requeridas serían difícilmente sustituibles. 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 el hecho constituye un costo relevante a la entrada.

Finalmente, señala que el acuerdo es, además, apto para 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%).

II.- En cuanto al recurso de reclamación deducido por Explora Chile S.A.

Segundo: Que también en estos autos Explora Chile S.A. ha deducido recurso de reclamación, solicitando que esta Corte lo acoja y deje sin efecto la sentencia recurrida, dando lugar al requerimiento interpuesto por Fiscalía Nacional Económica y sancionando a las requeridas.

En síntesis expone el recurrente que el fallo reconoce expresamente la existencia del acuerdo colusorio respecto de Explora, pero desestima el requerimiento por considerar que dicho acuerdo no tendría aptitud objetiva para lesionar la libre competencia, por cuanto las agencias en cuestión no detentarían poder de mercado en relación con Explora. Agrega que el H. Tribunal, apartándose de lo establecido en el DL Nº 211, exige como presupuesto indispensable para sancionar el ilícito de colusión, además del acuerdo, la existencia de poder de mercado y la concreción o materialización de ese poder a través del abuso mismo, en circunstancias que en fallos anteriores, el mismo Tribunal exigía sólo la concurrencia de la aptitud objetiva del acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que fuera necesario que ese resultado dañino se hubiere producido efectivamente. Puntualiza que el artículo 3° letra a) del DL Nº 211, previo a su reforma por la Ley Nº 20.361, exigía la concurrencia de tres requisitos: la existencia de un acuerdo; la incidencia de ese acuerdo en un elemento relevante de competencia; y la aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un efecto contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que ese efecto se haya producido.

Sostiene, además, que el Tribunal infringió las reglas de la sana crítica y la fundamentación de la sentencia, como lo exige el inciso primero del artículo 26 del DL Nº 211 al disponer que; "la sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia". Dice que el fallo abandona el principio de objetividad porque: discrimina entre turistas de Explora, indicando que respecto de algunos las agencias requeridas tendrían poder de mercado y no respecto de otros, sin señalar la proporción que representan unos y otros; porque define un mercado relevante para Explora y otro muy distinto para otros hoteles y productos tipo Explora y porque argumentando sin otra justificación que la versión de las requeridas y la rebuscada interpretación de la declaración ante la Fiscalía Nacional Económica, afirma la existencia de barreras de entrada respecto de los segundos y no respecto de la primera.

Continúa señalando que el Tribunal atribuyó a Explora un poder de mercado del que carece, pero aún si lo tuviese, sería irrelevante al momento de juzgar las conductas de las agencias

requeridas.

Concluye sosteniendo que existen en autos una serie de elementos probatorios que dan por acreditada la existencia de barreras a la entrada en el mercado de la distribución de hoteles de lujo en zonas extremas y, en especial a lo referente a la reputación y el Know-how, que afectan a todos los productos hoteleros, incluyendo a Explora, al constituir una limitación de la competencia entre quienes distribuyen los productos, por lo que resulta inexplicable que el Tribunal haya constatado la existencia de tales barreras en lo que respecta a la relación entre otros productos turísticos y sus distribuidores, y a reglón seguido niegue su existencia respecto de Explora. Asimismo, existe abundante prueba en autos que permite dar por acreditada o al menos por presumida la existencia de desvío de ventas respecto de Explora, lo que confirma la existencia de poder de mercado de las agencias requeridas.

Tercero: Que como quedara asentado en la parte expositiva, el Tribunal de Defensa de a Libre Competencia rechazó el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Abercrombie & Kent S.A., ADS mundo Turismo Ltda., Turismo Cocha S.A., Chilean Travel Servicios Ltda. y Turavión Limitada, dada la inexistencia de poder de mercado de las requeridas respecto de Explora Chile S.A.; la falta de prueba en autos acerca de presiones o ejercicios de acciones concertadas sobre oferentes de servicios hoteleros o turísticos respecto de los cuales las requeridas hayan podido tener poder de mercado; y que las acciones objeto del requerimiento fueron realizadas en vigencia del texto legal previo a la modificación del año 2009.

