ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN CASO *COLUSIÓN TOUR OPERADORES*

Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín

RESUMEN: El presente comentario recae sobre la sentencia de la E. Corte Suprema en materia de colusión de los tour operadores nacionales en contra de hoteles Explora. Se expone en este comentario como bajo el amparo de la Ley N° 19.911 se exige para sancionar un acto de colusión que los acusados hubieren actuado abusando de su poder de mercado. Se comentarán, también, las razones por las cuales debe rechazarse, incluso bajo la actual legislación, la tesis de la Corte Suprema que sindica la colusión como un ilícito *per se*, que se configura sin necesidad de analizar sus efectos contrarios a la libre competencia, reales y empíricamente demostrables.

SUMARIO: 1. Requerimiento de la FNE. 2. Defensas de los Requeridos. 3. Sentencia del TDLC. 4. Recurso de Reclamación de la FNE y Explora. 5. Sentencia de la Excma. Corte Suprema. 6. Análisis crítico del fallo de la Excma. Corte Suprema. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. REQUERIMIENTO DE LA FNE

Con fecha 17 de diciembre de 2009, la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") presentó ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") un requerimiento en contra de un grupo de tour operadores[1] por infracción al artículo 3° del DL 211. La FNE fundamentó su requerimiento en que los requeridos, actuando de consuno, habrían exigido a la empresa hotelera Explora Chile S.A. ("Explora") el incremento de las comisiones por concepto de comercialización, bajo la amenaza de dejar de vender sus servicios.

Se señaló que los requeridos habrían citado a ejecutivos de Explora a una reunión, bajo el pretexto de discutir acciones comerciales

[1] Abercrombie & Kent S.A.; ADSmundo Turismo Ltda.; Turismo Cocha S.A.; Chilean Travel Services Ltda.; y Turavión Ltda.

aplicables a la industria hotelera. Sin embargo, en dicha reunión los requeridos habrían exigido a Explora un aumento de sus comisiones. De no acceder, los requeridos dejarían de comercializar los servicios de Explora y desviarían ventas a otras cadenas hoteleras.

Se señaló en el requerimiento que Explora se habría negado a tal alza de comisiones, resistiendo las presiones comerciales de los tour operadores, procediendo, luego, a denunciar los hechos a la FNE.

En cuanto al mercado relevante aplicable a la discusión, la FNE lo definió como "la distribución mayorista de servicios hoteleros de lujo en zonas extremas, efectuada por los operadores de turismo receptivo en Chile". Justificó esta definición en que los agentes turísticos nacionales, como canal para la comercialización de este tipo de hoteles, efectúan una caracterización de los consumidores que demandan servicios de hotelería de lujo. Bajo esta definición del mercado relevante, la participación de los requeridos para el período 2006-2009 alcanzaría el 65%, concluyendo la FNE que el mercado de la distribución mayorista de servicios hoteleros de lujo efectuada por los operadores mayoristas de turismo receptivo en Chile estaría concentrado en los requeridos.

Respecto a las condiciones de entrada al mercado relevante, la FNE señaló que no existirían barreras legales a la entrada de otros competidores. Los costos hundidos de los nuevos incumbentes estarían dados por los gastos en publicidad, marketing, estudios sobre características de la demanda, etc. Asimismo, la FNE planteó que en este mercado no sería posible convertirse en un competidor en el corto plazo. Lo anterior, por cuanto a un nuevo incumbente le sería necesario contar con una red de contactos, así como también, desarrollar vínculos de confianza y reputacionales, los cuales no son posible lograr en el corto plazo.

Por otra parte, la FNE señaló que los requeridos, dada su posición de mercado, manejarían variables estratégicas que podrían influir en la entrada del mercado, así como también, como método de presión a los hoteles, por ejemplo, mediante el desvío de ventas y el traspaso de clientes.

Finalmente, respecto a la aptitud objetiva del acuerdo adoptado por los requeridos para producir un resultado anticompetitivo, indicó la FNE que lo relevante es tener en cuenta su poder de mercado, requisito que estima cumplido por poseer los tour operadores cues-

tionados, en conjunto, un 65% de participación en el mercado relevante antes descrito[2].

