En lo principal, recurso de reclamación; **en el primer otrosí,** acompañan anexo; y, **en el segundo otrosí,** delega poder.

Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Tomás Pérez Lasserre y **Sergio Fuentealba Cortés**, abogados, en representación de **Faasa Chile Servicios Aéreos Ltda.** ("Faasa Chile" o la "Compañía")[1], en autos contenciosos caratulados "**Requerimiento de la FNE en contra de FAASA Chile Servicios Aéreos Ltda. y otra**" rol **C-358-2018**, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("H. Tribunal", "H. TDLC" o "TDLC") respetuosamente decimos:

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 27 del Decreto Ley N°211 ("DL 211"), y, dentro de plazo, deducimos recurso de reclamación ("Reclamación") en contra de la Sentencia N°179/2022 del H. Tribunal, notificada a la Compañía el 26 de enero de 2022, y luego rectificada de oficio por el H. Tribunal el 28 de enero de 2022 (la "Sentencia").

Solicitamos, en mérito de los antecedentes que se expondrán en esta presentación, que se revoque la Sentencia por parte de la Excma. Corte Suprema, y, en su reemplazo:

(i) Que se rechace el requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 2 ("FNE" y "Requerimiento", respectivamente), en función de los antecedentes de hecho, económicos y jurídicos expuestos en la contestación presentada por Faasa Chile a fojas 98 (la "Contestación"), y de la contundente prueba rendida a lo largo del proceso, cuyo análisis sistemático consta en la presentación de fojas 3.786 ("Observaciones a la Prueba"); todas presentaciones que damos por íntegramente reproducidas;

(ii) En subsidio, que se acoja la excepción de prescripción opuesta en la Contestación; y,

(iii) Finalmente, en subsidio de todo lo anterior, ***(a)*** que se reduzca la sanción impuesta a la Compañía en función de las consideraciones que fueron acreditadas en el curso del proceso, pero que no fueron consideradas al momento de dictar la Sentencia; y/o ***(b)*** que se deje sin efecto respecto de Faasa Chile la medida impuesta en el resuelvo 5) de la parte resolutiva, en lo que se refiere a la obligación de implementar un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia.

Todo lo anterior, en función de los antecedentes que serán expuestos a continuación.

---

[1] Tenga presente, H. Tribunal, que en 2018 la Compañía cambió su razón social a Pegasus South America Servicios Integrales de Aviación SpA.

I.
Síntesis de la Sentencia

En la Sentencia, el H. Tribunal acogió el Requerimiento, y, desechando las excepciones, alegaciones y defensas opuestas por Faasa Chile, **(i)** condenó a nuestra representada al pago de una multa ascendente a 1.900 Unidades Tributarias Anuales ("UTA"); **(ii)** impuso a Faasa Chile la obligación de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que cumpla con las características descritas en el considerando 339° de la Sentencia; esto último, con el voto en contra de los ministros señores Paredes y Barahona, y con la prevención de la ministra señora Domper de excluir de dicho programa de cumplimiento las obligaciones individualizadas en el literal (f) del numeral (i) del considerando 339°; y, finalmente, **(iii)** se condenó en costas a Faasa Chile.

Dicha condena se justificó, de acuerdo con el tenor de la Sentencia, en la circunstancia de que nuestra representada y Martínez Ridao Chile Limitada ("Martínez Ridao" y, en conjunto con Faasa Chile, las "Requeridas") habrían incurrido en un "*acuerdo único y continuado*"[2] de "*reparto de mercado*"[3] que se habría verificado entre los años 2009 y 2015[4]. Para arribar a dicha conclusión, se señala en la Sentencia que los diferentes episodios descritos en el Requerimiento[5] **(i)** habrían tenido un "*único objeto*"; **(ii)** que en ellos habría intervenido el mismo grupo medular de participantes; **(iii)** entre quienes habría existido una misma forma de comunicación; y, **(iv)** que todos los episodios se habrían ejecutado en el mismo ámbito geográfico[6].

Se afirma en la Sentencia que la prueba rendida en el proceso habría demostrado la presencia de un "*acuerdo de reparto de mercado*"[7], siendo esto último el supuesto fáctico que constituye el "*objeto único*"[8] de la conducta sancionada. Y es, en esencia, en función de ese supuesto "*objeto único*" de "*reparto de mercado*" que se arriba a las demás conclusiones del fallo.

Luego, la Sentencia analiza cada uno de los seis episodios concretos que fueron objeto de la acusación, desechando las defensas y explicaciones alternativas ofrecidas en la Contestación, y señalando las razones por las que, en concepto del H. Tribunal, cada uno de esos episodios podía enmarcarse en aquel *"acuerdo único y continuado"* de "*reparto de mercado*" sobre el que discurre toda la Sentencia.

Posteriormente, se analizan los restantes elementos necesarios para la configuración de una infracción al literal a) del inciso segundo del artículo 3° del texto del DL 211 que resulta aplicable en la especie[9]. Se concluye **(i)** que el supuesto acuerdo habría conferido poder de

---

[2] Véanse considerandos 24° a 34° y considerandos 55° a 81° de la Sentencia.
[3] Considerando 280° de la Sentencia.
[4] Ibid., c. 80°.
[5] Dichos episodios son analizados uno a uno entre los considerandos 82° y 260° de la Sentencia.
[6] Considerando 56° de la Sentencia.
[7] Ibid., c. 280°.
[8] Ibid., c. 74°.
[9] Ibid., c. 11°-17°.

mercado a las Requeridas[10]; **(ii)** que la excepción de prescripción opuesta por Faasa Chile debía ser desechada dada la existencia del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" que se tuvo por acreditado[11]; y, **(iii)** que el beneficio económico percibido por Faasa Chile producto del referido acuerdo habría ascendido a 950 UTA, correspondiendo imponer una sanción equivalente al doble de dicha suma[12]. Al respecto, en la Sentencia se desechan las circunstancias atenuantes opuestas a modo de defensa en la Contestación[13].

II.
La Sentencia incurre en dos vicios procesales que, contraviniendo la garantía del *debido proceso*, han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo – (i) grave infracción al principio de *congruencia*, y, (ii) errada e indebida valoración de la prueba aportada por la FNE

De una revisión de la Sentencia se observa que todas sus conclusiones fácticas se extraen de la premisa –también fáctica– de que en la especie se habría verificado un "*acuerdo único y continuado*"[14] de "*reparto de mercado*"[15] entre los años 2009 y 2015[16]. En efecto, el H. Tribunal llegó a la convicción de que entre las Requeridas existió el ya señalado *"acuerdo único y continuado"* de *"reparto de mercado"* para luego, sobre la base de esa premisa fáctica, y siempre mirando desde esa posición, analizar todos los demás antecedentes de hecho contenidos en la acusación, y, en última instancia, sancionar a nuestra representada.

Pues bien, según se expondrá a continuación, en la adopción de esa conclusión principal, la Sentencia incurrió en dos vicios procesales que dan cuenta de una grave infracción a la garantía constitucional del *debido proceso*; vicios sin los cuales no se podría haber fallado la presente causa del modo en que ello ocurrió.

El primero de dichos vicios queda de manifiesto al observar que nuestra representada fue sancionada por una conducta diferente de aquella que fue objeto de la acusación de la FNE, y de la que esta parte simplemente no pudo defenderse por esa misma razón. El segundo, con que prácticamente toda la prueba en la que se sustentó el acuerdo sancionado no fue sometida al escrutinio procesal que el *debido proceso* exige en esta sede; vicio al que esta parte se refirió detalladamente en el curso del proceso[17], pero sobre el que no existió pronunciamiento alguno en la Sentencia.

II.1. Infracción al *principio de congruencia*. La Sentencia condenó a las Requeridas por haber incurrido en un supuesto "*reparto de mercado*", en circunstancias de que esa imputación no se encuentra en el Requerimiento

[10] Ibid., c. 277° - 298°.
[11] Ibid., c. 299° - 305°.
[12] Ibid., c. 306° - 339°.
[13] Ibid., c. 335° - 336°.
[14] Véanse considerandos 24° a 34° y considerandos 55° a 81° de la Sentencia.
[15] Considerando 280° de la Sentencia.
[16] Ibid., c. 80°.
[17] Véase Observaciones a la Prueba, pp. 65-80.