Cuarto: Que para emprender el análisis del conjunto de alegaciones y defensas contenidos en los recursos de reclamación deducidos por la Fiscalía Nacional Económica y Explora Chile S.A., esta Corte considera que es previo y necesario efectuar una breve reseña histórica acerca del establecimiento del tipo infraccional objeto del requerimiento y de algunos aspectos desarrollados en torno al ilícito por la doctrina, la jurisprudencia del propio Tribunal de Defensa de a Libre Competencia y por esta Corte. La explicación es importante para determinar cuáles son los elementos que constituyen la figura de la colusión a la luz de la preceptiva que se encontraba vigente al tiempo de los hechos denunciados en el requerimiento, esto es, bajo la vigencia de la Ley N° 19.911 y por tanto antes de la modificación introducida por la Ley N° 20.361.

Quinto: Que la primera preceptiva en la materia se encuentra en el artículo 173 de la Ley N° 13.305, publicada en el Diario Oficial de 6 de abril de 1959, que prescribía: "Todo acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país, sea mediante convenios de fijación de precios o repartos de cuotas de producción, transporte o de distribución, o de zonas de mercado; sea mediante acuerdos, negociaciones o asociaciones para obtener reducciones o paralizaciones de producción; sea mediante la distribución

exclusiva, hechos por una sola persona o sociedad, de varios productores del mismo artículo específico, o por medio de cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar la libre competencia, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados y con multa de uno por ciento al diez por ciento del capital del giro de los autores".

En 1973 se publicó el D.L. N° 211, el que en su artículo 1° señalaba: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención, que tienda a impedir la libre competencia en la producción o en el comercio interno o externo, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Con todo, cuando este delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como las correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicinas o salud, la pena se aumentará en un grado".

A su turno, el artículo 2° expresó: "Se considerarán entre otros como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas,

b) Los que se refieran al transporte,

c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o de distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores,

d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros, y

e) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia".

Posteriormente se dictó la Ley N° 19.911 que estableció en el artículo 3° que: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran.

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".

Finalmente se dicta la Ley N° 20.361, que modificó el artículo 3° del D.L. N° 211 quedando establecido en los siguientes términos:

"Artículo 3: El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".

Sexto: Que según se ha dicho los hechos objeto del requerimiento deben ser juzgados bajo el imperio de la ley vigente a la fecha de su comisión, esto es, de la Ley N° 19.911 publicada en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 2003.

Un primer punto que cabe señalar es evidente, el artículo 3° en su inciso primero establece un injusto genérico mientras que el inciso segundo señala diversos ejemplos, incluyendo en la letra a) la figura de la colusión.

Sin embargo, no ha sido pacífico precisar los elementos que deben acreditarse para configurar la infracción. El asunto radica en entender si es necesario probar, además del acuerdo de colusión, sus efectos actuales o potenciales, o bien sólo su objeto.

En principio, atendido el tenor literal del encabezado del artículo 3° inciso segundo del D.L. N° 211 que señalaba: "Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes...", debía entenderse que si el sujeto cometía alguna de las conductas que se indicaban como ejemplo no se debían probar los efectos del acto.

Sin embargo, a raíz de una indicación presentada por el Senador Jovino Novoa a las comisiones unidas del Senado de Constitución, Legislación y Justicia y Economía, se introdujo a la letra a) del artículo 3° la frase "abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran". Con ello, debía entenderse que el requirente debía acreditar el abuso del poder que el acuerdo le confería. En otros términos, la redacción de la letra a) importaba que igual había que acreditar la prueba del efecto del acuerdo.

Ahora bien, la Ley N° 20.361 - no aplicable al caso- tuvo entre sus finalidades despejar dudas y terminó con la expresión "abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran" contenida en la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211, todo ello con el objeto -según aparece de la historia de la ley- de imponer una menor exigencia probatoria para establecer los elementos necesarios para sancionar una colusión.

Séptimo: Que el término colusión, emanado del latín jurídico "collusio", significa un acuerdo entre dos personas destinadas a perjudicar a un tercero. En el ámbito de la libre competencia, semejante acuerdo está destinado a conculcar este bien jurídico, por la vía de que se le lesione o bien se le coloque en riesgo y sea que ello entrañe un perjuicio civil concreto o no (Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio" Edit. Jurídica, año 2006, p 516).

