

Santiago, veintiséis de julio de dos mil veintitrés.

Vistos:

En estos antecedentes Rol Corte Suprema N° 7.600-2022, se trajeron los autos en relación para conocer de los recursos de reclamación presentados por Faasa Chile Servicios Aéreos Limitada y Martínez Ridao Chile Limitada, en contra de la sentencia de veintiséis de enero de dos mil veintidós, rectificada por la de veintiocho del mismo mes y año, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), que resolvió:

1) Rechazar las excepciones de prescripción opuestas por Faasa Chile Servicios Aéreos Limitada y Martínez Ridao Chile Limitada.

2) Acoger el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica.

3) Condenar a Faasa Chile Servicios Aéreos Limitada al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 1.900 Unidades Tributarias Anuales.

4) Condenar a Martínez Ridao Chile Limitada al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 6.100 Unidades Tributarias Anuales.

5) Imponer a las requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, que satisfaga al menos los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" elaborada por la Fiscalía Nacional Económica



en junio de 2012, por un plazo de a lo menos cinco años, que deberá contemplar, además y como mínimo, las acciones detalladas en el considerando 339° de la misma sentencia.

6) Condenar en costas a las requeridas, por haber sido totalmente vencidas.

Los antecedentes se iniciaron por el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) en contra de Faasa Chile Servicios Aéreos Limitada (en adelante Faasa) y Martínez Rídao Chile Limitada (en adelante Martínez Rídao o MR), por intermedio del cual imputó a las requeridas la infracción del artículo 3° incisos 1° y 2° letra a) del Decreto Ley N° 211, al acordar su actuación conjunta en el mercado chileno de servicios de combate y extinción de incendios forestales, prestado mediante aviones cisterna, entre los años 2009 y 2015. En el marco de dicho acuerdo, determinaron condiciones de comercialización, precios y la participación de oferentes en procesos de contratación públicos y privados, con el objeto de asignarse contratos en el periodo referido.

Explica que en el mes de febrero de 2017 la prensa informó sobre un proceso judicial seguido en España, contra un conjunto de empresas dedicadas al combate y extinción de incendios forestales, por haberse asignado zonas de influencia para la provisión de sus servicios, llegando a afectar al mercado chileno, producto de lo cual se dictó una resolución que estableció "indicios racionales de



criminalidad" en el accionar de 14 empresas , lo cual motivó una investigación de oficio por parte de la FNE.

Los hechos del requerimiento se concretan en 6 episodios:

1.- En 2009, los ejecutivos de las dos empresas se contactaron para coordinar el suministro de servicios solicitados por Forestal Mininco para las temporadas 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012. Se habrían concertado para fijar de forma conjunta las condiciones de comercialización de los contratos con este cliente y, de hecho, ambas suscribieron el 7 de octubre de 2009, contratos con las mismas condiciones.

2.- De cara a la temporada 2010-2011, los ejecutivos volvieron a comunicarse para fijar los precios del cliente Forestal Celco, acordando aumentarlos para las temporadas siguientes, objetivo que se cumplió, pactándose éstos al alza.

3.- Para la temporada 2011-2012, se contactaron nuevamente para coordinar la presentación de ofertas con ocasión de un llamado de la Conaf, Faasa se abstuvo de competir en favor de Martínez Ridao para la provisión de ese contrato.

4.- En julio del mismo año, Forestal Mininco invitó a Faasa, Martínez Ridao y Trabajos Aéreos Espejo, a cotizar entre 5 y 6 aviones para 1, 2 ó 3 temporadas, existiendo comunicaciones destinadas a acordar los precios que



ofertarían y repartirse la provisión del servicio de extinción y combate de incendios. En este contexto, Faasa y Martínez Rídao coordinaron el abastecimiento conjunto de los servicios, conviniendo los precios y la cantidad de aviones que cada una ofertaría y cumplieron ese acuerdo.

En el mismo proceso, Servicios Aéreos Espejo quiso ingresar al mercado chileno presentando una oferta, pero la retiró por presiones que habrían ejercido ejecutivos de Faasa y MR en España para evitar su participación.

5.- Semanas después, Forestal Celco inició una licitación privada para el combate de incendios y llamó a participar a MR, Faasa y Avialsa. Recibida la oferta, Avialsa compartió la información con los ejecutivos de Faasa y MR. La primera de ellas respondió vía correo electrónico de 7 de agosto de 2012 con copia a MR, indicando que no ofertarían y así ocurrió; a su vez, MR señaló en detalle a Avialsa cuáles debían ser los precios a ofertar por esta última, lo cual Avialsa respetó.

6.- Para la temporada 2014-2015 a propósito de la provisión de un contrato con Conaf, las requeridas acordaron que Faasa se desistiera de su oferta para favorecer a MR por un precio superior y, además, arrendara un avión a MR, el cual se utilizaría en el contrato que esta última tenía con Forestal Mininco desde 2014, mientras que los ingresos provenientes del contrato con Conaf, fueron compartidos entre ambas empresas.



A todo lo anterior se añade, como un indicio, el hecho que las empresas también acordaron no competir respecto de la contratación recíproca de personal.

En cuanto al mercado relevante, se trata del combate y extinción de incendios forestales mediante aviones cisterna, en el territorio nacional durante las temporadas comprendidas entre los años 2009 y 2015. Explica que existen barreras de entrada, como el hecho que se debe contar con certificado de operador otorgado por Dirección General de Aeronáutica Civil e inscribir las aeronaves para el trabajo específico de extinción de incendios, lo cual puede tomar de 4 a 6 meses y se añade a la estacionalidad en la prestación del servicio y la exigencia de idioma español, todas circunstancias que podrían dificultar el ingreso de competidores nuevos.

Concluye que los hechos antes expuestos configuran una conducta que infringe los incisos 1° y 2° letra a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, puesto que se verifica la existencia de un acuerdo sobre una variable relevante de competencia, que confirió poder de mercado a las requeridas.

Para efectos de la determinación de la sanción, corresponde tener presente que el cartel operó entre años 2009 y 2015 y afectó tanto a clientes públicos como privados, quienes han debido pagar los precios del cartel



al no tener otras alternativas, por la falta de competidores.

Culmina solicitando que se declare que las requeridas han ejecutado y celebrado la conducta que se les imputa, en abierta infracción al artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del Decreto Ley N° 211; se les prohíba ejecutar la conducta imputada en el futuro, ya sea directa o indirectamente, bajo apercibimiento de ser consideradas como reincidentes y se imponga a Faasa Chile Servicios Aéreos Limitada una multa de 3.000 UTA, mientras que a Martínez Ridao Chile Limitada se le aplique una multa de 4.000 UTA, o el monto que el Tribunal estime ajustado a derecho.

Contestando Faasa, manifestó que la fuente del supuesto cartel internacional es una pieza aislada de una investigación en curso, en sede penal, ante la autoridad competente de España, en circunstancias que no existe una investigación de la autoridad de libre competencia, como tampoco una sentencia condenatoria en ninguna sede.

En cuanto al servicio prestado, explica que se trata de uno altamente especializado, con demanda estacional de máximo 6 meses al año, razón por la cual requiere una planificación económica que considere los costos de aquellos periodos en que no se prestan servicios. En este sentido, el éxito de la empresa se explica, en gran medida, por su modelo de doble estacionalidad, que supone funcionar



alternadamente en la temporada de hemisferio norte y sur, lo cual permite maximizar sus recursos, pero le exige contar con contratos espejo, asegurándose que por cada contrato en un hemisferio, exista otro en el opuesto para la misma temporada de incendios. En este contexto, Faasa no cuenta con capacidad ociosa y despliega prácticamente toda su flota año a año, lo cual provoca que tenga limitaciones para responder ante situaciones no previstas, debiendo salir a buscar medios para cubrir la demanda, ya sea formando consorcios con competidores o subcontratando los servicios de extinción de incendios a los únicos que pueden satisfacer esa demanda, que son sus competidores.

Manifiesta que, en su concepto y a diferencia de aquello indicado por la FNE, el mercado no tiene barreras de entrada significativas.

A continuación, se refiere a cada uno de los episodios:

1) Suscripción, en octubre de 2009, de un *addendum* a un contrato que Faasa Chile tenía vigente con Mininco desde el año 2008.

Se trató de un proceso de negociación unilateral entre Faasa y Mininco, en ningún caso de un actuar coordinado. En efecto, la FNE sostiene que Faasa y MR se habrían contactado, sin señalar fecha, medio de contacto o quienes participaron, para coordinar la prestación del servicio, estableciendo las mismas condiciones de contratación con



Mininco, mientras que lo ocurrido fue que la relación contractual con Mininco se inició en 2007 con condiciones que fueron prácticamente iguales a las pactadas en 2009; el contrato fue celebrado el 29 de octubre de 2007 y se refiere a las temporadas 2007-2008, 2008-2009 y 2009-2010. Esta convención fue modificada en 2009, celebrándose la adenda que extendió la vigencia del contrato hasta 2011-2012, aumentó a 3 las naves e introdujo variaciones en el valor base del contrato.

Explica que a esa fecha Faasa tenía toda su capacidad en funcionamiento, razón por la cual tuvo la intención inicial de adquirir otra aeronave, pero no pudo conseguir un contrato espejo, dado que en España perdió 3 contratos y por eso optó por subcontratar de un tercero los servicios, para cumplir con la adenda, debiendo recurrir al único operador que prestaba servicios en Chile que era MR, sin que existiera un acuerdo entre las requeridas, lo cual queda en evidencia del hecho que los precios de la adenda son prácticamente iguales a los que se venían acordando desde el año 2007.

2) Suscripción, en noviembre del año 2010, de un contrato con Celco.

En esta parte, el requerimiento no entrega ningún antecedente sobre cómo y cuándo se verificó el acuerdo para aumentar los precios y, explica, el aumento en este caso es producto de un reajuste en base al IPC acumulado en el



período 2007-2010, en el marco de una relación contractual que se remonta al año 2007 y luego se modificó en 2009 y 2010.

Señala que en febrero de 2009 se accidentó un helicóptero de otro operador, ello llevó al Grupo Arauco a revisar los contratos y se aprovechó de examinar los términos en que Faasa seguiría prestando el servicio por medio de aviones, acordándose extender la vigencia del contrato hasta la temporada 2013-2014 e incrementar el precio por los servicios de los AT-802, únicamente para las temporadas 2012-2013 y 2013-2014. En consecuencia, no se trató de un acuerdo con MR, solamente del incremento en razón del IPC del periodo.

3) Procedimiento de contratación iniciado de emergencia por Conaf a comienzos del año 2012.

Expone que el problema que enfrentó Faasa fue la falta de disponibilidad, puesto que no tenía aviones para ofrecer a Conaf, razón por la cual tomó contacto con ejecutivos de MR para obtener información y así definir si era factible conseguir la nave. La empresa le respondió que sólo tenía una que ya había ofrecido a Conaf y, con esa información, se ratificó que no había posibilidad de presentarse al llamado.

Reconoce que estos hechos dan cuenta de comunicaciones inapropiadas y de un actuar desprolijo de ejecutivos de Faasa, pero no de un acuerdo colusorio, sólo de la



obtención de información de su competidor, lo cual efectivamente es objetable pero, para que el supuesto acuerdo hubiere tenido algún sentido, era indispensable que Faasa tuviera capacidad de ofertar y se hubiere abstenido, o al menos presentara una oferta de cobertura para facilitar la adjudicación del competidor, nada de lo cual ocurrió.

4 y 5) Dos procesos de contratación privados iniciados en julio de 2012 por Mininco y Celco, los cuales estima que deben analizarse de manera conjunta.

Explica que a mediados de 2012, Forestales Celco y Mininco abrieron procesos de contratación simultáneos. En cuando a Mininco, el 6 de julio de 2012 invitó a Faasa a presentar cotizaciones para las temporadas 2012-2013 con aviones AT-802; mientras que el día 17 del mismo mes y año, Celco la invitó a un proceso de contratación, con una petición bastante similar. Sin embargo, Faasa no tenía para ofrecer a ambas compañías y tuvo que optar, apostando por mejorar la relación contractual con Mininco, para lo cual negoció con MR un consorcio que les permitiera entregar el servicio pretendido, que era de 5 naves, conviniéndose que cada cual presentara ofertas por la totalidad de los aviones que tenían disponible y el consorcio estuviera sujeto a la condición de que se adjudicaran los 6 aviones.

Reconoce que, en el marco de estas conversaciones, se cometieron una serie de imprudencias, la más relevante de



las cuales fue no haber transparentado el consorcio de cara al cliente al momento de presentar las ofertas.

Añade que Faasa tampoco participó en el acuerdo imputado en el requerimiento respecto de la contratación de Celco, puesto que su abstención estuvo motivada en que buscó apostar por la relación contractual con Mininco, la que estimaba tendría más posibilidades de prosperar.

Finalmente, ocurrió que Mininco se desmarcó de sus propias bases y contrató 4 aeronaves a MR, lo cual significó a Faasa quedarse con 2 aviones sin contrato en esa temporada 2012-2013, quedando así demostrado que el consorcio desformalizado no tenía ni siquiera la aptitud de producir un efecto anticompetitivo.

6) El 5 de enero de 2015 Conaf se contactó con Faasa para pedirle una cotización por 3 aeronaves AT-802 por 100 días y 100 horas garantizadas.

Explica que en esa época Faasa tenía un avión modelo AT 802 disponible en España, razón por la cual presentó una cotización por dos naves, asumiendo el riesgo de comprometer otra más que no tenía a esa fecha. De este modo, se encontró en una situación tal que, contando con plazos extremadamente acotados y altísimas exigencias, no lograba conseguir la aeronave adicional, lo cual la motivó a desistirse del ofrecimiento, porque no estaba dispuesta a asumir los riesgos que implicaba obligarse a prestar un servicio que no tenía seguridad de poder prestar.



De manera posterior, ofreció en subcontratación a MR el avión que tenía disponible en España, pactándose que si MR resultaba adjudicada, Faasa le subarrendaría la nave que no estaba utilizando y así ocurrió, pero sólo una vez que el resultado fue público.