2. DEFENSAS DE LOS REQUERIDOS

Los requeridos argumentaron que la reunión con Explora, que habría motivado el inicio de una investigación por parte de la FNE, se insertó en el contexto de una larga relación comercial entre las partes. Describieron esta reunión como una negociación comercial, en donde los tour operadores plantearon a Explora una serie de sugerencias e inquietudes.

Sobre la existencia de amenazas de desvío de ventas hacia otros hoteles competidores de Explora, los requeridos señalaron que serían falsas e inconsistentes. Expusieron que Explora forma parte de un poderoso y agresivo conglomerado empresarial, cuya oferta es difícilmente sustituible por otros hoteles. De hecho, todos los requeridos recalcaron que en el período en análisis sus ventas en todos los hoteles Explora aumentaron, en algunos casos, en forma considerable.

Asimismo, los requeridos señalaron que la FNE había estructurado de manera arbitraria el mercado relevante aplicable a este caso. Afirmaron que se habría restringido de manera indebida, causando graves distorsiones en las cifras. Por ejemplo, criticaron haber excluido de dicha definición otros medios o canales de distribución, tales como operadores de turismo y las agencias de turismo extranjeras, la venta o comercialización directa por parte de Explora, relacionada además con programas de fidelización, todo lo cual permitiría sostener que existe un importante grado de sustitución entre las formas directas e indirectas de comercialización de los servicios hoteleros de Explora.

A mayor abundamiento, los requeridos afirmaron que el mercado relevante en análisis es atomizado, desconcentrado y con nulas barreras a la entrada. Expusieron que se trata de un mercado de-

---

2 La FNE solicita en su requerimiento el cese de estas prácticas y la orden de no ejecutarlas en el futuro; la aplicación de una multa de 2000 Unidades Tributarias Anuales 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.

safiable, refutando de este modo la tesis de la FNE mediante datos empíricos respecto a la competencia existente en el mercado y la entrada de nuevos incumbentes durante los últimos años. De hecho, expusieron que de la propia información acompañada por la FNE se desprende que los índices de concentración habían bajado en más de un 20%.

En relación con su poder de mercado, los requeridos sostuvieron que su participación en las ventas de Explora alcanza alrededor de un 21%, porcentaje que evidentemente es insuficiente para ejercer un poder de mercado. Lo expuesto, en un contexto que Explora tiene alto poder de mercado, atendido que la demanda del producto que vende presenta un alto grado de inelasticidad y que es una empresa proveedora de bienes escasos e insustituibles, todo lo cual revela el alto grado de dependencia de los operadores turísticos nacionales respecto de ella, y no al revés. En efecto, Explora dispone de ventajas estratégicas frente a los operadores mayoristas nacionales, lo que le permite imponer sus condiciones sin contrapesos al momento de determinar sus comisiones. Incluso más, los requeridos afirmaron que Explora tiene el monopolio en ciertos destinos, como es el caso de Isla de Pascua, y una clara posición de dominio en San Pedro de Atacama y la Patagonia chilena. Por esta razón, señalaron que no resulta creíble la existencia de amenazas de desvío de clientes, dado que estas empresas no pueden prescindir del producto entregado por Explora.

3. SENTENCIA DEL TDLC

El TDLC tuvo por acreditado el hecho de haberse realizado una reunión entre los tour operadores requeridos y Explora. A mayor abundamiento, el TDLC dio por acreditado el hecho que en dicha reunión se planteó, por parte de los requeridos, el aumento de la comisión por la prestación de sus servicios a Explora. Incluso más, el TDLC llegó al convencimiento que existió la voluntad concertada de a lo menos dos de los requeridos para negociar en conjunto el aumento de comisiones.

En su sentencia el TDLC manifestó haber llegado al convencimiento que la mayoría de los consumidores que compran este tipo de servicios son personas de nacionalidad extranjera; que estos turistas tienen un período de permanencia promedio en Chile mayor a la

estadía máxima en un hotel de Explora, lo que implica la demanda por otros servicios turísticos; y que los turistas extranjeros que visitan Chile tienen diversas posibilidades de intermediación para acceder a los servicios prestados por los hoteles de lujo ubicados en las zonas donde opera Explora[3], por ende, los servicios de intermediación realizados por los operadores turísticos nacionales e internacionales pueden entenderse como parte de una oferta multiproducto, en la cual para algunos clientes ambos tipos de operadores pueden funcionar como sustitutos, mientras que para otros pueden hacerlo como servicios complementarios.