II.1.1. El principio de *congruencia* y su aplicación en sede de libre competencia

Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales más relevantes, la *congruencia* es el principio según el cual debe existir conformidad entre todos los actos del procedimiento que, aisladamente considerados, componen el proceso. Este principio tiene diferentes fundamentos, ámbitos de aplicación y objetivos, pero, en esencia, busca vincular a las partes y al juez con el debate, circunscribiéndolo[18]. Así analizada, la *incongruencia* es entendida como la falta de correspondencia entre las pretensiones de las partes, sea estas acciones o excepciones, y la parte dispositiva de la sentencia judicial[19].

Lo que plantea el principio de *congruencia*, por tanto, es que tiene que existir una correlación entre las pretensiones de las partes y lo que luego se concede en la sentencia[20]. Lo anterior, bajo la máxima de que "*los litigantes someten sus pretensiones al tribunal en los escritos relevantes del proceso: el actor en su demanda y el demandado en el de su contestación a la misma, como se desprende de los literales 4° del artículo 254 y 3° y 4° del 309, del citado Código*"[21].

Se sanciona la transgresión de la *congruencia* por cuanto se entiende que aquella constituye una garantía para las partes a la vez que un límite para el juez, al erigirse como un instrumento que previene posibles arbitrariedades decisionales. Según sostiene el profesor Jordi Nieva, "[s]*i las partes no dispusieran del objeto del proceso, el juez podría hacer lo que le viniera la gana con sus pretensiones en el sentido más amplio. Sin embargo, las partes le marcan al juez inexorablemente los márgenes del camino que tiene que seguir*"[22].

Pero, también, el *derecho a defensa* tiene una importancia relevante en este contexto, pues el principio bajo análisis pretende impedir un contenido súbito de la condena[23]. El órgano jurisdiccional no puede sorprender a las partes concediendo o denegando pretensiones que no han sido discutidas en el proceso. En ese escenario, las partes se verían fatalmente privadas de la posibilidad de exponer sus alegaciones sobre aquello que no han tenido la oportunidad de debatir, vulnerándose así su *derecho a defensa*[24]. Es por esa razón, que se considera que la *congruencia* es "*un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento, que da contenido al derecho a ser oído o a la debida audiencia de ley*"[25].

Luego, el principio de *congruencia* es "*un límite para el juez, que otorga seguridad y certeza para evitar arbitrariedades y, por lo mismo, configura un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento*"[26].

---

[18] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°5.128-2016, considerando 11°.
[19] Alejandro Romero Seguel, Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo IV, 2017, pp. 87 y 88; véase también, Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, p.535, citado por Hugo Botto, La Congruencia Procesal, 2006, p.128.
[20] Jordi Nieva Fenoll, Derecho Procesal II, 2019, p. 286.
[21] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°19.055-2018.
[22] Ibid., p. 287.
[23] Véase, Francesco Carretta Muñoz, La Coherencia en el Proceso Civil, 2013, p. 56.
[24] Ibidem.
[25] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°2.578-2014, considerando 5°
[26] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°36.507-2019, prevención del Sr. Ministro Sergio Muñoz y Sra. Ministra Ángela Vivanco.

Desde la perspectiva doctrinaria, se plantea que la *congruencia* procesal debe verificarse en al menos tres dimensiones: **(i)** la *subjetiva* –es decir, la sentencia debe ser pronunciada respecto de todas las partes que son individualizadas en la acusación, o que intervienen en el curso del proceso–; **(ii)** la *objetiva* –la sentencia debe pronunciarse sobre el *petitum* de la acusación, en términos de absolver o condenar al demandado–; y, **(iii)** respecto de la *causa de pedir* –esto es, el pronunciamiento debe limitarse a la acusación concreta, en los términos en que ha sido planteada según los antecedentes fácticos sobre los que se construye–[27].

A la inversa, en general, se considera que una sentencia deviene en *incongruente,* **(i)** cuando otorga más de lo pedido por el demandante; **(ii)** si no otorga lo solicitado, excediendo la oposición del demandado, o, **(iii)** en casos en que el fallo no resuelve los puntos objeto de la litis, o se extiende a puntos que no fueron sometidos a la decisión del tribunal[28].

Llevado a la materia que nos convoca –el ámbito sancionatorio– se ha fallado que "*resulta indispensable que se dé a conocer la conducta reprochada, la cual constituye el centro del litigio: el requirente destinará sus esfuerzos para acreditar sus extremos y el imputado para desvirtuar los antecedentes que se esgrimen en su contra*"[29]. Por lo mismo, se entiende que, en esta sede, la *congruencia* debe ser analizada, como cuestión inicial, en función de la acusación que da inicio al respectivo proceso contencioso: "[e]*n el Derecho Administrativo-Económico y en este caso en torno a la libre competencia, es relevante sostener que las partes y el Tribunal quedan vinculados a los hechos en que se sustenta la controversia, los cuales han sido precisados en todos sus contornos en el requerimiento* […]"[30].

En lo concreto, es posible identificar varios parámetros jurisprudenciales a los que resulta pertinente recurrir para identificar cuándo se entiende infringido el ya señalado principio de *congruencia*, y cuándo no:

(i) La *congruencia procesal* se rompe en materia sancionatoria cuando "*se castiga un acuerdo sin que éste hubiera sido acreditado en la forma en que fue expuesto en el requerimiento*"[31];

(ii) También se verifica dicho vicio cuando la falta de coherencia entre la acusación y respectiva sentencia incide en el régimen sancionatorio aplicable, **cuando altera la configuración del pacto colusorio acusado**, o afecta la extensión del acuerdo[32];

(iii) No se infringe este principio cuando simplemente existen diferencias entre los razonamientos jurídicos expuestos por las partes y los recogidos por el órgano jurisdiccional en su sentencia. En cambio, dicha infracción sí se verificará cuando el

---

[27] Alejandro Romero Seguel, Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo IV, 2017, pp. 88 y 89.
[28] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°2.578-2014, considerando 5°.
[29] Ibid., c. 7°. Salvo que se indique lo contrario, los énfasis han sido agregados por esta parte.
[30] Ibidem.
[31] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°5.128-2016, considerando 19°. Véase también, Andrés Fuchs Nissim, Relevancia y Admisibilidad de la Prueba en Libre Competencia. En: Fiscalía Nacional Económica. Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica, 2017, pp. 297-303.
[32] Ibidem.

juez, alterando tales razonamientos jurídicos, desatiende el objeto y la causa de la acusación[33]; y,

(iv) Diferencias en la denominación técnica que se otorgue a un acuerdo colusorio no vulneran el principio de *congruencia*, en la medida en que esa alteración en el título no afecte el sustrato de la conducta imputada. Por ejemplo, cuando ambas calificaciones técnicas son demostrativas del acatamiento –por parte de las entidades demandadas– de la misma regla de conducta acusada. A la inversa, alteraciones en esa denominación técnica sí podrían tornar una sentencia en incongruente, cuando su aplicación exige alterar el sustrato de lo que se acusa[34].

Habiéndose desarrollado brevemente los parámetros jurisprudenciales que conforman esta materia, a continuación, se expondrán las razones que demuestran que la Sentencia infringe gravemente el principio de *congruencia*, al haber condenado a Faasa Chile por haber incurrido en un supuesto "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" que alteró –más allá de una mera denominación técnica o de un razonamiento jurídico– la configuración del acuerdo colusorio contenido en el Requerimiento y respecto del cual esta parte se defendió y rindió prueba.

II.1.2. Análisis comparativo de lo acusado por la FNE, de las diversas actuaciones del proceso, y de lo fallado en la Sentencia

Corresponde ahora hacer un análisis comparativo, a la luz de lo expuesto *supra*, entre **(i)** la acusación de la FNE; **(ii)** la Contestación de Faasa Chile; **(iii)** la resolución que recibió la causa a prueba; y, **(iv)** el acuerdo sancionado en la Sentencia.