Finaliza esta parte indicando que tampoco es efectivo que hayan acordado no competir por la contratación recíproca de personal.

Concluye que, en su concepto, no se cumplen los presupuestos legales para condenar a Faasa, por cuanto no se verifica la existencia de un acuerdo y menos uno como el descrito por la FNE, que se habría extendido sostenidamente por aproximadamente seis años. En este contexto, aun cuando entendiéramos que los hechos son efectivos, no se entiende cómo tales episodios puntuales demostrarían una sola y única voluntad y decisión conjunta con el propósito de afectar el mercado por seis años, toda vez que se trata de circunstancias específicas, aisladas, que involucraron a distintos clientes y cuyos resultados no guardan relación alguna entre sí.

Reconoce algunos desaciertos, los cuales se explican por razones culturales y las particularidades del mercado, dado que parte importante de la consolidación de esta industria en España se relaciona con los consorcios que, siendo lícitos, generan comunicación entre competidoras. Así, las comunicaciones inapropiadas no lo serían en el



contexto de alguno de los múltiples consorcios que Faasa y MR han conformado en España a lo largo de los años.

Añade que el fuerte poder de contrapeso que ejercen los demandantes de estos servicios elimina cualquier aptitud de las conductas para afectar la libre competencia, en tanto son los clientes quienes definen las condiciones de contratación, incluyendo precios. De ello se deriva, además, que el presunto acuerdo no les confirió ni pudo conferir poder de mercado, explicándose la alta participación de mercado de Faasa en que es más eficiente en costos al operar bajo la doble estacionalidad y tener la posibilidad de traspasar a sus clientes chilenos las economías de ámbito, ofreciendo precios y condiciones propios de un mercado competitivo.

En subsidio, opone excepción de prescripción, asegurando que están prescritas las acciones para perseguir aquellos episodios cuyos efectos concluyeron antes del 30 de agosto de 2013, por cuanto el requerimiento fue notificado el 30 de agosto 2018, lo cual afecta a, a lo menos, cinco de los hechos.

En subsidio de lo anterior, asevera que la multa solicitada es desproporcionada, toda vez que no existió beneficio económico, como tampoco perjuicio para los clientes, dado que se ha demostrado que los precios cobrados por Faasa estuvieron por debajo de lo que habría



podido cobrar un competidor que no basara su modelo de negocios en la doble estacionalidad.

Finalmente, invoca como atenuantes su intachable conducta en materias de libre competencia, colaboración con el curso de la investigación, la implementación de un programa de cumplimiento, la ausencia de un ánimo colusorio y compara el monto solicitado con otros fijados para casos similares de carteles.

Solicita, en definitiva, que se rechace el requerimiento, en subsidio se acoja la prescripción o en subsidio, se rebaje el monto de la multa que se le imponga.

A continuación contestó Martínez Ridao, quien manifestó que el requerimiento se basa en conjeturas y supuestos a partir de ciertos correos electrónicos, sin evidencia fáctica como tampoco económica; nada señala sobre cómo se implementó el supuesto acuerdo, cómo se determinaron los precios, condiciones, beneficios y otros. Asegura haber fijado sus precios conforme a los costos y, en efecto, durante el período obtuvo un crecimiento en desmedro de sus competidores, lo cual no es propio de un cartel.

Reprocha que el requerimiento no considere características propias de la operación aérea, donde hay pocos actores que ofrecen el servicio y la competencia se concentra en pocas empresas, lo cual provoca que los propios clientes exijan una actuación colaborativa entre



ellas. En este contexto, se refiere también a la aceptación de Uniones Temporales de Empresas en España y acompaña un cuadro donde detalla las oportunidades en que se ha unido MR con Faasa y otras empresas desde 2005.

Se refiere específicamente a cada uno de los episodios:

1. Respecto de las condiciones de contratación con Mininco para temporadas 2010, 2011 y 2012, indica que Faasa tenía un contrato con Mininco desde el año 2008 y en 2009 sólo se acordó una ampliación del mismo, mientras que en el caso de MR fue su primer contrato con esta empresa, el cual fue escriturado casi en su totalidad por el cliente.

Reconoce que durante este proceso de licitación hubo comunicaciones entre MR y Faasa, pero no para fijar condiciones, sino para celebrar un contrato de arrendamiento.

2. No se concertó para aumentar los precios de los servicios contratados con Arauco en las temporadas 2011 y 2012, lo que ocurrió es que acordó con Arauco aumentar el precio por avión en un 2,82%, puesto que cambiaron las condiciones comerciales, costos y aumentó el IPC, todo lo cual se fundó en circunstancias objetivas y determinadas incluso en el contrato.

3. No se coordinó con Faasa para la presentación de la oferta requerida por Conaf en 2012, como tampoco se estipuló que Faasa no participara en la licitación. Explica



que este proceso se inició por licitación pública y MR participó en forma independiente para adjudicarse el contrato. Faasa, por su parte, manifestó que no participaría por factores internos, sin intervención de MR, de modo que la entrega de cualquier información de precios era irrelevante y no se trataba de un traspaso de información comercial para ser utilizada en el marco de un acuerdo.

4. No es efectivo que se concertara con Faasa para acordar precios y repartirse la provisión de servicios solicitada por Mininco en 2012.

Señala que MR no contaba con los seis aviones que se requerían para satisfacer la demanda del cliente, solamente tenía cuatro y eso fue lo ofrecido a Mininco. En este contexto, se comunicó con Faasa para arrendarle las aeronaves faltantes y esa fue la única razón de las conversaciones, en el marco de las cuales negociaron el precio que MR pagaría por el arriendo, el cual se vincularía con aquel que acordara con Mininco, formándose así una especie de consorcio, sin ánimo anticompetitivo, buscando homologar lo que sería una UTE en España, pero como en Chile no se permitía esa asociación, recurrieron a la figura del arrendamiento.

Reconoce que se planteó erradamente que ambas empresas ofertaran en forma separada y propusieran precios equivalentes que se vinculaban al contrato de



arrendamiento, lo cual fue un error, pero no el resultado de un acuerdo colusivo y destaca que, finalmente, dicho arriendo no fue necesario porque Mininco decidió contratar solamente tres aviones y uno extra en caso necesario.

También niega la existencia de presiones a los ejecutivos de Trabajos Aéreos Espejo para el retiro de su oferta.

5. Respecto de la celebración del contrato entre MR y Arauco en 2012, ésta fue resultado del acuerdo alcanzado por dichas empresas, sin que sea efectiva la colusión que se acusa.

Manifiesta que MR jamás solicitó a Faasa que no participara y desconoce si finalmente lo hizo. En cuanto a Avialsa, no contaba con infraestructura para prestar el servicio de combate de incendios en un país alejado como Chile, sino que sólo quería realizar una oferta para que se le siguiera considerando en los próximos llamados.

En este contexto, Avialsa se comunicó con el representante de MR Chile y le pidió que le informara las condiciones comerciales, para realizar una oferta que se ajustara a mercado. Así, en razón de las buenas relaciones existentes y de buena fe, MR le indicó las condiciones y precios propios del mercado chileno para esta licitación, sin que existiera un traspaso de información que pueda vincularse a alguna conducta competitiva.



6. MR y Faasa no se concertaron para la adjudicación del contrato con Conaf en 2015, como tampoco compartieron los ingresos, puesto que solamente existió un acuerdo lícito para el arriendo de una nave.

Reprocha que el requerimiento no presente mayores antecedentes sobre la definición del mercado relevante o las condiciones que facilitarían la colusión imputada. En cuanto al mercado, éste comprende tanto los aviones como los helicópteros y se extiende geográficamente entre las regiones quinta a décima, esto es, no se trata de un mercado nacional. Además, éste se estructura como un oligopolio, a partir de agentes que detentan poder negociador de precios y condiciones comerciales, que son Conaf y las empresas forestales.

En cuanto a sus alegaciones o defensas, asegura que no se configuran los presupuestos del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, toda vez que no se verificó un acuerdo único y permanente, como tampoco los acuerdos ilícitos a que alude la FNE. En efecto, se pretende la existencia de un acuerdo por un período de 7 años a partir de un proceso extranjero y algunos correos que no dan cuenta de un comportamiento permanente, sino de seis hechos aislados, esto es, no se configura un acuerdo único.

Indica que la formación de UTEs en España ha permitido una mayor relación comercial entre las empresas requeridas e incluso un conocimiento legítimo sobre su infraestructura



y capacidad, sin que ello sea demostrativo del cartel denunciado.

El acuerdo tampoco incide sobre una variable de competencia, no se afectaron precios o condiciones de comercialización, no se determinó la participación de oferentes en procesos de contratación para asignarse contratos y, además, en este mercado son los clientes quienes determinan con anterioridad los recursos que asignarán a los servicios, de modo que resultaba imposible que las empresas, a través de un acuerdo colusorio, determinaren los precios a contratar.

El supuesto acuerdo tampoco ha otorgado poder de mercado a MR, dado que en el período previo 2008-2009 Faasa ya tenía el 100% de las ventas y MR ni siquiera había ingresado. Posteriormente, durante el período del requerimiento, obtuvo un crecimiento en desmedro de sus competidores, pasando de una participación de 0% en 2009 a 60% en el año 2013, mientras que Faasa pasó del 100% al 33% e incluso en ese lapso ingresó un nuevo competidor, la empresa Alazán Limitada, que alcanzó cerca de un 15% de participación.

Asegura que, en consecuencia, no se verificó ninguna conducta que tuviera la aptitud objetiva de afectar la libre competencia y, en subsidio, que no actuó con intencionalidad anticompetitiva.



En subsidio de lo anterior, expresa que la colaboración entre MR y Faasa tuvo una intención lícita y produjo efectos competitivos en el nicho de los aviones cisterna, mejorando y profesionalizando la prestación de servicios.

En subsidio de todo lo anterior, alega la prescripción, puesto que se trata de conductas separadas y divisibles, no de una sola conducta de carácter permanente, razón por la cual están prescritas las acciones que persiguen los hechos que ocurrieron o cuyos efectos en el mercado finalizaron antes del 9 de octubre de 2013 y que corresponden a seis hechos, considerando que el requerimiento se notificó el 9 de octubre 2018.

En subsidio, pide se le exima o rebaje la multa, por cuanto la pretensión de la FNE es discriminatoria, en tanto busca para Martínez Ridao una sanción mayor a la de Faasa, sin dar razón alguna para ello. Agrega que no obtuvo beneficio económico de los hechos, dado que cobró por sus servicios valores muy cercanos a los costos que implica la operación en Chile y, además, colaboró activamente con la investigación de la FNE. A ello se añade la improcedencia de imponer un plan de cumplimiento, por cuanto tal petición excede los límites de lo pedido en el requerimiento.

Culmina solicitando que se rechace el requerimiento, en subsidio, se declare la prescripción, en subsidio se le



exima del pago de la multa o se rebaje sustancialmente y se condene en costas a la requirente.

La sentencia impugnada razona, en primer lugar, respecto de la configuración de un acuerdo colusorio, indicando que la prueba aportada al expediente permite dar por acreditada la existencia de una voluntad común entre Faasa Chile y MR Chile que conformaría un acuerdo de naturaleza colusoria, el cual tuvo como objetivo asignarse contratos, recayendo sobre distintas variables de competencia, a saber, la participación de oferentes, el reparto de mercado, la fijación de precios y condiciones de comercialización. En efecto, se estará en presencia de un acuerdo único si con la prueba aportada se logra acreditar la ejecución de varios pactos que obedecen a un mismo objeto, entre un grupo medular de participantes, para lo cual no es necesario acreditar la existencia de todos los convenios específicos si la prueba acompañada permite inferir la ejecución de varios en el tiempo.

Respecto de la industria en que incide el requerimiento, es posible concluir que el mercado relevante del producto es la prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales mediante aviones cisterna modelo AT-802. Sobre el mercado geográfico, se considera una definición del ámbito geográfico conservador, esto es, aquel que toma en cuenta todo el territorio nacional.



A continuación, analiza la prueba respecto de la existencia de un acuerdo único, la cual permite tener por acreditada su ocurrencia y su objeto, a saber, asignarse o adjudicarse contratos para prestar servicios de combate y extinción de incendios forestales, a través de aviones cisterna. En particular, los medios de comunicación utilizados por las requeridas para coordinar su actuar fueron principalmente correos electrónicos y llamadas telefónicas, sin perjuicio que también se realizaron reuniones presenciales.

Sólo a modo ilustrativo, el 3 de agosto de 2010, en el contexto del llamado "episodio N° 2, Héctor Tamarit (Faasa) escribió un correo electrónico a Ricardo Pacheco (Faasa) indicándole: *"Acabo de hablar por teléfono Miguel Ángel Martínez [Martínez Ridao] y ya le he dicho que nosotros dispondremos de otro avión, he quedado con él en que si le piden precio tanto Celco como Mininco no lo de sin hablar conmigo"*. Respecto de la realización de reuniones presenciales, en un correo de 6 de abril de 2010, enviado por Miguel Ángel Martínez Bonilla (Martínez Ridao) a Claudio Alcayaga (Martínez Ridao), el primero de ellos señaló: *"De acuerdo, hablamos esta tarde, Mañana me reunión [sic] con los de Faasa, entre otros temas vamos a hablar de Chile"*.

Asimismo, la evidencia aportada al expediente permite acreditar que ejecutivos de las requeridas se reunieron en



España, en mayo de 2012 para conversar sobre "*futuras negociaciones en Chile*". En efecto, fue aportado al expediente un documento singularizado "*INFORME RPC 2012*", que se encontraba adjunto a un correo electrónico enviado por Ricardo Pacheco (Faasa) a Héctor Tamarit (Faasa) el 26 de mayo de 2012. Este archivo contiene notas de una reunión, del siguiente tenor: "*Martes 22 de Mayo de 2012 (...) Posibles acuerdos: Se coordina una reunión con la empresa Martínez Ridaó para el jueves con el objeto de analizar la colaboración mutua y buscar puntos de acuerdo para enfrentar las futuras negociaciones en Chile*". Miguel Ángel Martínez Bonilla (Martínez Ridaó) también reconoció la realización de dicha reunión, pero sin precisar su fecha exacta, mientras que las requeridas negaron su participación, pero esas alegaciones no se hacen cargo del contenido del correo citado, su documento adjunto, como tampoco de la restante evidencia que permite acreditar la realización de dicha reunión presencial.