En virtud de lo anterior, el TDLC estimó que el mercado relevante en cuestión es el de intermediación de servicios de turismo de lujo en las zonas específicas del territorio chileno donde Explora posee hoteles, esto es, Torres del Paine, San Pedro de Atacama e Isla de Pascua, considerando todos los canales de intermediación relevantes para tales efectos. Esto, sin perjuicio de tener en cuenta que, para ciertos segmentos de consumidores, podría existir una baja o incluso nula sustitución entre los distintos canales de intermediación.

Analizado el poder de mercado, el TDLC determinó que dentro del mercado relevante el conjunto de las requeridas representaban en términos ponderados el 19% del total de las ventas de Explora. En virtud de lo anterior, el TDLC concluyó que estas empresas no ejercían una posición de dominio en el mercado relevante, lo que habría sido concordante con lo acreditado en el proceso, en el sentido que todas ellas fueron incapaces de forzar el aumento en las comisiones.

---

3 Sobre la base de la información proporcionada por la FNE, el TDLC pudo determinar que existen cuatro vías principales mediante las cuales los turistas extranjeros pueden acceder a los servicios de Explora y de otras empresas oferentes de servicios turísticos, a saber, los siguientes: (a) compra directa de los servicios a Explora y a las otras firmas oferentes de servicios turísticos, o bien, la compra de estos últimos servicios a través de un operador nacional; (b) compra a través de un operador extranjero que negocia directamente con Explora y las otras firmas oferentes de servicios turísticos; (c) compra a través de un operador extranjero que negocia directamente con Explora pero se contacta con las otras firmas oferentes a través de un operador nacional, y; (d) compra a través de un operador extranjero, que a su vez realiza la negociación completa por medio de un operador nacional. Lo anterior, en el caso de los consumidores nacionales, se limitaría a la compra directa a Explora y las otras firmas oferentes, o bien, la compra mediante un operador nacional, careciendo de sentido el contacto con un operador extranjero.

A juicio del TDLC, la incapacidad en comento se explicaría, además, 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[4]. Sin perjuicio de lo anterior, el TDLC estimó que los requeridos, en su conjunto, podrían presentar una posición de dominio respecto de algunos oferentes nacionales de servicios hoteleros y de turismo, al representar parte importante de sus canales de distribución[5].

Por consiguiente, el TDLC concluyó que la conducta en que incurrieron los requeridos no tuvo la aptitud causal para conferirles, ni siquiera a todas ellas en conjunto, un poder de mercado suficiente del que pudiesen valerse en forma abusiva respecto de Explora, como exige el artículo 3 inciso segundo del DL 211. Asimismo, el TDLC concluyó que no se tuvo por acreditado el hecho que los requeridos hayan realizado efectivamente –o intentado realizar– acciones coordinadas sobre oferentes de servicios hoteleros o turísticos distintos a Explora, sobre los cuales estos últimas tuviesen conjuntamente algún grado de poder de mercado.

En virtud de lo expuesto, dada la inexistencia de poder de mercado de las requeridas respecto de Explora, y la falta de prueba acerca

---

4 Pese a lo indicado precedentemente, el TDLC estimó en su fallo que podría existir algún segmento específico del universo total de clientes de Explora, para quienes el servicio prestado por los operadores turísticos nacionales no sea sustituible a través de la comercialización directa de dicha empresa o mediante la intermediación de operadores extranjeros. Asimismo, señaló el TDLC, que probablemente existan 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. Pues bien, que de ser efectivo lo planteado precedentemente, el TDLC estimó que las requeridas alcanzarían, con respecto a ese segmento de clientes, una participación de 65% en la oferta relevante de servicios de intermediación turística. En tal caso, señala el TDLC, estas empresas en conjunto podrían ejercer poder de mercado respecto de ese segmento de clientes de Explora.

5 El TDLC señaló que en el mercado de los operadores turísticos nacionales no parecen existir barreras de entrada fruto de costos hundidos relevantes, como quedó acreditado en autos con la incorporación durante los años 2007 y 2008 de 44 nuevas empresas con este giro. Sin embargo, para el TDLC podría constituir un costo de entrada relevante la necesidad de consolidar una reputación y redes de contactos que permitan competir con los operadores turísticos nacionales, 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.

de presiones o ejercicio de acciones concertadas sobre oferentes de servicios hoteleros o turísticos respecto de los cuales los requeridos hayan podido tener poder de mercado, el TDLC rechazó el requerimiento formulado por la FNE.