II.1.2.1. En el Requerimiento se acusó a Faasa Chile de haber sido parte de un acuerdo innominado y anómalo, integrado de actuaciones con objetos disímiles que, según la FNE, daban cuenta de una "voluntad común" que no está explicitada en el libelo

En el inicio del Requerimiento es posible encontrar la siguiente afirmación:

> "Las Requeridas infringieron el artículo 3 incisos primero y segundo letra a) del DL 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 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 periodo referido"[35].

Idénticos pasajes se pueden identificar a lo largo de todo el texto del libelo:

---

[33] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°5.128-2016, considerando 11°.
[34] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°9361-2019, considerando 8°.
[35] Página 2 del Requerimiento. En el mismo sentido, véanse páginas 5 y 13 del Requerimiento.

> "Los hechos descritos precedentemente dan cuenta de un concierto de voluntades verificado entre las Requeridas en orden a actuar coordinadamente en el mercado chileno de servicios de combate y extinción de incendios forestales prestado mediante aviones cisterna, entre los años 2009 y 2015, determinando conjuntamente condiciones de comercialización, precios y la participación de oferentes en procesos de contratación públicos y privados. De dicha forma, se asignaron contratos en el mercado en el periodo referido"[36].

Así, de los pasajes transcritos se extrae indudablemente que la acusación que la FNE describió en el Requerimiento y que dirigió en contra de Faasa Chile, consistía en **(i)** un supuesto "*acuerdo único y continuado*"; **(ii)** que se habría implementado mediante una "*actuación conjunta*" de Faasa Chile y Martínez Ridao; **(iii)** entre los años 2009 y 2015; **(iv)** que habría afectado determinados procesos específicos de contratación por medio de los cuales los demandantes de servicios de extinción de incendios forestales asignaron o adjudicaron contratos a proveedores de dicho servicio; y, **(v)** el propósito que habría motivado esa actuación común –esto es, el *objeto* del *"acuerdo único y continuado"* acusado– habría sido uno complejo, mixto, compuesto de una combinación de tres elementos claramente identificables: ***(a)*** definir condiciones de comercialización, ***(b)*** definir precios, y, ***(c)*** definir la participación de oferentes en los procesos de contratación concretos que se describen en la acusación. Tales objetivos anticompetitivos se habrían verificado, conjunta o individualmente, según el caso, en cada uno de los seis episodios.

Estos fueron, por ende, los elementos fácticos que abrieron el debate, y aquellos sobre los que Faasa Chile elaboró su defensa. En efecto, y sólo a modo ilustrativo, nótese que en la Contestación[37] esta parte sostuvo lo siguiente:

> "Del análisis de dichos episodios, y de la explicación que se ha entregado a los mismos en esta Contestación, no es posible inferir que entre las Requeridas haya existido una '*fiel expresión de voluntades*' o '*decisión conjunta*', materializada para la '*obtención de beneficios*'. Mucho menos que dicha supuesta '*voluntad conjunta*' hubiese reunido las exigencias de organización y coordinación propias de un *cartel* […][38]"
>
> "En este sentido, incluso si asumiéramos hipotéticamente por un segundo que todo lo sostenido en el Requerimiento fuera efectivo -cuestión que, en cualquier caso, negamos- no se entiende cómo los hechos puntuales que se relatan serían demostrativos de una sola y única voluntad y decisión conjunta de las Requeridas, materializada con el propósito de afectar el mercado de extinción y combate de incendios forestales por medio de aviones cisterna durante seis años consecutivos.
>
> Como se aprecia, en realidad, se trata de hechos que -además de no ser constitutivos de acuerdos anticompetitivos por sí mismos- fueron específicos, aislados, diferidos en el tiempo, involucraron a clientes distintos, habrían tenido objetos y resultados absolutamente disímiles, y que no guardaron relación alguna entre sí. No existe en el relato de la FNE *patrón* o elemento alguno que permita entender cómo episodios tan distintos uno del otro, separados en el tiempo, podrían en realidad ser una manifestación

[36] Ibid., p. 22.
[37] Véase Contestación, pp. 64 y siguientes.
[38] Contestación, p. 65.

> de un solo gran ardid, planeado e implementado por las Requeridas durante un período tan largo"[39].

Este entendimiento de la acusación, por lo demás, fue ratificado por la FNE al contestar el traslado a las excepciones dilatorias opuestas por Martínez Ridao:

> "Siguiendo los requisitos definidos por el H. Tribunal para considerar una acción infraccional como inteligible, es posible concluir que el Requerimiento de autos satisface todos y cada uno de ellos atendido que: (i) **se exponen circunstanciada y claramente los antecedentes del caso, las conductas imputadas y su época de ocurrencia** [**5**]; (ii) se describe la industria y se indica el mercado relevante en que las conductas imputadas a las Requeridas tuvieron efecto y; (iii) **se enuncian las razones por las cuales los hechos imputados impidieron, restringieron y/o entorpecieron la libre competencia**"[40].

Nótese que, desarrollando la expresión *"se exponen circunstanciada y claramente los antecedentes del caso, las conductas imputadas y su época de ocurrencia"*, la FNE señaló lo siguiente en el pie de página N°5 de esa presentación:

> "De la lectura del Requerimiento se desprende inequívocamente que este Servicio acusa a las Requeridas de haber actuado conjuntamente en el mercado chileno de servicios de combate y extinción de incendios forestales prestado mediante aviones cisterna, entre los años 2009 y 2015, **determinando condiciones de comercialización, precios y la participación de oferentes en procesos de contratación públicos y privados**"[41].

II.1.2.2. Toda la actividad probatoria del juicio quedó circunscrita al supuesto acuerdo de actuación conjunta cuyo objeto habría sido determinar condiciones de comercialización, precios, y la participación de oferentes en procesos de contratación

Fue, también, en función de esa descripción fáctica que se desarrolló toda la actividad probatoria de autos. Así se desprende del recurso de reposición deducido en contra del auto de prueba por la Compañía:

> "Sobre el particular, tal como esta parte sostuvo en la contestación al requerimiento formulado por la FNE en contra de Faasa Chile y Martinez Ridao ('Requerimiento'), el mismo resulta particularmente ambiguo a la hora de referirse a una serie de aspectos necesarios para configurar la infracción perseguida, como, por ejemplo, el objetivo específico del supuesto cartel, su modo de implementación, o la fecha de inicio y término del mismo […]
>
> Los diversos y consistentes pasajes del Requerimiento que hemos transcrito evidencian que la imputación fáctica de la FNE es que en la especie habría existido un solo acuerdo entre las Requeridas, y sobre la base de dicha premisa se construyó el petitorio del Requerimiento y, asimismo, las Requeridas lo contestaron. La presente litis se trabó, entonces, en función de un supuesto claro, que no admite lugar a dudas, que viene dado por la eventual existencia de un acuerdo único entre Faasa Chile y Martínez Ridao"[42].

---

[39] Ibidem.
[40] Traslado a excepciones dilatorias, fojas 269.
[41] Ibid., nota al pie N°5, fojas 269.
[42] Reposición al auto de prueba de fojas 673, pp. 2 - 5.

Fue en función de esos argumentos que el H. Tribunal acogió parcialmente el recurso de reposición de Faasa Chile, disponiendo al efecto:

> "A fojas 673: ha lugar a la reposición deducida, solo en cuanto se reemplaza la expresión 'uno o varios acuerdos del punto de prueba número 2 de la resolución de fojas 636 por la frase '[d]el acuerdo imputado'. […]"[43].

Y fue también lo que la FNE entendió que arrojó la prueba rendida en el proceso, según se desprende de su escrito de observaciones a la prueba de fojas 4.298 ("Observaciones a la Prueba FNE"), al explicar lo que en su concepto habría sido el "*objeto del cartel*"[44].