En lo concerniente a la duración del acuerdo, la evidencia acredita la prueba una voluntad conjunta de ejecutivos de las requeridas, que habría permitido su coordinación anticompetitiva entre los años 2009 - fecha en que Martínez Ridaó ingresó al mercado chileno - y 2015, fecha referida al proceso de contratación convocado por Conaf ese año, el último proceso imputado por la FNE en autos. Dichos contactos y comunicaciones se habrían



presentado reiteradamente a lo largo de siete años, mostrando las probanzas que hubo periodos de tiempo con mayor intensidad de comunicaciones que otros, lo cual es coherente con el hecho que los procesos de contratación de los distintos clientes de las requeridas pueden abarcar más de una temporada de incendios y, en este sentido, si se comparan los procesos de contratación comprendidos en el acuerdo imputado con las temporadas que comprende cada uno de ellos, el acuerdo colusorio que se analiza en autos afectaría ininterrumpidamente todas las temporadas de extinción de incendios forestales entre el 2009 y 2015.

Más allá de las particularidades concernientes a cada uno de los episodios que comprenden la imputación de la FNE, la prueba aportada al proceso permite acreditar que el objeto de las requeridas en todos ellos era asignarse contratos para prestar servicios de combate y extinción de incendios forestales, a través de aviones cisterna. En algunos casos se buscó afectar directamente el precio o condiciones comerciales que se estaban negociando con los clientes; en otros, se coordinaron para efectos de determinar quiénes participarían en ellos. En el mismo sentido, en el marco de la campaña chilena de extinción de incendios 2010-2011, se decidió no competir respecto a la contratación del personal, lo cual es un indicio grave y preciso acerca de la intensidad de la coordinación en Chile, durante el período imputado.



Por tanto, es posible concluir que los episodios acusados por la FNE dan cuenta de la existencia de un acuerdo único entre Faasa Chile y Martínez Rídao, cuyo objeto era determinar condiciones de comercialización, precios y la participación de oferentes en procesos de contratación públicos y privados, con el propósito de repartirse o asignarse contratos para prestar servicios de combate y extinción de incendios forestales, a través de aviones cisterna, entre los años 2009 y 2015, acuerdo que fue implementado a través de comunicaciones realizadas entre un mismo grupo de ejecutivos.

A continuación, el fallo procede al análisis de la prueba de cada uno de los episodios.

Episodio N° 1: Mininco 2009:

En este primer episodio, la FNE imputó a las requeridas haber coordinado el suministro de los servicios solicitados por Mininco para las temporadas 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012, fijando de manera conjunta las condiciones de comercialización de los contratos celebrados con dicho cliente. Esta imputación, según la FNE, se habría materializado en que ambas requeridas suscribieron contratos con dicha empresa en 2009, estableciendo exactamente las mismas condiciones comerciales.

Sobre el particular, fue aportado al expediente un correo electrónico enviado el 30 de julio de 2009 por Héctor Tamarit a Ricardo Pacheco, con copia a Manuel



González, todos ejecutivos de Faasa, cuyo tenor se reproduce, conjuntamente con una serie correos electrónicos, posteriores al 7 de octubre de 2009. Con ellos, concluye el Tribunal que no es posible descartar que hayan existido conversaciones entre las requeridas antes de la suscripción del Addendum de 2009 y, en efecto, el correo electrónico enviado el 30 de julio de 2009 ya indicado, demuestra que no solamente hubo conversaciones, sino que manifiesta Faasa haber llegado a un acuerdo respecto a un avión que su competidor les cedería.

Es altamente probable que el correo antes referido, de fecha 30 julio 2009, dé cuenta de conversaciones entre las requeridas acerca del proceso de contratación de Mininco en 2009, a lo cual se suma la existencia de comunicaciones entre Ricardo Pacheco y Ricardo Rivera, ejecutivo de Mininco que lideró este proceso de contratación, lo cual refuerza la hipótesis de que la conversación sostenida entre Tamarit y Pacheco, a que alude el tantas veces referido correo del 30 de julio de 2009 hacía referencia justamente a ese proceso de contratación.

En definitiva, la comunicación entre las requeridas constituye un indicio apto para establecer la existencia de coordinación entre ellas respecto de las decisiones comerciales que adoptaron, limitando la competencia para el proceso convocado por Mininco el 2009. En efecto, la evidencia aportada al expediente permite concluir que Faasa



Chile enfrentó las negociaciones para proveer los servicios requeridos por Mininco el 2009, con la certeza que Martínez Rídao, en lugar de buscar competir por dicho cliente, le facilitaría un avión para que pudiera prestar servicios. Añade el fallo, que no tiene sentido que una empresa - en este caso MR Chile - dé en arriendo un avión a un competidor, en circunstancias que podría ofrecer dicho servicio directamente al cliente, en especial si se trata de una entidad que estaba ingresando al mercado chileno; en el mismo sentido, Faasa argumenta que el haber podido proveer el servicio mediante un avión adicional le permitió fortalecer su posición competitiva de cara a un importante cliente como Mininco, en desmedro de la de MR Chile, lo cual refrenda que el comportamiento de MR Chile en este proceso de contratación, carece de una justificación lógica, a lo cual se agrega que, en el mismo período, MR Chile formuló una oferta a Celco, por un precio menor, lo cual constituye un indicio que permite concluir que, en el período en que Mininco solicitó servicios de combate y extinción de incendios forestales a las Requeridas, MR Chile estaba en condiciones de ofrecer sus servicios a precios menores que los efectivamente ofrecidos y contratados con dicho cliente. De esta forma, el hecho que MR Chile haya preferido entregar su aeronave en subcontrato a Faasa Chile para que fuera ésta última quien se adjudicara el contrato con Mininco, aceptando, además,



pagarle un 5% del precio por estos servicios, no se condice con el comportamiento esperado de una empresa que pretende entrar al mercado y necesita disputar clientes.

En cuanto a Faasa, esta requerida argumentó que el leve aumento en precio sería producto de la inflación del período. Sin embargo, esta alegación debe ser descartada por cuanto la inflación entre noviembre de 2008 y octubre de 2009 fue aproximadamente de -1,8% y, por tanto, el precio debería haber disminuido.

Adicionalmente, MR Chile y Faasa Chile argumentaron que la coincidencia de los contenidos comerciales del *Addendum* del 2009 y el "*Contrato MR Chile - Mininco 2009*", se debería, entre otras cosas, a que Mininco es quién habría establecido las condiciones comerciales de sus contratos y, si bien aquello podría ser una explicación razonable en un contexto competitivo, no es posible sostener dicha defensa en base a la prueba presentada por las requeridas.

En definitiva, existe prueba clara y concluyente respecto a la existencia de un acuerdo único y continuo entre las requeridas, verificado a lo largo de todos los episodios que se analizan en esta sentencia. Por consiguiente, el examen de la prueba permite inferir que las condiciones idénticas que pactaron en los contratos que suscribieron con Mininco en 2009, fueron resultado de un acuerdo colusorio fraguado con el objeto de fijar las



condiciones de comercialización en sus respectivos contratos.

Episodio N° 2 Celco 2010:

Se imputó que las requeridas se habrían comunicado para fijar los precios que ofertarían a Celco, logrando finalmente un alza en sus respectivos contratos.

La evidencia acredita la existencia de llamadas telefónicas entre los ejecutivos de las requeridas, Héctor Tamarit y Miguel Ángel Martínez, las cuales tuvieron por objeto intercambiar información y fijar los precios de sus servicios para las negociaciones que estaban llevando con Celco y, además, que los precios acordados se vieron reflejados en aquellos finalmente ofrecidos y convenidos con dicho cliente. Así, el 1° de noviembre de 2010, Faasa Chile suscribió con Celco un nuevo contrato, mientras que MR hizo lo propio el 25 del mismo mes y año.

La prueba demuestra que ejecutivos de las requeridas coordinaron las propuestas económicas que presentarían a Celco, conforme se aprecia en los correos electrónicos que se transcriben, todos de 3 de agosto de 2010, esto es, pocos meses antes de materializarse las referidas modificaciones contractuales, comunicaciones cuya autoría fue reconocida por Héctor Tamarit, quien señaló que se trataba de un *"ardid comercial para obtener información"*. Sin embargo, el solo hecho de compartir información comercial estratégica con un competidor, en el marco de un



proceso de contratación en que ambos son rivales, revela un actuar colusorio y, por otro lado, el hecho que este ardid no hubiera tenido resultados no impide que dicho acuerdo destinado a suprimir la libre competencia se configure, por cuanto los efectos o resultados no son relevantes para determinar la ilicitud de la conducta del individuo o agente económico que participa de dicho acuerdo.

Enseguida, en lo que respecta a la fecha de las conductas acusadas en este episodio, los correos electrónicos también permiten acreditar que tuvieron lugar, a lo menos, desde el 3 de agosto de 2010, esto es, antes de suscribirse los contratos entre las requeridas y Celco. Es más, los antecedentes que obran en autos permiten concluir que los contactos entre los ejecutivos de las requeridas tuvieron lugar en forma coetánea a las negociaciones que éstas llevaban a cabo con Celco.

Si bien Faasa Chile acreditó que tuvo nuevas negociaciones con Celco a fin de satisfacer los requerimientos de helicópteros presentados por esta última con posterioridad a su oferta del 19 de julio de 2010, no brinda una explicación alternativa que justifique de manera razonable por qué, mientras aún no se encontraba cerrado como tampoco suscrito su acuerdo con Celco, se había comunicado con MR Chile. En este contexto, considerando que el *Addendum* Faasa Chile - Celco 2010, ocurrió recién el 1° de noviembre de 2010, se puede concluir que las



comunicaciones entre las requeridas, ocurridas en agosto de ese año, dan cuenta explícita de un acuerdo de precios para proveer de aviones a Celco.

Faasa Chile aduce que dicha alza no habría sido más que un reajuste de precios de acuerdo con el IPC acumulado en el período 2007-2010, la cual Celco habría aplicado en virtud de una cláusula del contrato original de fecha 25 de octubre de 2007, sin embargo, la cláusula de reajuste que regía a esa época era aquella contenida en el Contrato Faasa - Celco 2009.

MR Chile también justificó el alza de precios en un supuesto reajuste al IPC amparado por su relación contractual. Sin embargo, nada de esto desvirtúa la prueba ya analizada, que da cuenta de la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre Faasa Chile y MR Chile para afectar este proceso de contratación, como tampoco permite afirmar que el precio de la temporada anterior ajustado por IPC constituya un escenario contrafactual válido.

Episodio N° 3 Conaf 2012:

En el marco de este episodio, la FNE imputa que MR Chile compartió con Faasa el precio y otras condiciones de comercialización a ofertar por aviones a Conaf y que Faasa Chile se abstuvo de competir en favor de MR Chile, adjudicándose finalmente ésta última el contrato.

Estima el Tribunal que la evidencia aportada al expediente permite acreditar que las requeridas nuevamente



se comunicaron y coordinaron, para efectos de la provisión de los servicios que solicitó Conaf, en particular, que las comunicaciones tuvieron lugar en enero de 2012, actuación que se gestó a través de comunicaciones directas que tuvieron por objeto coordinar la actuación comercial conjunta de las requeridas, así como intercambiar información comercialmente sensible y útil para el proceso de contratación convocado por Conaf, todo lo cual permitió a MR Chile adjudicarse la provisión de servicios de Conaf sin enfrentar competencia por parte de Faasa Chile.

Resultan particularmente relevantes los correos electrónicos del 6 de enero de 2012, intercambiados entre ejecutivos de Faasa Chile, que se transcriben en detalle y respecto de los cuales Héctor Tamarit reconoció su autoría, señalando además que obtuvo información de precios de MR Chile *"pero fue un ardid comercial, sin una consecuencia porque en ningún caso podíamos licitar a Conaf ofreciéndole un avión"*.

Dicha cadena de correos da cuenta que el mismo día que Faasa Chile había recibido un llamado de Conaf solicitando una cotización, Héctor Tamarit se contactó con ejecutivos de MR Chile para conocer su oferta y coordinar la participación en el proceso de contratación en cuestión. A mayor abundamiento, el carácter impropio de estas comunicaciones, así como la sensibilidad de su contenido es



reconocido en autos incluso por las defensas de las requeridas.

Razona el fallo que resulta irracional desde un punto de vista económico que MR Chile haya compartido su oferta ex ante con Faasa, porque se exponía a perder un contrato frente a su único rival y, atendido todo lo anterior, las hipótesis alternativas esgrimidas por las requeridas deben ser desechadas, pues ellas, como tampoco la evidencia complementaria que han aportado al expediente, logran desvirtuar la existencia de las conductas descritas ni su ilicitud.

Episodio N° 4: Mininco 2012:

La FNE acusó a las requeridas acordar los precios y la cantidad de aviones a ofertar y, a su vez, ejercer presiones conjuntas contra la empresa Trabajos Aéreos Espejo, para que ésta retirase la oferta que ya había formulado en dicho proceso.

Analizada la prueba rendida en autos, es posible concluir que, en julio de 2012, se materializó el actuar conjunto entre las requeridas, respecto del proceso convocado por Mininco, en el marco del cual las requeridas se comunicaron a través de correos electrónicos que tuvieron por objeto acordar los precios y la cantidad de aviones que Faasa Chile y MR Chile ofertarían, como también presionar a Trabajos Aéreos Espejo para que se retirase de dicho proceso.