4. RECURSO DE RECLAMACIÓN DE LA FNE Y EXPLORA

La FNE interpuso un recurso de reclamación en contra de la sentencia del TDLC, solicitando su revocación y que en su reemplazo se acoja el requerimiento por ella presentado, declarando no solo que los requeridos 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.

En su recurso de reclamación la FNE expuso que las empresas requeridas habían incurrido en conductas contrarias a la libre competencia, vulnerando el artículo 3º del DL Nº 211, ya que actuando de consuno habrían exigido a Explora 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. En este requerimiento la FNE insistió que el mercado relevante, para el caso concreto, estaría constituido por la distribución mayorista de servicios hoteleros de lujo en zonas extremas, efectuada por los operadores de turismo receptivo en Chile. Para la FNE 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 los requeridos en el período 2006-2009 se encuentra por sobre el 65% del total nacional, por lo que afirmó que el mercado de distribución mayorista de servicios hoteleros de lujo que efectúan los operadores mayoristas de turismo en Chile es concentrado, ejerciendo todos los requeridos, en su conjunto, un poder de mercado.

Para la FNE 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 los requeridos 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 los requeridos serían difícilmente sustituibles. Esta dificultad de sustitución se explicaría porque los requeridos cuentan con una reputación y redes de contacto que no son fácilmente replicables por nuevos entrantes y que ello constituye un costo relevante a la entrada.

Finalmente, señaló la FNE, que el acuerdo de los requeridos fue 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.

Explora también dedujo recurso de reclamación, solicitando que el mismo fuera acogido, dando lugar al requerimiento interpuesto por la FNE. Además de adherir a los argumentos expuesto por la FNE, Explora señaló que el TDLC se apartó en su fallo de lo establecido en el DL 211, exigiendo, 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. Lo anterior, señaló Explora, en circunstancias que en fallos anteriores el mismo TLDC exigía solo 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.

5. SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

En su fallo la Excma. Corte Suprema ("CS") señaló que la interpretación armónica del artículo 3° literal a) del DL 211, en sus incisos primero y segundo, exigen para que se configure la figura de la colusión que se encuentren acreditados los siguientes hechos: "(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 este concreto o solo potencial; y (iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo"[6].

Asimismo, la CS señaló que en la sentencia del TDLC se dieron por acreditados los siguientes hechos: (a) que el mercado relevante era la intermediación de servicios de turismo de lujo en las zonas

[6] Considerando 9º.

específicas del territorio chileno donde Explora posee hoteles - Torres del Paine, San Pedro de Atacama e Isla de Pascua; (b) que los requeridos se concertaron con la única finalidad de obtener mayores beneficios económicos, traducidos en el aumento de las comisiones por sus servicios de intermediación a Explora; (c) la negativa de Explora a modificar sus comisiones;[7] (d) que los requeridos representaban cerca del 19% del total de las ventas realizadas por Explora; (e) que dado dicho porcentaje, estas empresas no tenían una posición dominante en el mercado; y (f) que se trataba de un mercado en que hay importantes barreras de entrada para los nuevos competidores y un número reducido de empresas relevantes en el mismo.

A mayor abundamiento, en el considerando 10º de su fallo, la CS señaló que basta para configurar el ilícito de colusión, 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".

De esta forma, pese a que la CS compartió el criterio sostenido por la TDLC, en orden a que el acuerdo de los requeridos no tuvo la aptitud para modificar el volumen de ventas de Explora, la concertación entre los requeridos importó para ella una transgresión a la libre competencia, en los términos que disponía a la fecha de los hechos el artículo 3° del DL 211. Así, habiéndose acreditado en el proceso la intención de los requeridos en orden a obtener una mejor comisión por los servicios prestados a Explora, para la CS se entendió configurado el ilícito colusivo.

En efecto, para la CS el artículo 3º del DL 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. Por ende, para dicha magistratura basta que el acuerdo tienda a producir efectos que afecten la libre competencia. En consecuencia, criterio de la CS, la conducta colusiva para que se verifique

7 Considerando 12º.

> "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 esta 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"[8].