La doctrina coincide en reconocer que la conducta colusiva se encuentra configurada por elementos normativos y subjetivos. Entre los primeros, se encuentra "el acuerdo". A este respecto, nuestra legislación ha recogido la clasificación de la colusión en expresa o explicita y tácita. Respecto de la cual la doctrina ha señalado que:

"Desde el punto de vista económico existen dos tipos de colusión: la explícita y la tácita. En el primer caso, la colusión se logra por la vía de la comunicación directa entre las empresas. Los carteles constituyen el típico ejemplo de colusión explícita. Estas son organizaciones informales, dado su carácter ilegal en la mayoría de las jurisdicciones, en donde los ejecutivos de las empresas se coordinan para fijar los precios y repartirse el mercado. En la colusión tácita, las empresas se coordinan en forma indirecta, es decir a través de su comportamiento en el mercado. Esta forma de comunicación incluye señales sobre precios actuales o anuncios de precios futuros. Nótese que en ocasiones no es necesario que exista intercambio de señales entre los actores para lograr la colusión, basta el mutuo entendimiento de que es conveniente para todos el no competir agresivamente".

"A nivel jurídico, la distinción entre colusión tácita y explícita, apunta más bien a la evidencia de que se dispone para calificar un caso como colusión, que a la forma en que las empresas realizaron dicha comunicación" (La Libre Competencia en Chile, Aldo González, página 146, Editorial Thomson Reuters)

Asimismo, el Glosario de la Comisión de la Comunidad Europea expresa respecto al concepto de colusión que por aquella se entiende la "Coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de precios, la restricción de la producción y el aumento de los beneficios de las empresas participantes en la colusión. El comportamiento colusorio no siempre se basa en la existencia de acuerdos explícitos entre empresas, sino que también puede resultar de situaciones en que las empresas actúan por su cuenta pero, reconociendo su interdependencia con sus competidores, ejercitan conjuntamente el poder de mercado en colusión con los demás competidores. Esta práctica suele llamarse colusión tácita".

En otros términos, puede decirse que la existencia de los acuerdos tácitos se infiere.

También para que se configure la colusión debe concurrir el elemento subjetivo, que dice relación con la voluntad o intención común de las personas que forman parte del acuerdo. Esta intención de acuerdo a nuestra legislación debe extenderse al propósito de ejercer abusivamente un poder de mercado.

Este último punto no es pacífico en las legislaciones extranjeras. En efecto algunos sistemas jurídicos han adoptado la colusión como falta "per se". Se ha señalado: "La colusión en su expresión más organizada, la cartelización, es considerada en la mayoría de los países como acción anticompetitiva "per se". Para sancionarla no es necesario demostrar que el precio fijado es abusivo o que se ha dañado a terceros. Se ha optado por una definición de ofensa "per se", pues se considera altamente improbable que el acuerdo en precios entre competidores produzca efectos benéficos en la sociedad" (Aldo González, obra citada, página 145).

Octavo: Que según se anticipó la jurisprudencia no ha sido uniforme en lo relativo al establecimiento de los elementos que deben ser probados para configurar la colusión.

1) En la sentencia 38/2006 de 27 de enero de 2003 el Tribunal de Defensa de a Libre Competencia resolvió acoger el requerimiento, mientras que esta Corte acogió la reclamación dejando sin efecto las sanciones a las agencias navieras, ya que los hechos citados como pruebas -comportamiento comercial coincidente- permiten establecer solamente una hipótesis de colusión, pero en ningún caso constituyen evidencia concluyente de la conducta ilícita. La colusión requiere de la existencia de una voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo dicha práctica, lo cual no estaría siendo demostrado con la simple simultaneidad y similitud en las nuevas tarifas. El comportamiento paralelo podría de igual

manera explicarse por la similitud en el tipo de prestaciones de las agencias navieras y en la competitividad de dicho mercado, lo que lleva a las empresas que participan en él a imitar rápidamente las estrategias de sus competidores (C.S. Rol N° 3.395-2006, motivación 10ª).

2) La sentencia del Tribunal de Defensa de a Libre Competencia N° 57 de 12 de julio de 2007 expresó en el fundamento 31° que: "para sancionar una conducta como la denunciada, es preciso establecer: (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".

Este Tribunal en sentencia de 28 de enero de 2008 en causa Rol N° 4052-07, en fallo de mayoría, rechazó el recurso de reclamación, al desestimar la existencia del acuerdo colusorio. Sin embargo en la motivación séptima del voto de minoría se puntualiza que: "de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3º inciso primero del Decreto Ley Nº 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 hayan producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes económicos permita alcanzar, mantener o incrementar para que exista la colusión que la ley sanciona".