En este contexto, el fallo reproduce una serie de correos electrónicos que dan cuenta de contactos entre Faasa Chile y MR Chile, en julio de 2012, acreditando que las requeridas se comunicaron para intercambiar información comercial sensible y, además, para coordinar el contenido de las ofertas que presentarían al proceso convocado con Mininco. De la misma manera, el tenor de estas comunicaciones da cuenta explícitamente que los referidos ejecutivos tenían conciencia de la ilicitud o impropiedad del plan que se estaba ejecutando, en tanto reconocen interés por ocultar a Mininco la coordinación que entre ellas habían alcanzado.

Otro indicio que acredita la existencia del acuerdo único y permanente alcanzado por Faasa Chile y MR Chile, materializado en este proceso de contratación, entre otros episodios, es la declaración de Manuel González ante la FNE, en la que reconoció que *"Él presentó una oferta de cuatro y nosotros dos, nos pusimos de acuerdo en los precios y en las condiciones"*.

A mayor abundamiento, las mismas requeridas reconocieron la impropiedad de su actuar al presentar las explicaciones alternativas de estos hechos, negando la coordinación que se les imputó en este episodio, arguyendo, en particular, que sus acercamientos se explicaban en el hecho que intentaron presentarse al llamado de Mininco conformando un "consorcio". Sin embargo, la evidencia



aportada al expediente no permite acreditar que efectivamente se haya acordado este tipo de asociación para participar en el proceso de contratación convocado por Mininco el 2012, como también debe ser descartada la explicación alternativa que justifica los intercambios de información en el hecho que MR Chile habría tenido la necesidad de arrendar a Faasa Chile las aeronaves que le faltaban para poder formular una oferta a Mininco.

En lo referido a la imputación sobre la exclusión de la empresa Trabajos Aéreos Espejo, la prueba aportada al proceso también permite tener por acreditada dicha conducta, esto es, que los ejecutivos de dicha entidad tenían un claro interés en ingresar al mercado chileno y, en particular, de participar en el proceso convocado por Mininco el 2012, a pesar de lo cual, luego de enviada una oferta económica, manifestaron a través de correo electrónico que "se veían obligados" a retirarla por la existencia de presiones.

Ninguna de las explicaciones o defensas logra controvertir el interés de Trabajos Aéreos Espejo en ingresar al mercado chileno y participar en el proceso de Mininco el 2012, como tampoco que dicha empresa recibió presiones de ambas requeridas para retirar su oferta. Para dicha conclusión no es obstáculo la argumentación de MR Chile en orden a que cualquier conducta que los pudiera vincular a la exclusión de Trabajos Aéreos Espejo del



mercado chileno, no habría tenido la aptitud objetiva para afectar el mercado, dado que su oferta era económicamente más elevada.

A mayor abundamiento, se acreditó que en este periodo de contratación, las requeridas se reunieron presencialmente en España, en mayo de 2012, lo cual constituye un indicio de que el acuerdo único y continuo se encontraba en plena vigencia al tiempo en que Mininco convocó su proceso de contratación en 2012.

Episodio N° 5 Celco 2012:

La FNE imputó a las requeridas un actuar coordinado, en el cual habrían acordado que Avialsa presentaría una oferta "de cobertura" para favorecer la asignación del contrato a MR Chile, mientras que Faasa Chile se abstendría de participar en dicha licitación en beneficio de MR Chile.

La evidencia aportada permite dar por acreditado este episodio, el cual tuvo por objeto favorecer la adjudicación de MR Chile en la licitación de servicios convocada por Celco el 2012 y en cuyo contexto se manipuló la adjudicación del proceso convocado por Celco el 2012, mediante la presentación de una oferta de cobertura por parte de Avialsa y la abstención de participación de Faasa Chile, lo cual se desprende de una cadena de correos que comienzan el 1° de agosto de 2012 y donde aparece que la coordinación entre las requeridas y Avialsa se materializó en la oferta de cobertura presentada por esta última el 13



de agosto de 2012 y la decisión de Faasa de no participar, supeditada a aquello que señalara MR Chile.

Esta última empresa niega la acusación, indicando que los mayores precios del contrato se justificaron en el aumento de algunos costos, sin embargo, el contrato de 25 de noviembre de 2010 establecía en su Anexo N° 7 que *"en el caso de modificación de precios del combustible"* el precio base del contrato se reajustaría según el valor acumulado del IPC entre noviembre de un año y octubre del siguiente, siendo posible establecer que el IPC correspondió a un 6,6% entre noviembre de 2010 y octubre de 2012, mientras que el valor base del contrato aumentó un 27% respecto de la temporada anterior.

En suma, la prueba demuestra de forma clara y concluyente que las requeridas y Avialsa acordaron manipular la licitación convocada por Celco en 2012, en los términos expuestos en el requerimiento de autos.

Episodio N° 6: Conaf 2015:

La FNE imputó a las requeridas haber acordado que Faasa Chile se desistiera de la oferta presentada previamente a Conaf para favorecer la asignación de este contrato a MR Chile, para cuyo efecto habrían pactado que el único avión que Faasa tenía disponible de inmediato fuese arrendado por MR Chile para reemplazar otro que tenía destinado a un contrato con Mininco, para así destinar la nave restante al contrato que se adjudicó con Conaf. A



juicio de la requirente, esto habría aumentado, al menos, el precio pagado por Conaf por un avión.

Expresa el fallo que la prueba demuestra de manera clara y concluyente que las requeridas actuaron coordinadamente en este proceso de contratación y que el retiro de la oferta de Faasa se explica por el acuerdo colusorio que fraguó con MR Chile, para lo cual cita una cadena de correos que comienza el 7 de abril de 2015, de los cuales se colige que las requeridas se pusieron de acuerdo antes de que MR Chile presentara su oferta ante Conaf o, al menos, antes de que concluyera el proceso de contratación.

Luego, en relación con la abstención de Faasa en este proceso licitatorio ante Conaf, cuando ésta comunicó que declinaba continuar participando en el proceso de contratación, mencionó tres argumentos, a saber: los plazos involucrados, exigencias aeronáuticas y los compromisos de su matriz en España. Sin embargo, no se logró probar que los plazos actuaron como un impedimento y, respecto de los otros dos argumentos, no aportó evidencia que pudiera constituir una explicación alternativa para su abstención de perseverar en su oferta. En efecto, en el marco de la investigación instruida por la FNE, Conaf manifestó que no era obligatorio para los oferentes postular a las tres bases de operación en conjunto y, así, otras empresas distintas a las requeridas presentaron ofertas con menos de



tres aviones; finalmente, cuando Faasa se desistió del proceso, tampoco aludió a la cantidad de aviones como razón para ello.

Respecto del segundo argumento de las defensas, MR Chile aduce que no estaba permitido prestar el servicio con aviones de propiedad de otra empresa, sin embargo, una interpretación de texto lleva a concluir que no se puede ceder el contrato o la prestación de los servicios, pero ello no implica que no se pueda prestar el servicio con aviones arrendados.

Faasa, por su parte, alega que al momento de negociar con Conaf las especificaciones que debían cumplir las ofertas para cubrir los servicios requeridos por dicho cliente, aparecieron complejidades que dificultaron su presentación a este proceso. Para los sentenciadores, lo anterior tampoco obsta a la acreditación del acuerdo alcanzado por las requeridas, pues incluso considerando la aparición de dificultades no previstas por ellas, que pudieran haber influido en la conveniencia de que ésta última se presentara al llamado de Conaf, las comunicaciones de 7 de abril de 2015 demuestran que la decisión de que Faasa Chile se retirara y luego se privilegiara la oferta de MR Chile, descansó sobre la base de un acuerdo discutido y adoptado entre ellas con anterioridad.



Finalmente, Faasa argumenta que contactó a MR Chile para arrendarle el avión después de decidir no participar, afirmación que es posible descartar, por cuanto del tenor de las comunicaciones es posible inferir que el acuerdo para afectar el proceso de Conaf tuvo lugar necesariamente de forma previa al retiro de Faasa Chile de este proceso, puesto que tal actuar precisamente fue motivado por el acuerdo. Lo anterior, resulta aún más verosímil si se considera que se encuentra acreditado en autos la existencia de un flujo continuo y reiterado de comunicaciones entre los ejecutivos de las requeridas así como la existencia de un acuerdo único entre ellas.

Por tanto, se puede concluir que las defensas de las requeridas no logran desvirtuar ni explicar razonablemente la prueba aportada en autos que acredita, para este episodio específico, la materialización del acuerdo único y continuo alcanzado entre Faasa Chile y MR Chile.

Respecto del poder de mercado que el acuerdo confirió a las requeridas, deberá determinarse considerando las características propias de los procesos de contratación por parte de instituciones públicas y de empresas forestales, así como algunos aspectos del mercado relevante de combate y extinción de incendios forestales mediante aviones cisterna.

En el período en que se desarrolló el acuerdo imputado, las requeridas fueron las principales oferentes



del servicio en los procesos de contratación en este mercado. La FNE destaca la alta concentración, acumulando Faasa y MR Chile casi la totalidad de las ventas, incluyéndose en la sentencia un gráfico donde se muestra la evolución de las participaciones de mercado de cada una de las empresas requeridas.

Por otro lado, el mercado relevante de autos presentaba condiciones que dificultaron la entrada de nuevas empresas al mercado, lo cual contribuyó a que Faasa y MR Chile tuvieran una altísima participación sin enfrentar competencia de otros incumbentes, como tampoco ver amenazada su posición por la entrada de nuevos actores.

De este modo, es posible colegir que el acuerdo alcanzado por las requeridas les confirió poder de mercado y, con ello, la aptitud de producir efectos perniciosos en el mercado relevante, por cuanto involucró a los dos principales oferentes del mercado y, por tal motivo, suprimió la competencia que debía existir entre ambos. Para dicha conclusión no son obstáculo el poder de negociación de los clientes o su posible integración vertical, por cuanto la concentración de la demanda en unos pocos actores pudo a lo más haber puesto una cota superior al sobreprecio acordado por Faasa y MR Chile, pero en ningún caso impidió que el acuerdo entre las dos principales empresas del mercado tuviera efectos en la competencia.



En aquello que concierne a la excepción de prescripción, la ley aplicable es el artículo 20 inciso cuarto del Decreto Ley N° 211, que establece que el plazo de prescripción de los acuerdos previstos en el artículo 3° letra a) de dicho cuerpo legal es de cinco años, cuyo cómputo *"no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción"*.

De conformidad con el requerimiento de autos y lo establecido en la sentencia, el acuerdo único alcanzado entre Faasa Chile y MR Chile generó sus efectos al menos hasta el término de vigencia del último contrato suscrito con ocasión del llamado convocado por Conaf en diciembre de 2014, esto es, hasta el 9 de mayo de 2015, lo cual implica que el plazo de prescripción comenzó a correr desde el 10 de mayo de 2015 y, por lo tanto, se encontraría pendiente hasta el 10 de mayo de 2020, mientras que el requerimiento de autos fue notificado a Faasa Chile el 30 de agosto de 2018 y a MR Chile el 9 de octubre del mismo año.

Por estas razones, la acción no se encuentra prescrita, toda vez que fue interpuesta y notificada en un plazo inferior a cinco años.

A continuación, en aquello que concierne a las sanciones aplicables, el fallo razona que MR Chile no acompañó al proceso evidencia que permita estimar el escenario de competencia que hubiese imperado ante la falta de acuerdo, el cual debiera considerar la hipotética



competencia entre Faasa y MR Chile, ambas empresas con modelos de doble estacionalidad, y no la competencia entre una de ellas y empresas menos eficientes que operan sólo en Chile. Por su parte, Faasa argumentó que no habría tenido beneficio económico, puesto que cobró un precio muy cercano al costo incremental, sin embargo, no acompañó al proceso informes económicos que estimen el escenario contrafactual de competencia.

En este orden de ideas, si bien no se cuenta con la estimación precisa de un escenario en ausencia del acuerdo, existe evidencia de que los precios habrían aumentado paulatinamente a lo largo del período considerado en relación con el lapso previo al acuerdo. Esto fue señalado incluso por Faasa en su escrito de observaciones a la prueba y es posible constatarlo, además, en el análisis de los episodios, en particular, al comparar los precios de los contratos de cada cliente, respecto de su contrato anterior. Si bien estos cálculos no corresponden a una estimación del beneficio económico obtenido con motivo de la colusión, sí deben ser considerados como un indicio de su existencia.

De esta manera, al no contar con información que permita determinar en forma directa y precisa el beneficio económico total obtenido por Faasa y MR Chile producto de la infracción anticompetitiva, es posible considerar que una porción de los ingresos obtenidos son una buena



aproximación de dicho beneficio. Utilizando la literatura comparada, el beneficio económico se estimó en un 16,7% al considerar un 20% de sobreprecio en virtud del trabajo de Connor, John, Price-Fixing Overcharges, 2014 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400780) que estima sobreprecios promedios derivados de colusión, usando como referencia estudios de casos internacionales de carteles y que es utilizado como *benchmark* en la literatura comparada. Con ello, atendido que no constan en el expediente informes económicos que estimen el sobreprecio derivado del acuerdo colusorio, en el caso de autos se usará la estimación de beneficio económico indicada, correspondiente a un 16,7% (es decir, considerando un sobreprecio de 20%) y la información de ingresos por ventas asociados de los seis episodios objeto del requerimiento para determinar el monto base de la multa.

De esta manera, el beneficio económico obtenido por las requeridas con motivo de la infracción anticompetitiva y que da lugar al monto base que permitirá calcular la multa final asciende a US\$775.560 (950 UTA, tomando los valores de la UTA y US\$ informados por el Servicio de Impuestos Internos y el Banco Central, respectivamente, al 25 de enero de 2022) en el caso de Faasa Chile y a US\$ 2.489.817 (3.050 UTA) para MR Chile, ambos correspondientes al 16,7% de las ventas de cada empresa en los seis



episodios que conforman el acuerdo único y continuo acreditado en autos.