> "[…] Como veremos en detalle a lo largo de la presentación, tanto las empresas participantes, como los ejecutivos involucrados, el servicio afectado, la forma de comunicación y el ámbito geográfico se mantuvieron inalterados durante el periodo requerido. Asimismo, **el objetivo de la conducta concertada, esto es, la adjudicación anticompetitiva de contratos en el mercado de prestación de servicios de combate de incendios mediante aviones cisterna**, estuvo presente en cada uno de los episodios señalados en el Requerimiento"[45].
>
> "En el marco de este acuerdo colusorio, las Requeridas determinaron: (i) precios ofrecidos en procesos de contratación de servicios de combate y extinción de incendios mediante aviones cisterna; (ii) otras condiciones de comercialización ofrecidas en procesos de contratación de servicios de extinción y combate de incendios mediante aviones, tales como el número de aviones ofertados; (iii) la participación de oferentes en los referidos procesos de contratación, ya sea, (a) absteniéndose una de ellas de participar, con el objeto de favorecer la postulación de la otra requerida, o (b) coordinando la participación que terceros competidores (Avialsa y Espejo) podrían haber llegado a tener en procesos de contratación"[46].
>
> "En relación con la determinación conjunta de precios, a continuación, citamos algunos correos electrónicos que fueron incautados a las Requeridas y se encuentran acompañados al proceso […]"[47].
>
> "Asimismo, la fijación de otras condiciones de comercialización diversas al precio, tal como número de aviones, fue otra de las formas en las cuales las Requeridas buscaron afectar el proceso competitivo. […]"[48].
>
> "**El hecho de que el cartel imputado tuvo por objeto la determinación conjunta de precios y otras condiciones de comercialización** no solo consta en correos electrónicos, sino también en las declaraciones de los principales ejecutivos involucrados en la conducta imputada […]"[49].

En definitiva, es indubitado que el proceso de autos se presentó, se contestó y centró toda su actividad probatoria en torno a la existencia de un supuesto "*acuerdo único y continuado*" entre Faasa Chile y Martínez Ridao, verificado entre 2009 y 2015. **Para la FNE, dicho supuesto**

---

[43] Resolución de fojas 689.
[44] Observaciones a la Prueba FNE, p. 22 y siguientes.
[45] Ibid., p. 2.
[46] Ibid., p. 23.
[47] Ibid., p. 23.
[48] Ibid., p. 25.
[49] Ibid., p. 27.

acuerdo habría tenido un objeto complejo, mixto e innominado, compuesto copulativamente por la determinación de condiciones de comercialización, de precios, y de participación de oferentes entre las Requeridas.

II.1.2.3. No obstante lo anterior, en la Sentencia se condenó a Faasa Chile por haber sido parte de un supuesto acuerdo de reparto de mercado al que no se hizo referencia o mención alguna en el proceso

Sin perjuicio de la absoluta claridad y de la certera delimitación de la litis que se puede extraer de las citas precedentes, en la Sentencia se concluyó que Faasa Chile habría participado de un acuerdo colusorio "*de reparto de mercado*":

> "Que, la conducta imputada por la FNE es un **acuerdo de reparto de mercado consistente en la asignación de contratos específicos de provisión de servicios de combate y extinción de incendios**, mediante diversos mecanismos empleados por Faasa y MR. Como se verá, no existe evidencia que de cuenta de manera precisa de la magnitud de los efectos anticompetitivos derivados del acuerdo y, por tanto, el poder de mercado de las Requeridas deberá determinarse considerando las características propias de los procesos de contratación por parte de instituciones públicas y de empresas forestales (procesos de cotización o de licitación públicos y privados, respectivamente), así como algunos aspectos del mercado relevante de combate y extinción de incendios forestales mediante aviones cisterna"[50].

En simple, lo sancionado en la Sentencia es diferente de aquello que constituyó el núcleo de la acusación de este juicio, y sobre lo que recayó todo el debate –incluyendo la prueba– de autos. Una conclusión fáctica que no sólo es diferente de lo acusado, sino que –reiteramos– también *incongruente* con lo que la FNE estimó haber tenido por acreditado, según se desprende de sus dichos en las Observaciones a la Prueba FNE:

> "**El hecho de que el cartel imputado tuvo por objeto la determinación conjunta de precios y otras condiciones de comercialización** no solo consta en correos electrónicos, sino también en las declaraciones de los principales ejecutivos involucrados en la conducta imputada […]"[51].

Somos enfáticos en señalar que no existe en el Requerimiento, así como en ninguna de las presentaciones de la FNE o de esta parte, alusión o referencia alguna a un supuesto acuerdo "*de reparto de mercado*" que se haya pretendido atribuir a Faasa Chile. Como esta parte señaló en la Contestación, en el Requerimiento sencillamente se describen una serie de episodios diferentes entre sí, que según la FNE habrían tenido objetos anticompetitivos claramente identificables y distintos entre sí –alzas de precio, definición de condiciones de comercialización y de oferentes–, y pretendió cobijarlos bajo lo que denominó una "*voluntad común*" para, de esa manera, poder sortear los efectos de la prescripción.

---

[50] Considerando 280° de la Sentencia. En el mismo sentido, véase el considerando 80°.
[51] Observaciones a la Prueba FNE, p. 27.

II.1.2.4. Ni la literalidad ni el contenido del Requerimiento resulta consistente con una acusación de reparto de mercado

Como es sabido a nivel jurisprudencial, los acuerdos de reparto son aquellos en que las firmas involucradas acuerdan distribuir un determinado mercado entre sí[52]. Las formas más comunes de distribución son la exclusividad territorial y la diferenciación según clientes[53], aunque también hay otras formas, como la distribución de fuentes de abastecimiento a nivel de aprovisionamiento mayorista[54].

Un elemento distintivo de los acuerdos colusorios de este tipo es que permiten a sus partícipes mantener estables sus respectivas participaciones de mercado, además de una cierta estabilidad en los precios:

> "Tal como hemos mencionado al comienzo de este capítulo, las tres prácticas colusivas principales son los acuerdos de precios, los acuerdos de cantidades y los repartos de mercados […]"[55]
>
> "Una alternativa […] es la realización de acuerdos de cuotas o cantidades, a través de los cuales un número de empresas que en principio compiten entre sí convienen limitar su producción a ciertas cantidades preestablecidas o dividirse el mercado de acuerdo a ciertas participaciones fijas. A veces, este tipo de acuerdos toma la forma de un reparto de mercados, por el cual a cada empresa se le asignan ciertos clientes, áreas geográficas o categorías de productos de manera exclusiva, liberándoselos de la competencia con los restantes miembros del acuerdo"[56].

Se trata, por lo demás, de una forma de colusión que tiene una descripción típica en el literal a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211 que resulta aplicable en la especie, distinta de la descripción típica de los "*acuerdos de precio*" y de los "*acuerdos sobre otras condiciones de comercialización*":

> "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".

La historia jurisprudencial reciente da cuenta que tanto el H. Tribunal como la Excma. Corte Suprema han tenido la oportunidad de conocer y fallar acusaciones de esa naturaleza.

A modo meramente ilustrativo, en la causa rol C-299-2015 ("*Caso Papeles*"), se sancionó a determinadas empresas por "*celebrar y ejecutar acuerdos con el objeto de* ***asignarse cuotas de participación de mercado*** *y fijar precios de venta de sus productos*"[57], lo que les habría permitido

---

[52] Richard Whish & David Bailey, Competition Law, Tenth Edition, 2021, p. 559.
[53] Ibidem.
[54] Jonathan Faull & Ali Nikpay, The EU Law of competition, Third Edition, 2014, p. 1043.
[55] Germán Coloma, Defensa de la Competencia, segunda edición actualizada, 2009, p. 67.
[56] Ibid., p. 68.
[57] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°63.600-2019, considerando 7°.

mantener establecer sus participaciones de mercado y afectar los precios de venta al público consumidor durante un período de aproximadamente 10 años[58]. De manera similar, en la causa rol C-292-2015 ("*Caso Navieras*"), se conoció y falló una acusación de la FNE en la conducta perseguida consistió en "*adoptar y ejecutar* ***acuerdos consistentes en la asignación de zonas o cuotas de mercado****, a través del respeto de cuentas que contrataban los fabricantes o consignatarios de automóviles para la prestación de servicios de transporte marítimo deep sea*"[59].