3) Otro caso en que la Fiscalía Nacional Económica acusó a cuatro empresas proveedoras de acciones concertadas para repartirse el mercado en el segmento de los hospitales públicos y de buscar el fracaso de la licitación llamada por la agencia de compras de dichos hospitales (CENABAST), el Tribunal de Defensa de a Libre Competencia en fallo dividido (cuatro contra uno) acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica sancionando a las empresas de oxígeno.

Esta Corte acogió la reclamación señalando que la evidencia presentada era del todo insuficiente para probar la existencia de colusión tendiente al fracaso de la licitación (C.S.N° 5057-2006).

4) En el caso Banco de Chile contra Casas Comerciales, el Tribunal de Defensa de a Libre Competencia sancionó a las empresas Falabella y Paris por concertarse para forzar a los fabricantes de televisores de plasma a no abastecer al Banco en su evento denominado feria tecnológica.

Esta Corte confirmó la sentencia del Tribunal de Defensa de a Libre Competencia, rebajando eso sí las multas a ambas empresas en un 25% (C.S. Rol N° 2.339-2008).

5) En el caso de requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra A.M. Patagonia se dictó por el Tribunal de Defensa de a Libre Competencia la sentencia 74/2008. El Tribunal

señaló que "para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar no sólo la existencia de un acuerdo entre competidores y su incidencia en algún elemento relevante de competencia, sino también su aptitud objetiva para producir un resultado contrario a la libre competencia, sin que sea necesario que efectivamente dicho resultado lesivo se haya producido, dado que, según lo dispuesto en el art. 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". El TDLC para determinar si el acuerdo era apto para producir efectos contrarios a la libre competencia señaló que debía analizarse el o los mercados eventualmente afectados por el acuerdo y sus características, para lo cual también revisó las condiciones de entrada al mismo, señalado que la idoneidad del acuerdo para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, dependía en parte, de dichas condiciones.

Este Tribunal estableció en el considerando octavo de la sentencia: "...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 quedo demostrado que dicho acuerdo, tal como fue concebido, tuvo la aptitud objetiva de producir un resultado anticompetitivo, lo que resulta suficiente para su sanción" (C.S. N° 5.937-2008)

6) En el caso de requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de diversos microbuses y taxis colectivos de la ciudad de Osorno, el Tribunal de Defensa de a Libre Competencia dictó la sentencia 94/2010 por haberse coludido en noviembre de 2007 para, entre otras cosas, alzar coordinadamente los pasajes, señalando, junto con tener acreditado el acuerdo, que el mismo tenía la aptitud objetiva para afectar negativamente la competencia en el mercado "lo que infringe lo dispuesto en el artículo 3° letra a) del Decreto Ley N° 211" (considerando 61°).

La sentencia de esta Corte estableció en el considerando octavo que: "...no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia, por lo que no resulta procedente la alegación de las empresas mencionadas en el considerando tercero en cuanto sostienen que no se produjo la infracción contemplada en el artículo antes citado porque muchos de los acuerdos de los que da cuenta el acta de autos no produjeron sus efectos" (C.S. N° 1.746-2010).

7) En el caso asfaltos el Tribunal de Defensa de a Libre Competencia en sentencia Nº 79/2008 en su considerando 15 expresa que: "Como ha resuelto el Tribunal (sentencia 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" (C.S. Rol N° 96-09).

Noveno: Que se puede señalar a modo de conclusión sobre la base de lo establecido en la legislación, de lo sostenido por la doctrina y en la jurisprudencia que la interpretación armónica del artículo 3° en sus incisos primero y segundo importa que para que se configure la colusión, se exige probar: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.

Décimo: Que, conforme a lo que se viene exponiendo, lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del Decreto Ley aludido, lo dicho por esta Corte en causas que versan sobre la materia (ver C.S. Rol 4052-07; Rol 1746-10; 96-209) 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 haya producido efectivamente dicho resultado, ni tampoco que el abuso de posición que el acuerdo entre los agentes económicos permite alcanzar, mantener o incrementar, sea requisito para que exista la colusión que la ley sanciona.