En cuanto al efecto disuasorio, este debe ser considerado al momento de fijar la multa, la cual debiera ser mayor al beneficio económico que esperan obtener de la infracción, puesto que sólo de esta manera, se logra efectivamente desincentivar el actuar anticompetitivo de los agentes económicos.

Por último, Faasa alega como circunstancia atenuante la existencia de su programa de cumplimiento, que podría conllevar una reducción de la sanción aplicable, sin embargo, lo relevante es que el programa de cumplimiento pueda ser calificado como serio, creíble y efectivo, cuestión que no depende del número de elementos que contenga, sino que es una evaluación realizada por la autoridad, ya sea la FNE o el Tribunal. En este sentido, la requerida admite que implementó el programa recién en 2019, incluso después de presentado el requerimiento de autos, lo cual implica que no se trató de un programa preexistente y, por tanto, careció por completo de una función preventiva, lo cual lleva a desestimar que pueda actuar como una circunstancia atenuante de la responsabilidad que emana del ilícito acreditado respecto de Faasa.

Además, MR y Faasa argumentaron que la carencia de un ánimo anticompetitivo actuaría como una circunstancia atenuante, pero la prueba allegada al expediente da cuenta



que los ejecutivos que participaron del acuerdo tenían plena conciencia de la ilicitud de su actuar.

En este escenario, es posible concluir que no se ha acreditado en autos circunstancia alguna que permita que las multas calculadas sean reducidas y, por el contrario, en razón del efecto disuasivo que debe perseguir, la gravedad de la conducta y su duración, la sanción final a imponer debe superar el monto base calculado que, como se dijo, correspondería a la estimación de los beneficios asociados al acuerdo. Así, este monto base será multiplicado por dos, de modo que la multa final ascienda a 1.900 UTA para Faasa Chile y 6.100 UTA en el caso de MR Chile, lo cual resulta razonable en consideración con los montos máximos de las multas que permite la legislación aplicable al caso de autos e incluso se condice con los máximos que incorporó el legislador en 2016.

Por último, se impone a las dos requeridas, en forma adicional a la multa impuesta, la obligación de adoptar un programa de cumplimiento y ética en materia de libre competencia que satisfaga al menos los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, el cual tendrá una duración de cinco años y deberá contemplar, como mínimo, las siguientes acciones:



a) Dentro de 30 días hábiles contados desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada, la administración de cada sociedad requerida deberá nombrar a un Oficial de Cumplimiento encargado de velar especialmente por el respeto de las normas de defensa de la libre competencia al interior de cada compañía, en los términos indicados en la letra b) siguiente.

b) El Oficial de Cumplimiento será designado y removido por dicha administración y deberá desempeñarse a tiempo completo en tal cargo, reportando sus acciones directamente a la administración de la respectiva empresa. Asimismo, dicha administración será encargada de velar por el buen cumplimiento de los deberes del Oficial de Cumplimiento. El nombramiento del Oficial de Cumplimiento deberá recaer en una persona externa a la compañía y ser informado a la Fiscalía Nacional Económica.

c) Entregar, dentro de noventa días hábiles contados desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada, una copia de ella a los directores, administradores, gerentes, subgerentes y, en general, a los ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial (ventas, definición de políticas de precios, formulación de cotizaciones en procesos de licitación o cotización u otra equivalente). En el evento que una persona asuma uno de esos cargos con posterioridad al transcurso de ese plazo se le deberá



entregar una copia de esta sentencia junto con la suscripción del contrato respectivo o de la aceptación del cargo, según fuere el caso.

d) Obtener, de parte de las personas señaladas en la letra c) precedente, una declaración jurada en la que se indique que han leído y entendido este fallo, y que no se encuentran en conocimiento de ninguna violación a las leyes que protegen la libre competencia en la empresa. Dicha declaración deberá efectuarse, por primera vez, dentro del plazo de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada. Luego deberá efectuarse anualmente, durante los cinco años siguientes a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada.

e) Proveer anualmente una capacitación comprensiva en materia de libre competencia. Dicha capacitación deberá otorgarse a: **(i)** las personas señaladas en la letra c) precedente y **(ii)** toda otra que el Oficial de Cumplimiento estime pertinente. El entrenamiento deberá ser efectuado por un abogado o economista externo y experto en libre competencia. La capacitación deberá incluir siempre un relato del contenido de esta sentencia. Esta medida tendrá una duración obligatoria de cinco años contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada.

f) Llevar a cabo al menos dos auditorías de libre competencia durante el período de cinco años contado desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada. Las



auditorías deberán comprender, como mínimo, una revisión de: **(i)** las casillas de correo electrónico corporativos y los registros de llamados a través de teléfonos corporativos de las personas señaladas en la letra c) precedente; **(ii)** los incentivos establecidos en los contratos de trabajos; **(iii)** la participación de la compañía en procesos de licitación o cotización; **(iv)** la participación de la compañía en asociaciones gremiales; y, **(v)** la política interna de libre competencia de la compañía.

g) Mantener una línea de denuncia anónima que permita a cualquier empleado revelar directamente ante el Oficial de Cumplimiento eventuales infracciones a las normas de defensa de la libre competencia.

h) Proveer anualmente un reporte escrito a la Fiscalía Nacional Económica que dé cuenta de la ejecución del programa de cumplimiento. Dicho reporte deberá ser enviado durante los cinco años siguientes a la fecha en que quede firme la presente sentencia.

En contra de esta sentencia, dedujo recurso de reclamación la empresa Martínez Rídao Chile Limitada, alegando que el fallo se sustenta en simples conjeturas o indicios equívocos, omitiendo la consideración de prueba categórica que los desvirtuaba y sin cumplir el estándar de convicción. En efecto, la sentencia apoya su decisión en una apreciación holística de la prueba, vulnerando las



reglas de la sana crítica, por la vía de considerar, en el establecimiento de los hechos, correos internos de Faasa, en perjuicio de Martínez Ridao.

Asegura que se declaró la existencia de un cartel sin que existiera prueba clara y concluyente, toda vez que se alegaron hipótesis alternativas plausibles, que fueron analizadas solo superficialmente y siempre optando por la tesis de colusión, recurriendo en algunos casos a un solo correo electrónico cuya veracidad no consta y que, al haber sido emitido por ejecutivos de Faasa, no le resulta oponible.

Por otro lado, la decisión soslaya las particularidades de la industria que hacen inviable el cartel o su aptitud para afectar la libre competencia, no considera que los servicios de combate y extinción de incendios involucran una necesaria colaboración entre sus diferentes actores, lo cual se acrecienta entre MR y Faasa porque han participado conjuntamente en al menos 7 UTES entre 2005 y 2019 , en virtud de las cuales hay lazos comerciales, conocimiento de infraestructura, aviones, pilotos, mecánicos, para prestar el servicio de la mejor forma posible, actuando como socios y no como competidores.

Añade que las empresas forestales conforman un oligopsonio, con un importante poder de compra que disciplina a actores como MR y Faasa, circunstancia que hacía inviable cualquier acuerdo, pero especialmente uno



que tuviera la aptitud de afectar los precios de los contratos, definir condiciones, determinar participación de oferentes en procesos de contratación o asignarse contratos, por cuanto estas empresas concentran prácticamente la totalidad de la demanda, definen unilateralmente los recursos que usarán cada temporada, sus características y un presupuesto inamovible, además de redactar los contratos, de modo que MR y Faasa malamente podrían haber acordado la participación de los oferentes, porque ello sería inocuo.

En el mismo orden de ideas, reprocha que la sentencia no considere que el comportamiento de MR no se condice con un cartel y le aplica una multa desmedida, sin tomar en cuenta que pasó de un 0% de participación en el mercado, en el año 2009, a un 60% en 2013, lo cual demuestra de toma decisiones de forma independiente.

Expresa que la conducta de MR no configura los presupuestos del ilícito de colusión, en tanto el propio fallo reconoce que se habría afectado distintas variables anticompetitivas, lo cual determina que no estemos en presencia de un acuerdo único y, en consecuencia, operó la prescripción.

A continuación, se refiere a cada uno de los episodios, reiterando sus alegaciones anteriores y las explicaciones alternativas para cada uno de ellos, reprochando la insuficiencia de la prueba utilizada para



arribar a las conclusiones que contiene la sentencia impugnada, toda vez que, en su concepto, los hechos del requerimiento son insuficientes para dar por establecido un cartel y son refutados con la prueba rendida y la plausibilidad de las hipótesis alternativas.

Agrega que el supuesto acuerdo no ha otorgado poder de mercado a MR y no tuvo la aptitud para afectar la competencia en el mercado relevante, considerando la propia sentencia reconoce que no hay evidencia para determinar sus efectos anticompetitivos. Tampoco el cartel impidió que ingresaran nuevos actores o excluyó a competidores que ya participaban.

En subsidio, la resolución yerra al rechazar la excepción de prescripción, en el marco de la cual el Tribunal hace un análisis erróneo y superficial, simplificando erróneamente el caso para llevarlo a un acuerdo único, aun cuando reconoce que estos supuestos pactos habrían afectado distintas variables competitivas, de lo cual se sigue que en ningún caso constituyen una sucesión de actos en el tiempo o infracciones permanentes, sino de hechos aislados y, por tanto, están prescritas las acciones para perseguir hechos que ocurrieron o cuyos efectos finalizaron antes del 9 de octubre de 2013.

En subsidio, pide rebaja de la multa, en tanto aquella fijada excede lo pedido por la FNE, que se limitaba a 4.000 Unidades Tributarias Anuales, cuestionando la forma en que



se arribó al monto establecido por cuanto, en su concepto, no resultaba admisible que la debilidad probatoria de la FNE fuera suplida con suposiciones que, en definitiva, llevaron a que el Tribunal acudiera a literatura comparada y con ello llegara a la cantidad del 16,7%, en circunstancias que se trataba de elementos fácticos que debían ser acreditados por la requirente. A continuación, procede el fallo a multiplicar tal cantidad por dos, sin explicar cómo el efecto disuasorio de la multa, la gravedad de la conducta y su duración permiten al sentenciador multiplicar por dos un monto base que ya fue calculado en base a conjeturas y sin respetar la prueba del proceso.

Por otro lado, la FNE pidió, sin argumento alguno, para MR una multa superior en un 25% a la pedida para Faasa, aunque esta última es el principal agente en el mercado relevante y que se imputa a ambas requeridas la comisión de la misma colusión. Luego, la sentencia excede aún más lo solicitado, puesto que condenó a MR a 6.100 UTA y a Faasa a 1.900 UTA.

Pide, además, que se dejen sin efecto las medidas preventivas adicionales, que escapan a lo solicitado por la FNE en el requerimiento, así como la obligación de adoptar un programa de cumplimiento. Para el caso que se decida mantener esta última medida, solicita que se dejen sin efecto las acciones del considerando 139, por exceder lo solicitado por la FNE, especialmente aquella referida a los



correos electrónicos, por cuanto la medida es intrusiva y vulnera privacidad de sus trabajadores.

Finalmente, reclama que se deje sin efecto la condena en costas porque tuvo motivo plausible para litigar.

A continuación, la empresa Faasa dedujo recurso de reclamación, alegando una infracción al principio de congruencia, puesto que la sentencia condenó a las recurridas por haber incurrido en un supuesto "reparto del mercado" en circunstancias que esa imputación no está en el libelo, el cual solamente señala que se habría acordado una actuación conjunta.

Reprocha una indebida valoración de la prueba rendida por la FNE, por cuanto en el requerimiento se transcriben extractos de correos a partir de los cuales se construye la teoría de la FNE, la mayoría de los cuales no fueron reconocidos por sus autores o por las personas bajo cuya custodia estaban al momento de ejercer las medidas intrusivas. Manifiesta que el estándar de prueba no se puede ver satisfecho cuando la única prueba de la FNE son las diligencias realizadas por sí y ante sí en la investigación que precede al juicio, documentos que no pudieron ser confrontados en el curso del procedimiento, de la forma que exige el debido proceso. En este sentido, los hechos que se dan por acreditados en la sentencia se infieren y se deducen a partir de comunicaciones electrónicas en las cuales sus emisores y receptores no



estuvieron en condiciones de ser examinados y contrainterrogados, lo cual tampoco permitió que el tribunal pudiera apreciar explicaciones alternativas que esas personas pudieran haber entregado y, por el contrario, prácticamente todos los hechos se tuvieron por acreditados en función de inferencias, deducciones y presunciones obtenidas a partir de estos correos.

Al eliminarse la referencia al reparto de mercado, desaparece el objeto común que se atribuye a los seis episodios, con lo que queda demostrado que todos ellos son diferentes, lo cual debió motivar el rechazo del requerimiento porque lo perseguido era un acuerdo único y continuado y no varios acuerdos, como también la prescripción habría sido acogida y se habría concluido que el beneficio económico era menor al que se señala, con la consiguiente disminución de las multas.

Se refiere detalladamente a cada uno de los episodios, reiterando sus alegaciones al respecto, reprochando tanto la insuficiencia de la prueba, como la falta de ponderación de las explicaciones alternativas.

Añade que al momento de definir la multa, la sentencia desatendió la única evidencia económica del proceso, que es un informe económico acompañado para dicho efecto, el cual hace una construcción en función de los costos y concluye que, durante el periodo de la acusación, la empresa operó con precios que se encontraban cerca de los costos



incrementales, es decir, lo necesario para que su operación fuera económicamente viable, lo cual no es compatible con un escenario de colusión. Por otro lado, la FNE no aportó ningún análisis para dudar de esas conclusiones.

Sin embargo, el Tribunal recurrió a presunciones de sobreprecio obtenidas de publicaciones académicas, omitiendo la existencia y contenido de la investigación anterior de la FNE. Estima la requerida que, de haberse valorado correctamente la única evidencia, se habría concluido que el beneficio fue sustancialmente menor al que se presumió y ello tendría efecto en la cuantificación de la multa impuesta.