En tales causas –así como en todas las demás que han involucrado imputaciones de "*reparto de mercado*"– el sustrato fáctico de la acusación ha quedado inamoviblemente definido a partir del tenor de las respectivas acusaciones: de su simple lectura es posible apreciar que lo reprochado es una conducta que se estructura y delimita como una distribución –geográfica, de producto, de clientes, etc.– entre las entidades acusadas. Esto último, sin embargo, no ocurrió en el presente caso, en que, como se ha desarrollado *supra*, lo que la FNE imputó a las Requeridas fue haber celebrado y ejecutado un "*acuerdo único y continuado*", que habría tenido un objeto complejo, mixto e innominado consistente en la determinación conjunta de condiciones de comercialización, de precios, y de participación de oferentes en el contexto de ciertos procesos de adjudicación de contratos de extinción de incendios forestales mediante aviones cisterna, entre los años 2009 y 2015.

Así las cosas, al concluir que en la especie habría existido un "*acuerdo único y continuado*" que tuvo un objeto de "*reparto de mercado*", la Sentencia deviene en *incongruente*, al no haber sido esto último el núcleo fáctico –literal y sustantivo– de la acusación.

Dicho vicio, según se expondrá *infra*, ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al haber servido de base para dar por acreditada la existencia de un "*acuerdo único y continuado*".

Consecuentemente, de haberse apegado el H. Tribunal al tenor del Requerimiento y de la Contestación, la acusación del "*acuerdo único y continuado*" debió haber sido rechazada por no haberse acreditado en el proceso la presencia de una voluntad común que habría permitido agrupar en un único acuerdo todos los episodios que se describen en la acusación. La Sentencia intenta sortear este supuesto fáctico por la vía de recurrir al supuesto objeto común de "*reparto de mercado*", pero ello, según se expuso, no formó parte de la acusación ni del debate, razón que demuestra que estamos ante un fallo *incongruente*.

II.2. Indebida valoración y ponderación de la prueba rendida por la FNE

Además de la infracción antes señalada, en la Sentencia se realizó una errada e indebida valoración de la prueba, lo que se materializó, fundamentalmente, **(i)** al haberse concluido la existencia de un "*acuerdo único y continuado*" casi exclusivamente sobre la base de elementos que no fueron sometidos al examen y escrutinio exigido por la garantía del *debido proceso*, **(ii)** al haberse alterado la carga de la prueba, imponiendo a las Requeridas la carga de desacreditar

[58] **Ibidem.**
[59] **Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°15.005-2019, p.1.**

hechos, en circunstancias que el *onus probandi* del "*acuerdo único y continuado*", así como de cada uno de los acuerdos específicos acusados, recaía única y exclusivamente en la FNE; **(iii)** al haber valorado la prueba contraviniendo la *sana crítica*, teniendo por establecidos determinados hechos en contravención a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; y, **(iv)** al no haber sido considerada la prueba económica del proceso en la determinación de la sanción impuesta a Faasa Chile.

Tales vicios se verificaron de diferentes formas a lo largo de la Sentencia, en ocasiones de manera conjunta y en otras de manera aislada, con distintas intensidades, y están presentes tanto en la manera en que se tuvo por acreditado el ya referido "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*", como en el establecimiento de cada uno de los episodios específicos que se tuvieron por acreditados[60] y en la determinación de los montos que sirvieron de base para la fijación de multas en autos.

II.2.1. La Fiscalía no satisfizo las cargas que, según la jurisprudencia del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema, exige la garantía del *debido proceso* en materia probatoria

En las Observaciones a la Prueba, y también en la vista de la causa ante el H. Tribunal, esta parte hizo ver de manera enfática la escasa actividad probatoria que la FNE desarrolló en el curso del proceso[61].

Y es que una revisión del expediente demuestra que la prueba aportada por la FNE se limitó **(i)** al expediente de la investigación Rol 2424-17 FNE ("Investigación"), que contiene los antecedentes que habrían llevado a la FNE a formular el Requerimiento de autos; **(ii)** a la declaración de cuatro testigos[62], **entre los cuales no figuran los señores Ricardo Pacheco y Manuel González, que fueron sindicados por la FNE como los protagonistas de este supuesto *cartel***; y, **(iii)** a la absolución de posiciones de representantes de Faasa Chile[63] y Martínez Ridao[64]. Nada más.

Una lectura del Requerimiento auspiciaba una prominente actividad probatoria por parte de la FNE. En el libelo se transcribían impactantes extractos de correos electrónicos sostenidos entre los principales ejecutivos de Faasa Chile y su matriz, Faasa Aviación (conjuntamente "Grupo Faasa") que, según el propio Requerimiento, habían sido obtenidos por dicha entidad como resultado del ejercicio de aquellas medidas intrusivas contempladas en los literales n.1) y n.2) del artículo 39 del DL 211[65], ejecutadas en las dependencias de Faasa Chile y de Martínez Ridao en mayo de 2017.

---

[60] La manera en que estos vicios afectaron el establecimiento de cada uno de los episodios será desarrollada en el capítulo *§III, infra.*
[61] Véanse Observaciones a la Prueba, pp. 65-80.
[62] Se trata de los testigos don Alfredo Mascareño Domke, doña Angeline Castillo Orellana, don Raúl Ramírez Figueroa, y don Francisco Alandí Escrig.
[63] La audiencia de absolución de don Héctor Tamarit Almagro tuvo lugar el 3 de octubre de 2019, según consta a fojas 2.710.
[64] La audiencia de absolución de don Miguel Ángel Martínez Bonilla tuvo lugar el 14 de octubre de 2019, según consta a fojas 2.764.
[65] Véase página 3 del Requerimiento, párrafo 4.

Aproximadamente una decena de correos electrónicos obtenidos a partir de dicha diligencia fueron los únicos antecedentes sobre los cuales la FNE construyó su teoría del caso.

Al respecto, conforme con el sistema de valoración de la *sana crítica*[66], y con el estándar de *prueba clara y concluyente* que rige en esta sede, lo mínimamente exigible para tener por acreditadas las acusaciones de la FNE en base a tales instrumentos –en función de la garantía del *debido proceso*– era que las personas naturales que fueron objeto de las respectivas medidas intrusivas, así como los supuestos remitentes y receptores de los documentos y correos electrónicos obtenidos fruto de dichas diligencias intrusivas, fueran compelidos por la Fiscalía para comparecer ante el H. Tribunal. Esto último, **(i)** tanto para que se reconociera la autoría –y/o recepción, según el caso– de dichos instrumentos recabados unilateralmente –y por la fuerza– por la FNE, **(ii)** como para que dichos instrumentos fueran confrontados, contextualizados y explicados por sus supuestos autores, de manera de poder ponderar la autenticidad de las acusaciones contenidas en el Requerimiento, y, sobre todo, **(iii)** para que se respetara, además, el derecho de interrogación y contra interrogación de dichos testigos, respecto de tales documentos, por parte del H. Tribunal y de todas las demás partes del proceso.

Y es que, según se ha fallado reiteradamente, el estándar de *prueba clara y concluyente* es uno intermedio entre aquel que rige en materia civil –"*duda prevalente*" o "*preponderancia de prueba*" – y el que aplica en materia penal –"*más allá de toda duda razonable*"–[67]. Esto se traduce en que la mera "*prevalencia de prueba*", esto es "*el peso comparativo más grande de la evidencia*"[68] o lo que resulte "*más probable que no*"[69], no es suficiente para inclinar al juzgador hacia un lado más que al otro[70].

Así, para satisfacer este criterio no basta con que "*haya más probabilidades de que exista colusión a que no*"; lo requerido es que "*dicha probabilidad sea bastante clara, mucho más alta*"[71], pues no debe perderse de vista que lo que está en juego en esta sede es el ejercicio de una acción punitiva del Estado[72].

---

[66] En relación con esta materia, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que: "*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*" (Excma. Corte Suprema, causa rol N°9361-2019, considerando 11°).

[67] Jorge Grunberg y Santiago Montt, La Prueba de la Colusión, En: Fiscalía Nacional Económica. Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica, 2017, p. 335.

[68] Ibid., p. 332.

[69] Juan José Romero, Colusión de Empresas de Oxígeno ¿Cuánta evidencia es suficiente?, 2007, p. 39.