De esta forma, la CS da por constituido los elementos de la colusión, a saber: la existencia de un acuerdo –en el caso de autos este se verifica al pretender obtener mejores beneficios de los requeridos en las ventas de Explora– su objetivo –obtener mejores comisiones por sus servicios–; la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser este concreto o solo potencial –el que se manifestó 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–.

En virtud de lo expuesto, la CS acogió los requerimientos de la FNE y de Explora, revocando el fallo del TDLC, procediendo a la aplicación de una multa de 50 Unidades Tributarias Anuales a cada requerido.

6. ANÁLISIS CRÍTICO DEL FALLO DE LA CORTE SUPREMA

En 1973 se publicó en Chile el DL 211, el cual contenía ciertas referencias al ilícito de la colusión, al señalar como contrarios a la libre competencia los acuerdos sobre determinación de precios y servicios, así como también, al reparto de cuotas de producción, transporte, comercio y distribución, incluyendo la asignación de zonas de mercado.

---

8 Considerando 17º.

Posteriormente, se dictó la ley 19.911, la cual incorporó el artículo tercero del DL 211, cuyo tenor era el siguiente:

> "(…) 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 (…)" (destacado es nuestro).

La referencia en esta normativa a la frase *"abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran"* se atribuye a una indicación presentada por el senador Jovino Novoa, cuya intención fue forzar al requirente a acreditar el abuso del poder que el acuerdo entre competidores le confería.

Posteriormente se dictó la ley 20.361, que modificó la letra a) del artículo 3° del DL 211, en el sentido de eliminar la referencia al "abuso del poder de mercado" y sustituirla por el concepto "conferir poder de mercado". Lo anterior –según aparece en la historia de la ley– con el objeto de imponer una menor exigencia probatoria para dar por acreditados los elementos necesarios para sancionar una colusión.

Dicho lo anterior, cabe hacer presente que no ha sido pacifico en la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera precisar los elementos que deben acreditarse para configurar el ilícito anticompetitivo de la colusión.

El asunto más complejo, y en el cual nos detendremos en este análisis, ha sido determinar la necesidad de probar la existencia de poder de mercado y la concreción o materialización de ese poder a través del abuso mismo[9].

---

9 En el Glosario de la Comisión de la Comunidad Europea se entiende por colusión 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 con-

Algunos sistemas jurídicos han adoptado la colusión como falta *"per se"*, sin que sea necesario demostrar que la conducta es abusiva o que se ha dañado a terceros. Arriban a esta conclusión señalando que es altamente improbable que un acuerdo de estas características beneficie al mercado. Otros sistema han exigido la existencia, actual o futura, de un abuso del poder de mercado de los agentes coludidos.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") en su artículo 101 dispone lo siguiente:

> "Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en (…)".

Se ha entendido que al emplear la palabra "*objeto*", el TFUE se está refiriendo a acuerdos que por su naturaleza tienen la potencialidad de restringir la competencia de manera grave y seria. Se trataría de actos particularmente atentatorios contra ella. Estos acuerdos serían tan incompatibles con los principios que informan a la Comunidad Europea, que incluso pueden ser sancionados aunque no hayan producido efecto alguno[10].

En nuestro país la jurisprudencia de la CS y del TLDC no ha para nada sido uniforme en adoptar uno u otro criterio, sobre la base de la interpretación de la normativa legal aplicable.

Por ejemplo, en la sentencia rol 38/2006 de 27 de enero de 2003, el TDLC resolvió acoger un requerimiento por actos de colusión de agencias navieras, mientras que la CS dejó sin efectos las sanciones, argumentando que los hechos citados como pruebas –comportamiento comercial coincidente– permitían establecer únicamente un escenario hipotético de colusión, sin que existiera evidencia real de ella:

---

juntamente el poder de mercado en colusión con los demás competidores. Esta práctica suele llamarse colusión tácita".

10 Dabbah (2004) pp. 76-77.

> "*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*"[11].

En el mismo sentido, la sentencia del TDLC 57 de 12 de julio de 2007 expresó en el fundamento 31° la necesidad que el acuerdo permitiera a sus participantes abusar del poder de mercado.

La CS, por su parte, en sentencia de 28 de enero de 2008, causa rol 4052-07, rechazó un recurso de reclamación, al desestimar la existencia del acuerdo colusorio. Sin embargo, en un voto de minoría se dejó asentada la idea que no era necesario que el acuerdo colusorio hubiere significado un abuso de posición de mercado.