En subsidio, concurren razones para una rebaja de la multa y eximir a la empresa de la obligación de adoptar un programa de cumplimiento, toda vez que Faasa prestó una colaboración sustancial, no promovió incidentes dilatorios y ya implementó un programa de cumplimiento de libre competencia, factores en virtud de los cuales pide que el monto del castigo pecuniario se reduzca prudencialmente a una cantidad inferior al doble del beneficio económico, que es la más severa del ordenamiento.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, a efectos de iniciar el análisis de los arbitrios impugnatorios, resulta pertinente destacar que, como lo ha señalado esta Corte en otras oportunidades, el



derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos. Así, la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico que, por una parte, vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado, tanto por los particulares como por el Estado y, además, desde otra perspectiva, limita el ejercicio de tal derecho, puesto que el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado sino también de particulares que, esgrimiendo su propia libertad, pretenden alcanzar y ejercer poder en el mercado, violentando el derecho de los otros actores del mismo ámbito económico en que se desenvuelven, como también afectando los intereses de los consumidores, circunstancia que, en último término, se traduce en la afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la sociedad.

La libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo. Sobre el particular, se ha dicho: *"la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la*



de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado". (Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva, citada por Domingo Valdés Prieto, Libre Competencia y Monopolio, Editorial Jurídica de Chile, página 190).

De este modo, la protección institucional de la libre competencia sobrepasa el mero resguardo de intereses individuales, pretende mantener el orden económico en el mercado, reprimiendo los abusos o el mal uso de las libertades por cualquier agente económico que participa en él, toda vez que no es posible que aquél, en el ejercicio del derecho de la libre iniciativa económica, afecte la libre competencia que le permite actuar.

Esta doble vía, que considera la libertad y el abuso, permite explicar la limitación que impone la institucionalidad en orden a no desarrollar acciones que restrinjan de manera antijurídica la competencia, la cual corresponde proteger "no sólo cuando es lesionada, sino que



también cuando es puesta en peligro" (Valdés, obra citada, página 187).

Segundo: Que el sistema jurídico que rige entre nosotros se relaciona con los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado y propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica y que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y los menores precios posibles de los bienes y servicios transables comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado.

Tercero: Que asentados los conceptos vertidos precedentemente, **el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en su versión modificada por la Ley N° 20.361 de 2009,** aplicable a estos hechos dispone, en lo pertinente: *"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".

Cuarto: Que esta Corte ya ha razonado con anterioridad en torno al ilícito regulado en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, en lo relativo al acuerdo colusivo que, en este caso, se atribuye para efectos de afectar el resultado de procesos de contratación del servicio de extinción de incendios forestales.

De esta forma, se ha indicado en fallos anteriores (Rol N° 2.578-2012 y Rol N° 27.781-2014): "La colusión es una situación creada por quienes desarrollan una actividad económica en un mercado determinado, por medio de acuerdos que afectan negativamente la libre competencia, que les lleva a no competir o, a lo menos, a disminuir la competencia existente, con la finalidad de incrementar sus



beneficios o/y afectar los de un tercero, la que sanciona el ordenamiento jurídico nacional desde el concierto de voluntades en tal sentido. El incremento de los beneficios de quienes integran la cartelización pueden lograrse a través de diferentes formas, instrumentos o conciertos (acuerdos de precios, de cantidades de producción, grado de innovación, número de competidores o venta y de reparto de mercados)".

Por su parte, la doctrina ha conceptualizado esta conducta como: "el acuerdo entre los productores (proveedores) o distribuidores (comerciantes) en fijar precios de venta o de compra, paralizar o reducir la producción o en la asignación de zonas o cuotas de mercado," y se agrega que: "la conducta es ilícita ya que en vez de competir se ponen de acuerdo en no hacerlo y así obtener un beneficio asegurado a costa de quienes le venden o compran, según se trate de productores o distribuidores quienes incurren en estas prácticas" (Derecho Económico, Tercera Edición Actualizada, José Luis Zavala Ortiz y Joaquín Morales Godoy, 2011, pág. 171). El objetivo principal buscado por las firmas que participan en estos acuerdos es naturalmente la maximización de sus beneficios y utilidades.

Conforme al contenido de la disposición reproducida más arriba, los **elementos esenciales del tipo de colusión** son los siguientes: **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.

En este sentido, tal como acertadamente se resolvió por el TDLC, no se requiere para imponer la sanción que el acto en cuestión haya producido sus efectos, sino que basta que el mismo tienda a producir efectos que alteren la libre competencia. En consecuencia, no es preciso que se concrete o desencadene un resultado gravoso para el sujeto pasivo de la actividad colusoria desplegada, de manera que, por el sólo 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 considerado como un atentado contra los principios básicos que sustentan la normativa del Decreto Ley N° 211, esto es, el otorgamiento de la misma oportunidad para que todos y cada uno de los agentes de un mercado compitan en igualdad de condiciones, manteniéndose la transparencia de las modalidades de ese mercado para cada uno de los actores que en él intervienen.

En otras palabras, la materialización del acuerdo no es un presupuesto necesario para la sanción de la conducta y así ya lo ha resuelto esta Corte al fallar: *"la sola circunstancia de haberse adoptado el pacto anticompetitivo,*



permite sancionarlo, con independencia que, por razones de desconfianza mutua, los partícipes se hayan alejado de lo acordado. Es así como, al contrario de lo señalado por la requerida Dynal, **los acuerdos colusorios, son sancionables aún en su grado de tentativa**, pues como se ha señalado, basta para configurar el sancionado en el artículo 3 letra a) del Decreto Ley N° 211 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 para que exista la colusión que la ley sanciona" (CS Rol N° 5.128-2016).

Quinto: Que, en este contexto, desde ya es posible señalar que no se observa en el fallo la falta de congruencia que reclama Faasa, por cuanto el requerimiento versó precisamente sobre conductas infractoras del artículo 3° incisos 1° y 2° letra a) del Decreto Ley N° 211, imputándose en concreto que "entre los años 2009 y 2015 las requeridas actuaron conjuntamente en el mercado chileno de servicios de combate y extinción de incendios forestales prestado mediante aviones cisterna. En el marco de este acuerdo, determinaron condiciones de comercialización, precios y la participación de oferentes en procesos de contratación públicos y privados. Todo lo anterior con el objeto de asignarse contratos en el período referido" (numeral N° 10 del requerimiento).



Posteriormente, la sentencia refiere de manera expresa que, habiéndose acreditado un acuerdo colusorio, éste tuvo como objetivo asignarse contratos a través de la fijación de precios, las condiciones de comercialización, entre otros mecanismos. Por ello recae sobre distintas variables de competencia, a saber, la participación de oferentes, el reparto de mercado, la fijación de precios y condiciones de comercialización, otorgando poder de mercado a las requeridas (motivo vigésimo tercero).

En este sentido, si bien luego el considerando ducentésimo octogésimo se refiere nuevamente a un reparto de mercado, es claro que aquella no fue la única conducta que reprocha la sentencia definitiva, lo cual queda en evidencia del detallado análisis que se hace de cada uno de los episodios que, configurándose fácticamente a través de acciones distintas, son la manifestación de un acuerdo único que abarcó de manera continua las temporadas que se extendieron entre los años 2009 y 2015.

Sexto: Que, aclarado lo anterior y establecidos cuáles son los elementos básicos para que se configure el ilícito de colusión, en cuanto al estándar probatorio para tener por acreditado el ilícito, el grado de convicción que ha sido requerido por esta Corte para sancionarlo es la existencia de una prueba clara y concluyente, expresándose en decisiones anteriores: *"en doctrina se habla de dos*



formas de probar la existencia de la colusión, la denominada evidencia dura y la evidencia circunstancial.

La evidencia del primer tipo corresponde a pruebas materiales, como documentos, minutas, grabaciones, correos electrónicos que muestran claramente que ha existido comunicación directa entre empresas para acordar precios o repartirse el mercado. Puede resultar que una sola evidencia si es grave y precisa puede ser suficiente para lograr convicción del establecimiento de los hechos, por ejemplo, un solo correo.

La evidencia circunstancial, en tanto, emplea el comportamiento comercial de las firmas en el mercado, el cual se presume, se deduce o infiere.

En ocasiones se considera que conductas paralelas, tanto en precios como tipos de ofertas, o bien negativas de venta, serían indicativas de un comportamiento coordinado.

En la modalidad de evidencia circunstancial se ha distinguido entre evidencia económica, como los movimientos en precios que no se encuentran vinculados a la variación de factores costos y demanda; y la evidencia de comunicación, como las conversaciones telefónicas o reuniones" (CS Rol N° 27.181-2014).

Sin embargo, también es pertinente considerar la dificultad probatoria para este tipo de conductas, la cual ha sido abordada acertadamente por la doctrina, al señalar: "en la medida en que las empresas suelen ser conscientes



del carácter anticompetitivo de sus conductas, es habitual que la autoridad de competencia se encuentre con documentación de carácter fraccionario y dispersa, de modo que normalmente es preciso inferir la existencia y duración de la infracción de ciertas coincidencias e indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción única y continuada" (María Labrada Mellado y Beatriz de Guindos Talavera. La infracción única y continuada. Anuario de la Competencia. Universitat Autònoma de Barcelona. España, año 2009, pág. 195 y siguientes).

En conclusión, **el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta,** la cual debe ser ponderada conforme a las reglas de la sana crítica.

Séptimo: Que, de este modo, para determinar la concurrencia de los presupuestos legales del ilícito colusorio, el análisis de la prueba rendida no necesariamente gira en torno a su cantidad, sino a su preponderancia y aptitud de convicción en relación a la conducta imputada.

Para dicho efecto, corresponde tener en consideración que el artículo 22 inciso final del Decreto Ley N° 211 se limita a preceptuar: *"El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica"*. Sin embargo, esta Corte ha tenido oportunidad de razonar en torno a qué debe



entenderse por sana crítica y cuál es la labor del juez en dicho sistema de apreciación. De este modo, se ha resuelto: *"La sana crítica está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar primero los aspectos que inciden la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda producir fe en el juzgador respecto de su validez y su contribución al establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, esto es el mérito que puede incidir en la convicción del sentenciador. Luego, en una valoración conjunta de los medios probatorios así determinados, extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que ellos sucedieron. En ambos escalones deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado, por ello es que son variables en el tiempo y en el espacio, pero estables en el pensamiento humano y la razón. Este es el contenido de la sana crítica o su núcleo medular; son los aspectos que no pueden ser desatendidos"* (CS Rol N°396-2009).

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá, por tanto, la explicitación de aquellos medios de cuyo análisis se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar



las conclusiones a que llegare. Con lo anterior, el análisis y ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral, esto es, haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos, de la prueba producida por las partes en el juicio, tanto en la que sustenta su convicción, como aquella que es descartada, dejando explicitadas en la decisión las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas, teniendo especialmente en consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de la prueba rendida entre sí y de ésta con los demás antecedentes del proceso.

Resulta incuestionable el hecho que el legislador fijó su atención en dotar de garantías a las reglas de la sana crítica, con el objeto que fueran fácilmente observables. Pero del mismo modo, el aspecto fundamental queda determinado en precisar en la sentencia las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud le asignan valor o desestiman las pruebas rendidas en el proceso. Es el legislador quien se remite a tales parámetros, es él quien integra la ley con razones, principios, máximas y conocimientos y, por lo mismo, su inobservancia, transgresión, equivocada aplicación o



errónea interpretación puede dar origen a la interposición de los recursos que contempla la ley, puesto que cuando no se los cumple, no solamente se desobedecen sus determinaciones, sino que, además, se quebranta la ley, vulnerando las garantías que el legislador concede a las partes, con lo cual se contraviene el ordenamiento jurídico en general.

Octavo: Que, a la luz de lo expuesto, en concepto de esta Corte la referencia que los sentenciadores hacen a una ponderación "de manera holística", no es más que una apreciación sistemática de los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica, lo cual siempre exige que en la sentencia deban precisarse necesariamente las razones jurídicas, los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en cuya virtud se asigna valor o desestiman las pruebas rendidas en el proceso.

Es en este contexto y, a la luz de los parámetros ya analizados, que entregar a esta ponderación el calificativo de "holística", no exime a los sentenciadores de la obligación realizar una valoración comparativa de los medios de prueba rendidos, esto es, determinando el valor de convicción que tiene el conjunto de pruebas aportadas, contrastarlas, analizar en qué se oponen unas a otras y, finalmente, decidir cuáles de ellas resultan más convincentes. En otras palabras, establecer el mérito o



eficacia probatoria de los distintos antecedentes aportados en el proceso.

Noveno: Que tal ejercicio deductivo se observa claramente realizado en el fallo que se examina, el cual, conjuntamente con hacerse cargo de la prueba cuya ponderación llevó a tener por establecida la existencia del ilícito anticompetitivo, realiza un análisis de todas y cada una de las hipótesis alternativas propuestas por las requeridas, las cuales son descartadas, en algunos casos, con las propias probanzas que obran en el expediente y, en otros, sobre la base de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia que son explicitadas en cada uno de los supuestos.

Enseguida, no es posible olvidar que, en estos autos, como ocurre en muchos casos que versan sobre la misma materia, la prueba con que se cuenta no es de carácter directo, sino solamente indirecto, principalmente correos electrónicos, de modo que es su análisis global y comparativo aquello que permite arribar a la conclusión sobre la existencia de un acuerdo entre las partes, destinado a influir sobre los resultados de los concursos objeto de estos antecedentes.

Todas estas comunicaciones, aun cuando se trate de prueba indirecta, ponderadas de manera conjunta, según acertadamente viene resuelto, permiten concluir la efectividad del acuerdo imputado, su carácter único, la



voluntad conjunta de llevarlo a cabo y el objeto consistente en incidir sobre las adjudicaciones de diversos concursos relativos al servicio de extinción de incendios forestales.

Décimo: Que, en relación con lo anterior, cuestionan las requeridas que se hubiere establecido el carácter único del acuerdo, en circunstancias que cada uno de los episodios afectó variables distintas.