[70] Ibidem.

[71] Ibid., p.35.

[72] Ibid., p.36.

Nada de ello, sin embargo, ocurrió en el transcurso del presente juicio. Tan escasa fue la actividad probatoria de la FNE en el juicio, que dicha entidad no hizo comparecer a declarar ante el H. Tribunal al titular de la casilla de correos electrónicos que fue incautada en el marco de la Investigación, y a partir de los cuales la FNE armó el presente caso respecto de Faasa Chile: el señor Ricardo Pacheco Campusano. Tampoco hizo comparecer a don Manuel González Gabaldón, la otra persona natural sindicada en el Requerimiento como protagonista del supuesto *cartel*, ni tampoco al titular de la casilla de correos electrónicos incautada de Martínez Ridao, el señor Claudio Alcayaga.

Enfatizamos que no existió ningún obstáculo que impidiera a la FNE hacer comparecer legalmente a tales personas, ni siquiera la circunstancia de que uno de ellos está domiciliado en España, lo que se corrobora al observar **(i)** que en el curso de la Investigación esas personas sí fueron interrogadas; **(ii)** que en el curso del proceso la FNE citó a declarar a un testigo domiciliado en España[73], y, **(iii)** con que Faasa Chile, de buena fe, facilitó todas las gestiones procesales solicitadas por la FNE, cuando ello significaba cargas gravosas, tales como exhortos internacionales o gestiones análogas.

De hecho, desde el lado de Faasa Chile, el único que sí fue citado por la FNE –y que concurrió voluntaria y presencialmente ante el H. Tribunal, a pesar de tener su domicilio en el extranjero, producto del ofrecimiento formulado *motu proprio* que consta a fojas 1.022– fue don Héctor Tamarit Almagro, pero en calidad de absolvente y no de testigo, con las evidentes limitaciones de contra interrogación que dicha figura presenta para el H. Tribunal y las partes.

En el marco de esa diligencia, el señor Tamarit reconoció la autoría de tan solo siete correos electrónicos exhibidos por la FNE, explicando en detalle el contenido de cada cual. Esto, a pesar de que la FNE intentó en varias ocasiones obtener de parte del señor Tamarit el reconocimiento de correos electrónicos en los que él no figuraba ni como emisor, receptor, ni en copia, y que en otras ocasiones trató de obtener de parte del señor Tamarit una interpretación del sentido de lo que otras personas –concretamente, los señores Pacheco y González– supuestamente habrían querido decir en sus respectivos correos electrónicos.

Sobre este punto queremos ser enfáticos: la gran mayoría de los correos electrónicos percibidos en la audiencia de 14 de marzo de 2019, cuya acta rola a fojas 633, supuestamente obtenidos de esta parte, que constituyen el único sustento del caso de la FNE respecto de nuestra representada, no fueron reconocidos ni refrendados por la persona bajo cuya custodia la FNE señala que se habrían encontrado al momento de ejercer sus medidas intrusivas, ni tampoco por sus supuestos autores y receptores. No existió en el caso de autos, por una decisión de la propia FNE –pues reiteramos que no existieron dificultades de ninguna clase– la posibilidad de confrontar tales correos con quienes debieron haber concurrido como testigos, ni tampoco la instancia para que el H. Tribunal y las demás partes del proceso hayan

[73] Se trata del testigo señor Francisco Alandí Escrig. La transcripción de la declaración de dicho testigo está acompañada a fojas 3.045.

podido interrogar ni contra interrogar a los supuestos emisores o receptores de dichos instrumentos electrónicos.

Lo expuesto resulta de especial trascendencia para el caso de autos, pues tal como se ha venido fallando sistemáticamente, la información recabada por la FNE en el marco de sus investigaciones, por sí sola, no puede constituir plena prueba para tener por acreditada una determinada conducta colusoria[74].

Refiriéndose a las declaraciones prestadas ante dicho organismo, el H. Tribunal tuvo la oportunidad de tratar esta materia, señalando lo siguiente:

> "Centésimo vigésimo quinto. Que, en todo caso, las principales razones para descartar que estas actas [recopiladas por la FNE en el marco de su investigación, e incorporadas al respectivo expediente administrativo] por sí solas puedan ser consideradas como prueba suficiente de un acuerdo colusorio dicen relación con argumentos de debido proceso, de derecho de defensa y, en particular, con el derecho de cualquier requerida de poder contradecir la prueba producida en su contra;
>
> Centésimo vigésimo sexto. Que, en efecto, no parece ajustado a un racional y justo procedimiento que la FNE pretenda que se castigue a las requeridas sobre la única base de declaraciones tomadas por y ante ella. Como se ha dicho, dichas actas no pueden por sí solas constituir prueba suficiente para acreditar un supuesto cartel, puesto que se trataría de un medio de prueba respecto del cual las requeridas tienen menos posibilidades de confrontar y depurar su calidad mediante contra interrogaciones;
>
> Centésimo vigésimo séptimo. Que en este sentido debe subrayarse que el derecho a confrontar a los testigos es considerado como un elemento central del debido proceso en los sistemas procesales contemporáneos y constituye, además, una de las principales manifestaciones del derecho a defensa de los acusados, tal como ha sido ampliamente reconocido tanto en tratados internacionales (por ejemplo en los artículos 8.2 letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), como en nuestro propio ordenamiento jurídico (por ejemplo, en el artículo 19°, número 3, de la Constitución Política de la República);
>
> Centésimo vigésimo octavo. Que, en consecuencia, pretender favorecer la consistencia de una declaración por medio de acompañar su transcripción en lugar de presentar al declarante como testigo, constituye una suerte de decisión estratégica u oportunista destinada a favorecer su posición y a debilitar la posibilidad de confrontación intensa de la prueba de cargo por parte de la defensa, cuestión que no puede ser admisible, atendida las funciones que cumple el derecho a contrainterrogar;
>
> Centésimo vigésimo noveno. Que, en efecto, el derecho a contrainterrogar no solo forma parte de una debida comprensión del derecho de defensa, sino que además permite al sentenciador llegar a una decisión de mejor calidad toda vez que, como se ha dicho en doctrina, "la contra interrogación es el mejor motor jurídico que se haya inventado para descubrir la verdad" (Wigmore, John Henry, Evidence, Vol V, Ed. Boston-Toronto, 1984, página 32. Traducción libre);
>
> Centésimo trigésimo. Que, atendido todo lo anterior, lo procedente habría sido que si la FNE estimaba que las declaraciones de determinadas personas permitían probar su

[74] Considerando 123° de sentencia N°136/2014.

> acusación de colusión, las hubiera presentado al presente juicio en calidad de testigos, lo que finalmente no hizo, a pesar de haberlas incluido en su lista de testigos de fojas 186 […]"[75].

En la misma línea, pero referida a la potencial reserva sobre la identidad de los declarantes ante la FNE, se pronunció la Excma. Corte Suprema en el denominado *Caso Papeles*[76]:

> "Al respecto, cabe consignar que, si bien es posible emplear testigos en dicho carácter [con identidad reservada] durante la averiguación, esto es, cuya individualización sea desconocidas por las partes del proceso, para que el tribunal pueda emplear sus testimonios en el juzgamiento de las conductas pesquisadas, esto es, en la sentencia propiamente dicha, debe develar su identidad, señalando los datos necesarios para que los intervinientes tengan suficiente conocimiento de sus datos personales, pues de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a defensa de las partes, quienes no sólo ignorarían la identidad del deponente, sino que, además, no estarían en condiciones de examinarlo y contrainterrogarlo en debida forma, pues al desconocer tal antecedente carecen de los elementos necesarios e indispensables para entender su vinculación con los hechos y, a partir de tal premisa, poder construir las estrategias requeridas por la defensa de los intereses de su parte"

Lo ocurrido en los citados fallos no difiere sustancialmente de lo que enfrentamos en el presente caso. El principio común que se extrae de ambas causas es que el estándar de *prueba clara y concluyente*, a la luz de la garantía del *debido proceso* y de la regla de la *sana crítica*, no se puede ver superado cuando la única prueba aportada por la FNE consiste en aquellas gestiones o diligencias realizadas por la FNE, *por sí y ante sí*, en el curso de la investigación que precede al juicio. **El estándar de prueba imperante, así como la garantía del *debido proceso*, exigen que los antecedentes recabados en las respectivas investigaciones sean develados en el curso del juicio, confrontados con la restante prueba, y muy especialmente la prueba testimonial de las personas de quienes habrían emanado dichos instrumentos; todo ello, garantizando a las partes su derecho a la debida defensa, fundamentalmente por medio de las interrogaciones y contra interrogaciones**.