Undécimo: Que en la sentencia que por esta vía se revisa se dieron por acreditados los siguientes hechos: a) 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 - Torres del Paine, San Pedro de Atacama e Isla de Pascua -; b) que el día 20 de febrero de 2008 se llevó a cabo una reunión en la que participaron las empresas requeridas y el Vicepresidente Comercial de Explora, en que las primeras plantearon a esta última el aumento del cobro de comisión por la prestación de sus servicios desde un 20% a un 25%; c) 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; d)que las firmas requeridas representan cerca del 19% del total de las ventas realizadas por Explora; e) que dado dicho porcentaje, estas empresas no tienen una posición dominante en el mercado; f) que se trata de un mercado en que hay importantes barreras de entrada para los nuevos competidores y un número reducido de empresas relevantes en el mismo.

Duodécimo: Que los antecedentes consignados en la motivación anterior, permiten sostener que se encuentra acreditada la colusión entre las empresas turísticas quienes se concertaron con la única finalidad de obtener mayores beneficios económicos, traducidos en el aumento de las comisiones por los servicios de intermediación a Explora.

Décimo tercero: Que dando por establecida la concertación que existió entre las requeridas con la intención de obtener un mayor lucro por sus servicios de intermediación, cabe analizar el error que se atribuye al fallo en orden a desestimar que el acuerdo de las requeridas tuviere la aptitud para influir en las ventas de Explora, ello basado en su falta de poder de mercado para que se viera reflejado en las ventas de Explora.

Décimo cuarto: Que a la luz de lo que se viene relatando, lo que debe ser analizado en esta instancia, es si al existir un acuerdo de voluntades por parte de un número determinado de empresas que intermedian en el mercado turístico, tal concertación aun cuando no haya tenido la aptitud causal para influir en las ventas de la reclamante Explora, puede importar una transgresión a la libre competencia, en los términos que disponía a la fecha de los hechos el artículo 3° del Decreto Ley N° 211.

Décimo quinto: Que ha quedado demostrado a través de la prueba rendida en el proceso - testimonial y documental referida en el considerando noveno de la sentencia del Tribunal de Defensa de a Libre Competencia - que existió la intención de modificar la conducta de las empresas operadoras de turismo con respecto a Explora, en orden a obtener una mejor comisión en la venta de los servicios prestados por la requirente, con la clara finalidad de que si ello no ocurría, se desviarían esas ventas hacia la competencia.

Décimo sexto: Que este Tribunal comparte lo sostenido en el fallo que se revisa en orden a que el acuerdo de las requirentes no tuvo la aptitud para modificar el volumen de ventas de Hoteles Explora en las zonas en que ésta presta sus servicios, sin que ello obste a analizar si dicha conducta atenta contra los principios que inspiran las normas que regulan la libre competencia.

Décimo séptimo: Que de otro lado, el artículo tercero del Decreto Ley Nº 211 sanciona a quien ejecute un acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, sea que tal actuación produzca esos efectos o que tienda a producirlos. No se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que éste tienda a producir efectos que afectan la libre competencia. En consecuencia, y como se ha expresado, por el propio Tribunal de Defensa de a Libre Competencia y por esta Magistratura, la conducta colusiva para que se verifique no necesita desencadenar un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad desplegada, de manera que por el solo hecho de existir la concertación y que ésta busque modificar la conducta de un agente del mercado con el fin de obtener por parte de quienes deciden

coludirse un beneficio de índole patrimonial, no puede ser sino tomado como un atentado contra los principios básicos que sustentan las normas que por medio del Decreto Ley N° 211 se buscan salvaguardar, esto es, la igual oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado -como es el turístico- compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia del mismo para cada uno de los actores que en él intervienen.

Décimo octavo: Que, en el presente caso, a juicio de estos sentenciadores se encuentran configurados los elementos que, según la doctrina de los autores y jurisprudencial a que se ha hecho referencia en este fallo, de la colusión, a saber: la existencia de un acuerdo -en el caso de autos éste se verifica al pretender obtener mejores beneficios de las operadoras turísticas en las ventas de Explora-; su objetivo -obtener mejores comisiones por las ventas hechas por los paquetes turísticos de las requeridas para los Hoteles Explora-; la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial -el que se manifiesta al pretender desviar clientes a la competencia de Explora; y la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo -mediante la reunión sostenida por las requeridas con el representante de Explora-, todo ello lleva indiscutiblemente a dar por acreditada la conducta denunciada en el requerimiento efectuado por la Fiscalía Nacional Económica.

Décimo noveno: Que conforme a lo expuesto y teniendo en consideración el acuerdo de las empresas requeridas en el sentido ya relatado, su obrar importa que ellas incurrieran en conductas que infringen el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, consistentes en solicitar coordinadamente a Explora Chile que subiera las comisiones por las ventas en los paquetes turísticos de ésta en aquellos lugares en que la misma mantiene hoteles de lujo, bajo amenaza que de no ser aceptado se desviarían tales ventas a los hoteles de la competencia.