Sobre el particular, es efectivo y así se encuentra reconocido por la sentencia recurrida, que cada uno de los episodios afectó elementos diferentes, como son el precio y la participación en el mercado, entre otros. Sin embargo, resultó asentado el objeto común y los partícipes del acuerdo, como así también los ejecutivos involucrados, las comunicaciones entre ellos y la forma en que el pacto se implementaba. De esta manera, se estará en presencia de un acuerdo único cuando se ejecuten varios pactos que tengan un mismo objeto, entre un grupo medular de participantes, existiendo entre ellos un objetivo común, como fue en el presente caso el control de las identidades de las empresas adjudicatarias de los distintos concursos y el control de precios.

Tal como se ha señalado en otras oportunidades, en casos como aquel en estudio resulta difícil encontrar evidencia directa de la existencia de un plan global, sin perjuicio de lo cual éste ha podido ser inferido del mérito



de las probanzas extensamente detalladas en el fallo impugnado. No es posible soslayar, además, que la dificultad probatoria antes anotada se acrecienta en estos autos, por cuanto es un hecho de la causa que las mismas requeridas mantienen relaciones comerciales en España, de lo cual se sigue que un acuerdo destinado a tener efectos en el mercado chileno, pueda tener una explicación en hechos que, a su vez, tengan incidencia en un mercado distinto y que, por tal circunstancia, puedan ser desconocidos o no considerados en los elementos probatorios a disposición del Tribunal.

Undécimo: Que, a mayor abundamiento y en relación a la calificación de "único" que se ha atribuido al acuerdo, la unidad y pluralidad de acciones ha sido desarrollada por la doctrina penal, expresando que la unidad jurídica de acción se da en situaciones en que el hecho típico está compuesto por varias acciones u omisiones que se complementan. Así, se ha conceptualizado el delito permanente como "*aquellos en los que se crea una situación fáctica tal que cada momento de su duración puede ser imputado a consumación (...) crea una situación de hecho jurídicamente indeseable, cuya perduración en el tiempo depende de la voluntad del autor, pues éste podría ponerle fin si quisiera. Por tal motivo, el sujeto compromete dicha voluntad en un esfuerzo por mantener el estado de las cosas, y lo hace momento a momento en tanto éste se prolonga (...) con su actividad el*



sujeto crea la situación fáctica jurídicamente desaprobada; omitiendo hacerla cesar, provoca la perdurabilidad del efecto desvalorado por el ordenamiento" (Enrique Cury Urzúa. Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Año 1985, pág. 272).

El mismo autor se refiere al delito continuado expresando: *"se habla de delito continuado para referirse a varias acciones ejecutadas en tiempos diversos, cada una de las cuales, considerada en forma independiente, realiza completamente las exigencias de tipos delictivos de la misma especie, no obstante lo cual han de ser tratadas como un todo y castigadas como un solo hecho punible, en virtud de la relación especial que media entre ellas"* (Obra citada, pág. 275).

Duodécimo: Que la discusión se relaciona con la prescripción alegada por ambas requeridas toda vez que, según se plantea, de tratarse de hechos aislados y desvinculados entre sí, existiría una porción de ellos respecto de la cual se encontraría extinguida la acción.

Sin embargo, tal como ha resuelto esta Corte en otras oportunidades (a modo ejemplar, autos Rol N° 278-2019), la discusión en torno a tratarse de una única acción o de varias que se suceden en el tiempo, interrumpidas o no, para efectos de computar el plazo de prescripción, debe tomar en consideración que **la celebración de un nuevo pacto produce necesariamente el efecto de renovar la acción**



persecutoria, por la comisión de nuevos ilícitos que harían perder el tiempo transcurrido. Ello es concordante con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Ley N° 211, en orden a que el cómputo de la prescripción no se iniciará mientras se mantengan en el mercado los efectos imputables a la conducta objeto de la acción.

En consecuencia, aun cuando se ha establecido el carácter único del acuerdo, con el cual esta Corte concuerda, su separación en hechos distintos no tendría el efecto de hacer operar la prescripción, en los términos en que se ha planteado por las requeridas.

Décimo tercero: Que, establecida la existencia de un acuerdo y su carácter único, en relación al poder de mercado se debe tener presente que éste ha sido conceptualizado por la doctrina como "la capacidad que la misma [una empresa] tiene de influir sobre los precios vigentes en un mercado. Dicho poder de mercado puede aparecer tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir, una empresa puede tener poder de mercado como vendedora o como compradora de un bien o servicio (...) La existencia del poder de mercado tiene como implicancia principal el hecho de que la empresa que lo posee puede elegir entre vender (o comprar) los bienes a distintos precios (...) El grado de poder de mercado de una empresa está determinado por la forma de la demanda (o de la oferta) que enfrenta. Cuanto más sensibles sean las



cantidades demandadas (u ofrecidas) a los cambios en los precios, mayor será la capacidad de la empresa de fijar mejores precios sin resignar cantidades. Esta característica se conoce con el nombre de elasticidad de la demanda (o de la oferta). Se dice que una demanda es muy elástica si un pequeño aumento porcentual en el precio induce a los compradores a disminuir significativamente las cantidades adquiridas. Si, en cambio, un aumento relativamente grande del precio sólo hace que los demandantes reduzcan la cantidad que compran en una proporción pequeña, se dice que la demanda es inelástica" (Coloma, Germán. Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires (2003), pág. 32-33).

Otro autor ha señalado: "El término 'poder de mercado' hace referencia a la capacidad de una empresa (o de un grupo de empresas, actuando conjuntamente) de elevar el precio por encima de niveles competitivos, sin que disminuyan sus ventas tan rápido que el aumento del precio no resulte rentable y deba ser revertido (...) El método tradicional para probar el poder de mercado en los casos de Libre Competencia supone que primero se determine el mercado relevante en el que se calculará la cuota de mercado de la empresa demandada, luego se determine la cuota de la empresa en dicho mercado y, finalmente, se decida si ésta es lo suficientemente importante para inferir la existencia del grado requerido de poder de



mercado. Asimismo, podrían presentarse otras evidencias para reforzar o refutar la inferencia derivada de la cuota de mercado, tales como las utilidades de la demandada, la capacidad de nuevas empresas de entrar en el mercado o discriminaciones de precios llevadas a cabo por la demandada" (William L. Landes y Richard A. Posner. El poder de mercado en los casos de Libre Competencia. Revista Ius et Veritas N°26, año 2003, pág. 136 y siguientes).

Décimo cuarto: Que este concepto fue introducido por la Ley N° 20.361 que reemplazó en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 la frase "abusando del poder" por "que les confieran poder de mercado". En la tramitación del proyecto de ley, en el Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado se explica que con la nueva redacción de la letra a), los acuerdos que se celebren por los competidores "deben conferirles el poder para abusar en el mercado", de otro modo no debiera ser sancionable. Añade que "la exigencia de poder de mercado habrá que analizarla en cada caso, en su especialidad", puesto que el "poder de mercado alude a la capacidad de este conjunto de competidores de fijar condiciones de comercialización, de manera independiente al resto, con la posibilidad de abusar". Es así que la expresión "abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran" encuentra equivalencia en "los acuerdos (...) que les confieran poder



de mercado". (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.361, pág. 323).

En efecto, el elemento subjetivo del tipo sancionatorio, en que el o los sujetos activos del ilícito deben tener la voluntad de abusar del poder que les confieren en el mercado los acuerdos que celebren o ejecuten, encuentra su correspondencia en la nueva redacción, en el antecedente de que los acuerdos a que llegan los sujetos activos de la conducta, deben otorgarles influencia en el mercado. Sin el antecedente de la historia de la ley se podría pensar que de una conducta que exige probar un elemento subjetivo del tipo sancionatorio, se pasó a una conducta reprochada por el resultado, pero ello no se corresponde con la voluntad del legislador. La referencia al "poder de mercado" se concreta mediante acuerdos que desarrollen la capacidad de fijar condiciones de comercialización, de manera independiente al resto, que constituye una forma particular de abusar del poder de mercado, precisamente, por los acuerdos adoptados. Ambos elementos reposan en que los sujetos activos del actuar ilícito llegan a estructurar una voluntad común, expresa o tácita, destinada a celebrar o ejecutar conductas que les permitan hacer mal uso del poder que obtengan.

En este contexto, el mal uso o abuso del poder se encamina a concretar atentados contra la libre competencia y, de este modo, el legislador castiga a quien abusa o hace



mal uso de la capacidad que tiene de influir directamente en la fijación de precios de los bienes y servicios que produce, distribuye o vende, alterando las leyes de la oferta y la demanda en su beneficio y/o en perjuicio de terceros en un mercado determinado.

Décimo quinto: Que el poder de mercado, en este caso, está determinado por el hecho que las requeridas fueron, durante el período que se extendió el acuerdo, las principales oferentes del servicio acumulando, tal como se estableció como un hecho de la causa, casi la totalidad de las ventas, convirtiéndose en las únicas empresas prestadoras del servicio en este mercado, salvo las temporadas 2013 a 2015 en que entró un nuevo competidor sin capacidad para disputar gran participación. De este modo, se estableció también que pudieron eficazmente evitar la entrada de, a lo menos, un nuevo competidor para, de este modo, no ver amenazada su posición de mercado durante la época del acuerdo, suprimiendo así la competencia.

A la conclusión anterior no es obstáculo el hecho que sean las entidades demandantes quienes fijen ciertas condiciones y procedan a la redacción de los contratos, sobre la base de un presupuesto previamente definido, puesto que aquello, si bien podría influir por la vía de establecer un tope máximo al precio, no resulta suficiente para desvirtuar la existencia del acuerdo que incidió en un reparto del mercado, al controlar quiénes se adjudicaban



cada uno de los concursos y coordinar el suministro de los servicios, a fin de mantener análogas condiciones para su comercialización.

Décimo sexto: Que, encontrándose establecida la existencia de un acuerdo entre las requeridas cuyo objeto fue influir en los concursos llamados con el objeto de proveer el servicio de extinción de incendios forestales y, además, asentado que dicho acuerdo de carácter único les confirió poder de mercado y fue apto para producir efectos anticompetitivos, todo a la luz de lo establecido en el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, corresponde razonar en torno a las sanciones aplicables y, en primer lugar, respecto de la multa.

Décimo séptimo: Que el requerimiento de la FNE solicitó para Faasa Servicios Aéreos una multa de 3.000 Unidades Tributarias Anuales y para Martínez Ridao Chile Limitada una de 4.000 Unidades Tributarias Anuales, sin indicar las razones por las cuales realiza una diferencia en los montos, pero fijando, de todos modos, una cuantía concreta solicitada para cada una de las requeridas.

En relación a esto último, resulta útil tener en cuenta que la Fiscalía Nacional Económica es un servicio público descentralizado, creado por el Decreto Ley N° 211 y que tiene como una de sus funciones, conforme al artículo 39 letra c) de este cuerpo normativo, "*Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el*



orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad.

Ante la Corte Suprema, el Fiscal Nacional Económico, por sí o por delegado, podrá defender o impugnar los fallos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Respecto de las investigaciones practicadas por los Fiscales Adjuntos y de los cargos formulados por éstos, el Fiscal Nacional Económico podrá hacerlos suyos, ejerciendo sus funciones acusadoras ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o desestimarlos, con informe fundado a esta misma".

Por otro lado, el artículo 18 del señalado Decreto Ley, en cuanto a las formas como puede iniciarse el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señala como una de sus atribuciones "1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley". A ello se añade lo preceptuado por el artículo 20 inciso 2°: "El procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular, la que deberá ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía. El requerimiento o demanda deberá contener la exposición clara y determinada de los hechos, actos o convenciones que infringirían la presente ley e indicar el o los mercados en



que incidiría la presunta infracción. En el evento que la demanda o requerimiento no contenga las indicaciones señaladas previamente o cualquiera otra de las exigidas por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y demás reglas aplicables, el tribunal dará un plazo de tres días hábiles para que el demandante o requirente subsane dichas omisiones. Vencido el plazo anterior sin haber sido subsanadas las omisiones, el tribunal mediante resolución fundada podrá no admitir a tramitación la demanda o el requerimiento. Admitido el requerimiento o la demanda a tramitación, se conferirá traslado, a quienes afecte, para contestar dentro del plazo de quince días hábiles o el término mayor que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días".

A la luz de las normas transcritas, en concepto de esta Corte, **cuando la Fiscalía Nacional Económica opta por ejercer sus funciones de representación del interés general económico, fija la competencia del tribunal.** En efecto, se trata del organismo técnico a quien el ordenamiento jurídico otorga el ejercicio - si bien no exclusivo - de la acción en estas materias que, en este caso en particular, estuvo precedida por una investigación administrativa, de modo que la Fiscalía es aquella parte que precisamente se encuentra en la posición de aportar al tribunal los antecedentes precisos y concretos sobre eventuales afectaciones a la libre competencia, la influencia de éstas



en el mercado de que se trate y, consecuentemente, la determinación del castigo pecuniario u otras medidas que, conjuntamente con cumplir finalidades preventivo generales y especiales, propendan al restablecimiento de las condiciones competitivas.

Sólo de esta forma se entiende que el Decreto Ley N° 211 exija al requerimiento el cumplimiento de los mismos requisitos que una demanda, incluso remitiéndose al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil que, entre sus exigencias, contempla "*la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal*", presupuesto que demanda la referencia, en caso de solicitarse multas, de una suma precisa a la cual los sentenciadores deben atender.

Lo anterior permite cuestionar, desde ya, la circunstancia de haberse impuesto la cantidad de 6.100 Unidades de Fomento como sanción pecuniaria a Martínez Ridao Chile, en tanto tal cantidad sobrepasa aquella solicitada por el órgano persecutor.

Décimo octavo: Que, a continuación, uno de los criterios determinantes para la evaluación de la multa en la sentencia recurrida, fueron los ingresos totales obtenidos por las requeridas en cada uno de los episodios, los cuales permitieron al TDLC establecer un monto sobre el cual se aplicó un porcentaje de 16,7%, que permitió arribar al denominado "monto base" que sirvió para el cálculo



posterior y, luego de ser doblado, constituyó el monto de la multa fijada.