En la especie, una simple revisión del expediente de Investigación deja en evidencia cómo la FNE, en ejercicio de sus facultades legales, citó a prestar a declaración a don Héctor Tamarit Almagro, a don Manuel González Gabaldón, y a don Ricardo Pacheco Campusano; siendo este último violentamente inquirido respecto de parte sustantiva de los correos electrónicos que le fueron incautados, aprovechándose la FNE del hecho de que no tenía al frente ninguna autoridad judicial que velara por el *debido proceso* del señor Pacheco[77].

Lo expuesto resulta particularmente importante en aquellas causas en que interviene la FNE como parte acusadora. Y es que la única manera de contrarrestar la actividad investigativa de una autoridad con potestades investigativas amplias, e, incluso, dotada de facultades intrusivas

---

[75] Sentencia N°136/2014 del H. Tribunal.
[76] Considerando 48° de sentencia de 6 de enero de 2020 pronunciada por la Excma. Suprema en causa rol N°63.600-2019.
[77] La transcripción de dicha toma de declaración se encuentra en la carpeta "*VPP Faasa 358*", subcarpeta "*Expediente Físico*", de la carpeta "*Documentos Confidenciales – Versiones Públicas*" del Expediente de Investigación.

de magnitud considerable, es mediante el sometimiento de los antecedentes recabados a un escrutinio procesal como el descrito. Si esto no ocurriese las entidades requeridas quedarían inexorablemente en una situación de indefensión, que contraría abiertamente el *principio de igualdad de armas*[78] que deriva de la garantía del *debido proceso*.

En la especie, la FNE sustentó sus acusaciones en instrumentos recabados en el curso de la investigación, pero que no pudieron ser debidamente confrontadas en el curso del juicio del modo exigido por el *debido proceso*, producto de una decisión deliberada y discrecional –estratégica, en realidad– de la propia FNE.

Tal como ocurrió en las causas citadas, este proceder de la FNE tiene como natural consecuencia que aquellos correos electrónicos incautados desde la casilla del señor Pacheco que no fueron exhibidos ni confrontados con sus autores, y respecto de los cuales no existió la posibilidad de interrogaciones ni contra interrogaciones –que son prácticamente todos–, sean sencillamente insuficientes para justificar las graves imputaciones contenidas en el Requerimiento.

II.2.2. La Sentencia funda sus conclusiones principales en instrumentos que no fueron sometidos al escrutinio procesal exigido por el *debido proceso*

Como se señaló, este vicio fue enérgicamente expuesto por esta parte, tanto en las Observaciones a la Prueba, como en la exposición oral realizada en la vista de la causa.

A pesar de lo anterior, la Sentencia hizo caso omiso a los reparos de esta parte –de hecho, omitió pronunciarse al respecto– y, contrariando la jurisprudencia reiterada del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema, prácticamente todo el fallo discurre y descansa en antecedentes que no fueron sometidos al escrutinio procesal al que nos hemos referido, que exige el *debido proceso*.

En concreto, porque los hechos y circunstancias que se dan por acreditados en la Sentencia se infieren y deducen a partir de comunicaciones electrónicas en las cuales sus supuestos emisores –y, en un número relevante de casos, también sus receptores– no estuvieron, por decisión de la propia FNE, en condiciones de ser examinados y contrainterrogados.

Tales antecedentes no fueron reconocidos por sus supuestos autores, confrontados con ellos, ni tampoco existió la posibilidad de que el H. Tribunal pudiese apreciar las potenciales

---

[78] Dicho principio ha sido definido por la Excma. Corte Suprema en los siguientes términos: "*el principio de igualdad de armas, que ha sido definida como "la obligación del legislador de colocar a las partes del proceso en una posición de paridad, asegurándole un mismo tratamiento normativo y la titularidad de poderes, deberes y facultades simétricamente iguales y mutuamente relacionadas" (Andolina, Italo y Vignera, Giuseppe, I fondamento costituzionali della giustizia civile. Il modelo costituzionale del processo civile italiano, Giappicchelli Editore, Torino, 1997, p. 118). Este principio postula que las formalidades procesales han sido instituidas con una finalidad, cual es la de ordenar los procedimientos y garantizar la igualdad, equilibrio o trato igualitario a las partes que se enfrentan en un litigio. Esta equidad de armas se concreta en un trato equivalente del juez a las partes, dentro de lo que se comprende precisamente el derecho al recurso y a la revisión de la resolución que se estima agraviante*". (Excma. Corte Suprema, causa rol N°2.638-2020, Considerando Duodécimo).

explicaciones alternativas que tales personas pudiesen haber entregado. Todo el fallo, por ende, discurre sobre la base de antecedentes recopilados en el curso de la Investigación, respecto de los cuales simplemente se reprodujo aquella interpretación que la propia FNE les entregó en el Requerimiento.

En este sentido, a lo largo de las consideraciones que fundamentan su decisión, el H. Tribunal cita un total de 33 cadenas de correos electrónicos. De ellas, 30 fueron obtenidas y aportadas al proceso por la FNE en el marco de sus investigaciones, y prácticamente ninguna pudo ser objeto de interrogación o contra interrogación respecto a sus emisores. A pesar de lo anterior, es posible observar que al menos **12 de estas cadenas** sirvieron de base para condenar a nuestra representada.

Más allá de ciertas alusiones a otros medios probatorios, una lectura atenta de la Sentencia constata que prácticamente todos los hechos se tuvieron por acreditados en función de inferencias, deducciones y presunciones obtenidas a partir de esos instrumentos.

En efecto, así queda establecido en los considerandos 57° y 58° de la Sentencia:

> "**Quincuagésimo séptimo**: Que, en particular, como se puede advertir de la prueba aportada al proceso, según se demostrará en lo sucesivo, 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.**
>
> **Quincuagésimo octavo**: Que, en lo que respecta a los **correos electrónicos** y llamadas telefónicas, a lo largo de esta sentencia se citarán y **transcribirán comunicaciones en los que consta la existencia de este acuerdo** […]."

Esta parte logró identificar al menos 31 ocasiones a lo largo de la Sentencia[79] en las que se verificaron situaciones como las descritas. En primer otrosí de este escrito se acompaña un Anexo que individualiza el listado de comunicaciones que, pese a no superar los umbrales del debido proceso, han sido utilizadas para fundar la Sentencia.

Sólo para ilustrar lo que venimos señalando, en la Sentencia se advierte que parte relevante de la fundamentación de la supuesta *unidad* y *continuidad* del acuerdo se funda y discurre en relación a un documento denominado "*INFORME RPC 2012*". Se trata de un archivo en formato *Word*, sin firma, y que se habría encontrado adjunto a un correo electrónico supuestamente enviado por don Ricardo Pacheco el 26 de mayo de 2012. En función de ese antecedente, obtenido mediante el ejercicio de medidas intrusivas, no reconocido ni confrontado con quienes habrían sido sus autores, en la Sentencia se da por establecida la existencia de reuniones presenciales entre las Requeridas[80], a partir de la cuales, luego, se infiere el carácter único y continuado de la conducta sancionada[81].

---

[79] Véase el Anexo acompañado en el primer otrosí de esta presentación.
[80] Ibid., c. 60°, 61° y 62°.
[81] Ibid., c. 125°.

En el mismo sentido, una lectura de la Sentencia revela que la cadena de correos electrónicos que más veces es referida a lo largo del fallo[82] **(i)** consta únicamente en formato físico y no en su versión electrónica original; **(ii)** daría cuenta de comunicaciones que supuestamente involucrarían a una tercera compañía no requerida en autos (Avialsa); y, **(iii)** cuya autoría y contenido no fue confrontado con quienes habrían sido los interlocutores principales.