Vigésimo: Que como puede advertirse no hay incongruencia entre el requerimiento realizado por la Fiscalía Nacional Económica y la conducta desplegada por las requeridas, de manera que no es posible que éste sea desestimado, por lo que se acogerán las reclamaciones interpuestas disponiéndose el cese de todo acto colusorio por parte de las requeridas que pueda significar un atentado a las normas de la libre competencia conforme a lo dispuesto, en el tantas veces citado artículo 3° del Decreto Ley N°211.

Vigésimo primero: Que la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento anticompetitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen los participantes. Por ello, es que esta Corte estima del caso imponer una multa a cada una de las empresas requeridas de 50 Unidades Tributarias Anuales.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N° 1, 20 y 27 del D.F.L. N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, se acogen las reclamaciones formuladas en lo principal de fojas 3977 y 4033 respectivamente contra la sentencia Nº 113/2011 de diecinueve de octubre del año 2011, escrita a fojas 3946, y en consecuencia se decide que las requeridas deben abstenerse de realizar cualquier conducta colusoria que implique atentar contra la libre competencia en los términos establecidos en el presente fallo, imponiéndose a cada una de las requeridas una multa ascendente a 50 Unidades Tributarias Anuales.

Se previene que el ministro señor Muñoz no comparte los fundamentos décimo, undécimo letra e), décimo cuarto, décimo quinto y décimo séptimo.

Y en su lugar tiene en consideración que el ilícito colusorio requiere, bajo el amparo de la Ley Nº 19.911, que los agentes económicos participen en el acuerdo que se reprocha, abusen del poder que detentan en el mercado, circunstancia que concurre en el presente caso, puesto que las empresas, además de concertar el acuerdo colusorio, exteriorizan el requerimiento a la sociedad Explora Chile S.A., con lo cual consumaron su actuar ilícito, sin que sea necesario que la conducta reprochada se agote mediante la obtención de beneficios y, consecuentemente, ocasione perjuicios para los consumidores.

Del mismo modo existe un mercado relevante en que por el sólo hecho de estar referido a los operadores nacionales en una proporción importante, es suficiente para que los efectos de la conducta anticompetitiva afecte el bien jurídico protegido por el legislador, puesto que impone condiciones de mercado uniformes y evita la competencia entre quienes ofrecen sus servicios de intermediación. Ello porque el mercado relevante está constituido por la intermediación de la colocación o venta de servicios de turismo de lujo en zonas específicas del territorio de Chile, estos es, San Pedro de Atacama, Torres del Paine e Isla de Pascua, respecto de los Hoteles Explora, efectuada por los operadores nacionales de Chile. En este sentido no se considera

el volumen total de los Hoteles Explora, sino el total intermediado por las requeridas, caso en el cual el mercado relevante restringe y adquiere importancia para los efectos de resolver el presente caso, puesto que sin duda tanto a dichas empresas como a los Hoteles Explora les significa un aspecto que determina sus negocios en una especial cobertura, que incluye sin duda a los interesados nacionales que usen tales servicios.

El Ministro Sr. Pierry concurre al párrafo segundo de la prevención precedente, en lo que respecta a la precisión hecha del mercado relevante.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Pfeiffer quien estuvo por rechazar la reclamación, teniendo para ello presente:

Que conforme a lo expresado en el fallo en alzada, las requeridas no contaban con la aptitud, ni una posición de dominio relevante en el mercado que pudiese afectar en forma concreta a Explora, al existir la intermediación de operadores extranjeros que trabajan directamente y sin que las requeridas tengan injerencia alguna, de forma que al no estar comprobado el resultado negativo o la desviación de turistas a otros hoteles de lujo el requerimiento debe ser desestimado.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Lagos y de la prevención y disidencia sus autores.

Rol Nº 10954-2011.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., el Ministro Suplente Sr. Alfredo Pfeiffer R. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, la Ministro señora Sandoval por estar con feriado legal y el Ministro Suplente señor Pfeiffer por estar ausente. Santiago, 20 de septiembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veinte de septiembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Copia no oficial generada por Diario Constitucional a partir del Buscador de Jurisprudencia del Poder Judicial de Chile (juris.pjud.cl).