En el caso *Guerra de los Plasmas* (Banco de Chile contra Casas Comerciales), el TDLC sancionó a dos empresas del retail por concertarse para forzar a los fabricantes de televisores de plasma a no abastecer al Banco de Chile en su evento denominado feria tecnológica. Dicha sentencia fue confirmada por la CS.

En el caso contra A.M. Patagonia, sentencia rol 74/2008, el TDLC señaló que para configurar el ilícito de colusión se requiere acreditar, no solo 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. El TDLC para determinar si el acuerdo era apto para producir efectos contrarios a la libre competencia señaló que debía analizar 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[12].

En el requerimiento en contra de diversos microbuses y taxis colectivos de la ciudad de Osorno, el TDLC sancionó el alza coordinada de los pasajes, señalando, junto con tener acreditado el acuerdo,

---

11 Corte Suprema rol 3395-2006, motivación 10ª.

12 Corte Suprema rol 5937-2008, considerando 8º.

que el mismo tenía la aptitud objetiva para afectar negativamente la competencia en el mercado. La CS señaló, confirmando este fallo, lo siguiente:

> "(…) no se requiere entonces para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que este 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"[13].

Posteriormente, en el caso asfaltos, rol 79/2008, el TDLC confirma esta misma posición.

Pues bien, analizando el caso en comento, y estando el mismo bajo el amparo de la Ley N° 19.911, que exige que los acusados hubiere actuado "*abusando del poder"* de mercado, es nuestra opinión que de acuerdo a los hechos asentados por el TDLC, los actos que se le imputaron a los requeridos no pudieron sancionarse como un acto de colusión. Por ende, estamos en absoluto desacuerdo que al amparo de dicha legislación la CS, revocando el fallo del TDLC, haya optado por seguir la tesis del ilícito *per se*, más aún, cuando los hechos investigados no afectaron la libre competencia ni tuvieron tampoco la potencialidad de afectarlo, tal cual fue establecido por el TDLC.

Solo para graficar esta conclusión dejamos constancia de lo siguiente: (i) Que en el mercado relevante en cuestión participaban como agentes los hoteles de lujo que ofrecen sus servicios (ventas directas); los tour operadores nacionales (entre otros muchos, los requeridos); y los tour operadores extranjeros; (ii) La participación en las ventas de Explora de los requeridos ascendía al 19%; (iii) Las ventas directas de Explora (sin participación de ningún tour operador) ascendían a más del 30%. En otros casos, como Remota, a un 50%. Por esta razón, para potenciar este canal de ventas Explora funcionaba sobre la base de servicios integrados a sus clientes y políticas de beneficios exclusivos para quienes contraten sus servicios en forma directa; (iv) Los tour operadores nacionales y los tour

[13] Corte Suprema rol 1746-2010, considerando 8º.

operadores extranjeros son sustitutos perfectos entre sí. De los antecedentes aportados por Explora, se puede observar lo siguiente: En el año 2005 las ventas de los tour operadores nacionales alcanzaron el 53,2% del total de las ventas de Explora. Al año 2008 las mismas ventas llegaron al 22,9% del total de ventas de Explora. El año 2005 las ventas de tour operadores extranjeros alcanzaban a un 9,2% del total de las ventas de Explora. Al año 2008 las mismas ventas llegaban al 36,9% del total de ventas de Explora. De hecho, un 91,4% la baja de ventas a través de los tour operadores nacionales como los requeridos se explica por un alza en las ventas de los tour operadores extranjeros (Efecto Espejo). Por ende, nadie podría negar el evidente nivel de sustituibilidad entre estos canales, dejando en claro la falta de poder de mercado de los requeridos; y (v) Finalmente, quedó acreditado en autos que los requeridos no podían prescindir de los servicios de Explora, principalmente en aquellos destinos que dicha empresa era monopólica o tenía una participación relevante.