Lo anterior se detalló en el Cuadro N° 10, que se reproduce a continuación:

Episodio	Cliente	Temporadas	N° aviones	Adjudicatarios	Ingresos totales	Monto base Faasa	Monto base MR
1	Mininco	2009-2010 a 2011-2012	3 1, 2 y 3	Faasa MR	1.853.312 1.355.130	308.885	225.855
2	Celco	2010-2011 y 2011-2012 2010-2011 y 2011-2012 2012-2013 y 2013-2014	3 2 2	MR Faasa Faasa	1.731.880 1.268.073 1.531.973	466.674	288.647
3	Conaf	2011-2012	1	MR	363.825	0	60.637
4	Mininco	2012-2013 a 2014-2015	3	MR	4.954.197	0	825.699
5	Celco	2012-2013 a 2014-2015	4, 3 y 3	MR	4.466.246	0	744.374
6	Conaf	2014-2015 2014-2015	2 1	MR MR	1.228.416 839.208	0	344.604

Décimo noveno: Que, si bien conforme al artículo 26 letra c) del Decreto Ley N° 211, en su versión aplicable a estos hechos, uno de los criterios para la fijación de la cuantía de la multa es el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, tal parámetro no es el único, como tampoco puede interpretarse de una manera que se identifique solamente con los ingresos obtenidos producto de una operación concreta.

En efecto, si se examina el cuadro ya transcrito, podrá observarse que en los episodios 4 a 6 se indica que Faasa no habría obtenido ingresos, aun cuando se estableció



que, en todos ellos, incurrió en conductas anticompetitivas, consistentes en acordar precios, repartirse la provisión del servicio, ejercer presiones contra una empresa que quiso ingresar al mercado y abstenerse de participar o retirar su oferta en beneficio de Martínez Rídao, actuaciones que, bajo estos parámetros, quedarían en algunos casos sin sanción.

Lo anterior no sólo resulta inadmisibile desde el punto de vista de la protección a la libre competencia, sino que también contradictorio con las afirmaciones que el propio fallo contiene, en orden a que el ilícito anticompetitivo se consuma por la sola existencia de un acuerdo, independientemente de si éste produjo o no los efectos a que estaba destinado.

Vigésimo: Que, en efecto, en concepto de esta Corte, el hecho que en un episodio determinado Faasa no hubiera obtenido ingresos, producto de que, o se abstuvo de participar o retiró su oferta, no le resta participación en los hechos, toda vez que, según se ha asentado en la causa, tal retiro o abstención fue la circunstancia que propició la adjudicación por parte de MR y, por otro lado, la empresa mantuvo su participación en el mercado, de modo de erigirse siempre como un actor relevante en él.

En otras palabras, la participación en el ilícito anticompetitivo no puede atribuirse únicamente a quien resulta el destinatario de los beneficios o efectos de la



conducta, sino también a todos quienes que, aun sin favorecerse materialmente, contribuyen a su realización o a la producción de sus consecuencias.

Lo anterior se torna aún más relevante en el presente caso por cuanto, como se dijo, el vínculo entre las empresas no se agota en el mercado chileno, toda vez que existen otras relaciones comerciales en el hemisferio norte y, por tanto, tales beneficios podrían tener su manifestación material en territorios cuyas circunstancias son desconocidas para la magistratura chilena, contexto que no puede servir para impedir su sanción, en tanto hechos transgresores de los principios y normas que gobiernan la libre competencia.

Vigésimo primero: Que, en este escenario, considerando que no es posible establecer una mayor o menor culpabilidad de ninguna de las requeridas, los ingresos obtenidos producto de cada uno de los episodios resultan un aspecto relevante. Sin embargo, para esta Corte y, atendido lo razonado hasta ahora, es pertinente asignar la misma cantidad a cada una de las empresas, atendido que ambas colaboraron en la misma medida a la materialización de hechos que tuvieron incidencia en un mercado tan sensible para el país como la extinción de incendios forestales, por la potencial afectación a la vida y la propiedad de las personas, y que representan la más grave violación a los principios que rigen la libre competencia, más aun teniendo



presente que se trató de aquellas entidades con la más alta participación en el mercado, quienes mantuvieron una conducta que se concretó por un extenso período de tiempo (años 2009 a 2015).

Preciso es hacer constar, además, que en esta materia es del todo relevante el efecto disuasivo que se espera de la sanción que se imponga, en tanto desincentive de persistir en conductas como las investigadas, pese a la potencialidad de beneficios que pudieran significar.

Todo lo anterior, particularmente en relación a la gravedad de la conducta y factores que permiten integrar esa calificación, conducirán a desestimar las alegaciones formuladas por Faasa Chile Servicios Aéreos Limitada, con miras a obtener la reducción del monto de la multa impuesta en el fallo impugnado.

Vigésimo segundo: Que la equiparación anterior debe unirse al hecho que el monto impuesto por la sentencia impugnada a Martínez Ridao Chile Limitada excede las pretensiones de la FNE quien, como ya se adelantó, tampoco esgrimió argumento concreto alguno para realizar una diferencia en la imputación a cada una de las requeridas, más aun considerando que sus participaciones de mercado fueron variables durante el período investigado, verificándose temporadas en que la predominancia la tenía Faasa (2008 a 2012) y otros donde la mayor participación radicó en Martínez Ridao (2012-2015), todo lo cual obliga a



acoger parcialmente la pretensión de esta última y proceder, por tanto, a la rebaja de la sanción pecuniaria impuesta, adoptando esta Corte, para ambas requeridas, el monto originalmente arribado por la sentencia impugnada, esto es, 1.900 Unidades Tributarias Anuales, cuantía que, en concepto de estos sentenciadores, refleja adecuadamente la gravedad de la conducta y la equiparación de culpabilidades antes anotada.

Vigésimo tercero: Que, en cuanto a la fijación del monto, Martínez Rídao señaló que colaboró en la investigación, dando respuesta de todos los requerimientos; profesionalizó la prestación de los servicios; que hubo yerros en la consideración del beneficio económico y no existe reincidencia. Añade también que la solicitud de un programa de cumplimiento no fue objeto de la petición de la FNE, razón por la cual pide que la orden en ese sentido, sea dejada sin efecto.

Por su parte, Faasa alegó que prestó colaboración con la FNE, asistiendo cada vez que fue citada a prestar declaración y actuando de manera voluntaria y proactiva; implementó un programa de cumplimiento; incrementó los estándares de la industria, con mejores aeronaves y precios y, a la vez, reprocha una falta de ponderación del contrapeso que representaban los grupos económicos forestales que demandaban sus servicios.



Todas estas circunstancias fueron analizadas por el TDLC en los motivos 360° y siguientes de la sentencia impugnada, donde se explica en detalle que los sentenciadores concuerdan con la FNE en que se trata de una conducta particularmente relevante, de modo que la cuantía de la multa requiere cumplir fines preventivos generales y especiales. Por otro lado, se ponderaron los informes presentados por cada una de las requeridas y se explica en detalle las razones que permiten descartar sus conclusiones, para luego señalar que no concurre circunstancia alguna que justifique la rebaja solicitada, toda vez que la colaboración que se dice haber prestado no ha ido más allá de un deber legal de cumplir con las cargas públicas que impone la ley.

A todo lo anterior, se añaden las consideraciones formuladas en relación a la particular gravedad del ilícito, plasmadas a lo largo de la presente sentencia.

Vigésimo cuarto: Que, respecto de la existencia de un programa de cumplimiento, esta Corte ya manifestó con anterioridad en autos CS Rol N° 9.361-2019, que aquel corresponde a un conjunto de políticas, prácticas y procedimientos tendientes a asegurar que al interior de un agente económico se observen las normas protectoras de la libre competencia. Se trata, esencialmente, de un instrumento que, por un lado, manifiesta la intención corporativa de respeto a la legislación en esta materia y,



por otro, tiene una finalidad esencialmente preventiva, estableciendo mecanismos sancionatorios únicamente para aquellos casos en que tal labor de prevención ha fracasado. De este modo, su inclusión en la sentencia no configura un exceso en las facultades legales otorgadas al TDLC, en tanto se trata de una condición que precisamente se impone para restaurar el imperio de la libre competencia, quebrantado por el accionar de las requeridas.

En este contexto, **acierta el fallo cuando resta efectividad al programa invocado por Faasa, en tanto éste fue recién implementado durante el año 2019 y, por lo tanto, no se trató de un programa preexistente,** cuya implementación pudiera considerarse para construir una circunstancia atenuante de responsabilidad. En este escenario, los requisitos que formula la sentencia a su respecto son los mínimos para que pueda calificarse como un plan completo, real y serio, que sea eficaz en prevenir conductas contrarias a la libre competencia y, así, será la etapa de cumplimiento del presente fallo, la sede donde deba examinarse si aquel presentado por Faasa cumple o no con dichos presupuestos.

Vigésimo quinto: Que, sin embargo, corresponde razonar en torno a la condición impuesta en la letra f), relativa a auditorías de libre competencia que comprendan una revisión de *"i) las casillas de correo electrónico corporativos y los registros de llamados a través de teléfonos*



corporativos de las personas señaladas en la letra c) precedente", esto es, "directores, administradores, gerentes, subgerentes y, en general, a los ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial", cuya eliminación ha sido solicitada por Martínez Rídao.

Sobre el particular, las cuentas de correos electrónicos personales, aun cuando sean provistas por la empresa, gozan de la debida expectativa de privacidad respecto de sus mensajes, por estar destinadas precisamente al intercambio de comunicaciones personales entre su usuario y quienes sean sus receptores. En este contexto, los mensajes que se intercambien constituyen comunicaciones privadas, cuyo fundamento legal se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, naturaleza independiente de la calidad de las personas que la realicen, es decir, aun cuando la emita un funcionario de la empresa, habiendo provisto esta última de los medios para ello, no altera su carácter de privado, desde que se realizan por un canal cerrado, en el cual sólo tienen acceso los intervinientes del mismo, protección constitucional que resguarda la comunicación respecto de toda persona, sin distingo alguno e independiente del medio a través del cual se realiza. El mismo principio puede aplicarse respecto de las comunicaciones telefónicas.



En consecuencia, corresponde concluir que los correos y llamados de cuya auditoría se trata, corresponden a comunicaciones y documentos privados, carácter que se desprende de su propia condición de mensajes particulares intercambiados por individuos determinados que sólo pueden acceder a ellos en cuanto titulares de una cuenta de correo o línea telefónica que les es exclusiva en su uso y en la medida en que a ellos sean dirigidos.

Lo anterior no significa afirmar que tales comunicaciones no puedan ser auditadas bajo ningún supuesto en tanto, de existir indicios graves de que, a través de ellas, se ha configurado un ilícito anticompetitivo, siempre queda a salvo la facultad de la Fiscalía Nacional Económica, consagrada en la letra n) del artículo 39 del Decreto Ley N° 211, esto es, solicitar la autorización judicial, para la práctica de medidas intrusivas que pueden recaer sobre toda clase de objetos, documentos y, por cierto, también correos electrónicos y registros de llamados.

Vigésimo sexto: Que como última petición, las reclamantes solicitan que se les exima del pago de las costas, por haber tenido motivo plausible para litigar. Sin embargo, conforme al artículo 26 del Decreto Ley N° 211, sólo será susceptible de recurso de reclamación la sentencia definitiva, naturaleza jurídica de la cual no participa aquella parte de la decisión que condena o exime



del pago de las costas, lo cual torna al arbitrio en inadmisibile en esta parte.

A mayor abundamiento, tampoco es posible aceptar la referida solicitud, por cuanto las requeridas han sido condenadas al pago de sendas multas, desde que se acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, en razón de haber incurrido en las conductas de que se les acusa, con infracción de lo dispuesto en el artículo 3° inciso 1° y 2° letra a) del Decreto Ley N° 211, sin que se pueda sostenerse, por tanto, que tuvieron motivo plausible para litigar.

Por estos fundamentos, normas legales citadas y lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N° 211, se resuelve:

I.- Se rechaza el recurso de reclamación deducido por Faasa Chile Servicios Aéreos Limitada.

II.- Se acoge el recurso de reclamación deducido por Martínez Ridao Chile Limitada, **sólo en cuanto** se decide:

a) Que el monto de la multa a que queda condenada, asciende a 1.900 Unidades Tributarias Anuales.

b) Que se elimina, para ambas requeridas, la exigencia contenida en el numeral i) de la letra f) del considerando 339°, relativo a la auditoría de los correos electrónicos y registros de llamados que allí se indican.

Se previene que el Ministro señor Matus comparte el acuerdo y fallo de la causa, salvo en cuanto a la letra a)



del resolutivo segundo y los considerandos décimo noveno a vigésimo segundo, pues estima que no siendo posible establecer una mayor o menor culpabilidad de ninguna de las requeridas, los ingresos obtenidos producto de cada uno de los episodios resultan un aspecto relevante a considerar en la cuantía de una multa impuesta dentro del rango legal y sin exceso de los solicitados por la Fiscalía Nacional Económica.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Carroza y la prevención, de su autor.

Rol N° 7.600-2022.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sr. Jean Pierre Matus A. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro Sr. Matus por estar con feriado legal.

SERGIO MANUEL MUÑOZ GAJARDO
MINISTRO

Fecha: 26/07/2023 17:42:33

ANGELA FRANCISCA VIVANCO
MARTINEZ

MINISTRA

Fecha: 26/07/2023 17:42:34

ADELITA INES RAVANALES
ARRIAGADA

MINISTRA

Fecha: 26/07/2023 17:42:34

MARIO ROLANDO CARROZA
ESPINOSA

MINISTRO

Fecha: 26/07/2023 17:42:35



Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Angela Vivanco M., Adelita Inés Ravanales A., Mario Carroza E. Santiago, veintiséis de julio de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veintiséis de julio de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