Adicionalmente, es nuestra opinión que bajo el amparo de la ley 19.911, incluso bajo el amparo de la legislación vigente, cuando un acuerdo entre competidores por su naturaleza no logra afectar la libre competencia de manera actual o futura, entonces el sentenciador necesariamente debe rechazar la acusación de colusión. Lo anterior basándose en antecedentes reales y empíricamente apreciables respecto del mercado relevante.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido de la misma opinión, al sentenciar lo siguiente:

> "The prohibition rule of Article 81(1)[14] does not apply when the identified anti-competitive effects are insignificant… The prohibition of Article 81(1) only applies where on the basis of proper market analysis it can be concluded that the agreement has likely anti-competitive effects on the market (…) Negative effects on competition within the relevant market are likely to occur when the parties individually or jointly have or obtain some degree of market power and the agreement contributes to the creation, maintenance or strengthening of that market

[14] El antiguo artículo 81(1) del Tratado de la Comunidad Europea ha sido reemplazado por el actual artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, casi sin sufrir modificaciones.

> power or allows the parties to exploit such market power. Market power is the ability to maintain price above competitive levels for a significant period of time or to maintain output in terms of product quantities, product quality and variety or innovation below competitive levels for a significant period of time".[15]

Asimismo, este Tribunal ha sostenido que:

> "… por otra parte, la prohibición del apartado 1 del artículo 85[16] solo puede aplicarse si el acuerdo de que se trata tiene además por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común; (…) dichos requisitos deben interpretarse tomando como referencia el contexto real en que se sitúa el acuerdo; (…) por lo tanto, un acuerdo no incurre en la prohibición del artículo 85 cuando afecta al mercado tan solo de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en el mercado del producto de que se trate; (por tanto) es posible que un acuerdo de exclusiva, aun acompañado de una protección territorial absoluta, no incurra en la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 85, habida cuenta de la debilidad de la posición de los interesados en el mercado del producto de que se trate en el territorio que es objeto de la protección absoluta"[17].

En concordancia con lo anterior, la Comisión Europea dictó en el año 2001 la "Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis)". En palabras de la propia Comisión: "En la presente Comunicación, la Comisión establece, mediante unos umbrales de cuotas de mercado, unos cri-

---

15 Dabbah (2004) pp. 77-78.

16 Artículo 105 (antiguo artículo 85 TCE): 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104, la Comisión velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102. A instancia de un Estado miembro o de oficio, y en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, que le prestarán su asistencia, la Comisión investigará los casos de supuesta infracción de los principios antes mencionados. Si comprobare la existencia de una infracción, propondrá las medidas adecuadas para poner término a ella.

17 Caso 5/69, Völk, 1969, ECR.

terios cuantitativos de lo que *no* constituye una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 81 del Tratado CE".

Por otra parte, el Reino Unido ha optado por una solución similar. En efecto, según señala el propio Office of Fair Trading[18]:

> "Article 81 and/or the Chapter I prohibition apply where the *object* or *effect* of the agreement is to prevent, restrict or distort competition within the common market (in the case of Article 81) or within the United Kingdom (in the case of the Chapter I prohibition). Any agreement between undertakings might be said to restrict the freedom of action of the parties. *That does not, however, necessarily mean that the agreement is prohibited*. The OFT does not adopt such a narrow approach. The OFT will assess an agreement in its *economic context*"[19].

Se aprecia de lo anterior, que sin efectos anticompetitivos, actuales o futuros, como quedó sentado en el caso analizado, no puede existir un acto de colusión.

7. CONCLUSIÓN

Sentencias como la comentada son peligrosas, y decantan en conclusiones que podrían llegar a absurdos, especialmente si el sentenciador no se detiene a analizar los efectos anticompetitivos del supuesto acto de colusión. Una interpretación diferente puede llevar a absurdos, tales como, sancionar por colusión a dos almaceneros pequeños situados en una gran ciudad que han llegado a un acuerdo respecto al precio que aplicarán al pan será 40% superior al de mercado. Sin duda que un acuerdo de ese tipo no generará ningún efecto anticompetivo, por cuanto ambos almaceneros carecen de poder de mercado, el producto goza de sustitutos y su efecto es insignificante o nulo en el mercado relevante.

---

18 Organismo que, junto a la Comisión Europea, tiene potestades para sancionar las conductas atentatorias contra la libre competencia en el Reino Unido.

19 Office of Fair Trading (2004), párrafo 2.14.

8. BIBLIOGRAFÍA

Dabbah, Maher M. (2004): *EC and UK Competition Law -Commentary, Cases and Materials* (Cambridge University Press).

Office of Fair Trading (2004): *Agreements and concerted practices. Understanding competition law*. Disponible en línea en: www.oft.gov.uk/7135607/publications/guidance/competition