Nótese, al respecto, que el único testigo que se pronunció sobre tal instrumento, el Sr. Francisco Alandí, no fue capaz de reconocerlo, además de manifestar abiertamente su total desconocimiento de la industria chilena de extinción de incendios forestales, y de los hechos objeto de la discusión demostró desconocer la industria chilena de extinción de incendios forestales, materia a la que nos referiremos *infra*.

Hacemos presente que los vicios anteriores fueron manifiestamente levantados por esta parte durante el curso del juicio. La Sentencia, sin embargo, omitió todo pronunciamiento al respecto, y, en las pocas ocasiones en que tomó nota de aquellas, entregó respuestas tales como "*que dichas alegaciones no se hacen cargo, en particular, del contenido del correo citado*"[83].

II.3. Los vicios procesales denunciados dan cuenta de una grave afectación de la garantía constitucional del *debido proceso* que no puede ser admitida

Las circunstancias descritas *supra* han afectado gravemente la garantía constitucional del *debido proceso*, particularmente el *derecho a defensa* de la Compañía.

Y es que, la *incongruencia* y la *errada valoración y ponderación de la prueba* explicadas *supra* permiten concluir:

(i) Que Faasa Chile fue condenada por un supuesto "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" que no estaba contenido –directa ni indirectamente– en el Requerimiento, y sobre el cual no tuvo la oportunidad de defenderse;

(ii) Que Faasa Chile fue sancionada por un "*acuerdo único y continuado*" que no fue acreditado en la forma en que fue expuesto en el Requerimiento;

(iii) Que la Sentencia, al haber condenado a Faasa Chile por un "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*", alteró la configuración del acuerdo colusorio acusado en el Requerimiento, desatendiendo así la causa y el objeto de la acusación de la FNE;

(iv) Que dicho supuesto "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*", además, se tuvo por acreditado en contravención al estándar probatorio y a las garantías que el *debido proceso* exige en esta sede;

---

[82] **Correspondiente un documento anexo al acta declaración de Francisco Alandí ante la FNE.**
[83] **Ibid., c. 73°.**

(v) Que, por otro lado, al haberse alterado el objeto de la acusación de la FNE en los términos señalados, la Sentencia tuvo por acreditado un supuesto "*acuerdo único y continuado*" a partir de episodios entre los que no se verifica aquella idéntica "*lógica colusoria o de coordinación*"[84] exigida reiteradamente por la jurisprudencia del H. Tribunal y de la Excma. Corte Suprema;

(vi) Que la Sentencia condenó un "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*", en el que no se habría podido explicar ni acreditar aquella "*lógica colusiva o de coordinación*" propia de este tipo de acuerdos. Al efecto, nótese que en los episodios descritos no se observa que haya existido una distribución de zonas geográficas, de clientes, de cuota, etcétera. De hecho, la propia Sentencia reconoce que durante prácticamente todo el período bajo análisis Faasa Chile cedió participación de mercado en favor de Martínez Ridao, sin haber tenido ninguna contraprestación[85].

En un caso análogo, ante similar incongruencia, la Excma. Corte Suprema señaló lo siguiente:

> "[D]ebe señalarse desde ya que la Fiscalía sostiene que este es un acuerdo de reparto de mercado, por lo que, **<u>en un primer acercamiento a la materia surge que al menos algún beneficio debería haber tenido QLA</u>.** […]"[86].
>
> "[L]o anterior tiene una explicación desde el punto de vista de la lógica, toda vez que los acuerdos colusorios pretenden intervenir la competitividad del mercado, así el efecto directo de aquello se relaciona con que en términos hipotéticos los agentes económicos involucrados incrementan sus ganancias, al no enfrentar competencia real. **Así, parece inverosímil que se fragüe un acuerdo entre tres agentes del mercado sólo para que uno de aquellos sea beneficiado**. […]"[87].

Por lo mismo, de haber existido una acusación clara de reparto de mercado en el Requerimiento, esta parte muy probablemente se habría valido de excepciones dilatorias o de otros medios de defensa con los que hoy no cuenta, para intentar comprender la lógica colusoria detrás del acuerdo que se acusaba;

(vii) Que, al haber tenido por acreditado el "*acuerdo único y continuado*" en la forma y en los términos así descritos, la Sentencia se valió de un argumento que le permitió alivianar –por medio de inferencias, deducciones y manifiestas alteraciones del *onus probandi*– la carga probatoria de cada uno de los episodios objeto de la discusión, para luego valorar erradamente la prueba. Al respecto, nótese que, en el análisis de cada uno de los seis episodios descritos en el Requerimiento, la Sentencia recurre permanentemente a expresiones –por sólo mencionar algunas– tales como:

---

[84] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°27.181-2014, considerando 30°.
[85] Véase considerando 283° de la Sentencia.
[86] Sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°5.128-2016, considerando 18°.
[87] Ibid., c. 19°.

- "[E]s **altamente probable** que el correo transcrito en el considerando 87° […] de cuenta de conversaciones entre las Requeridas"[88];

- "[S]i bien estos correos se refieren a comunicaciones relativas al arriendo de aeronaves intercambiadas con posterioridad al Addendum del 2009, ellas **no descartan que hayan existido conversaciones** entre las Requeridas antes de la suscripción de dicho Addendum"[89];

- "Que, por lo demás, no se ha presentado evidencia suficiente que permita tener por probada ésta y las restantes explicaciones alternativas […], más aún, considerando que, como fue señalado en la sección F precedente, **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"[90].

- "Más aún, **este episodio [Celco 2010] debe entenderse dentro del acuerdo único en que participaron las Requeridas**, el cual les confirió poder de mercado y les permitió aumentar los precios por sobre el nivel que habría prevalecido de no haberse concretado el mismo, tal como se analizará en la sección H"[91];

- "[E]s prueba clara y concluyente si se le pondera y considera conjuntamente con la restante prueba aportada al expediente ya analizada en los considerandos precedentes, **así como con la restante evidencia que acredita las características, objeto, partícipes y modalidades adoptadas por el acuerdo único y continuo mantenido por las Requeridas**"[92]; y,

- "Que, establecidos los hitos fácticos anteriormente descritos, en lo que respecta a la prueba acompañada al proceso que acredita la conducta imputada, esta 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**, como se analiza a continuación"[93].

(viii) Que todo lo anterior se ve agravado con la circunstancia de que prácticamente toda la prueba sobre la que discurre el análisis de la Sentencia fue recabada unilateralmente por la FNE en la Investigación, muy especialmente por medio del ejercicio de medidas intrusivas, y aportada al proceso sin ser sometida al escrutinio que exige el estándar de *prueba clara y concluyente* a la luz de la garantía del *debido proceso*. Todo lo cual entregó un argumento que facilitó el rechazo de todas las explicaciones alternativas expuestas y acreditadas en el curso del proceso respecto de los seis episodios sobre los que se pronuncia la Sentencia;

II.4. Influencia sustancial en lo dispositivo del fallo: en ausencia de dichos vicios no se podría haber tenido por acreditada la existencia del "*acuerdo único y continuado*" que se condena en la Sentencia

---

[88] **Considerando 94° de la Sentencia.**
[89] **Ibid., c. 93°.**
[90] **Ibid., c. 112°.**
[91] **Ibid., c. 134°.**
[92] **Ibid., c. 194°.**
[93] **Ibid., c. 246°.**

Si el H. Tribunal **(i)** se hubiese apegado al tenor del Requerimiento, **(ii)** hubiese valorado y ponderado la prueba conforme con el estándar imperante, cautelando la garantía del *debido proceso*, y, **(iii)** hubiese aplicado correctamente las reglas de la *sana crítica*, no habría podido concluir la existencia de "*un acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*", capaz de cobijar los seis episodios objeto de la acusación, ni hubiese podido fallar la presente causa en los términos en que ello ocurrió. Y el razonamiento que justifica esto último no es muy difícil de identificar.

Primero. Al eliminarse la referencia al "*reparto de mercado*" de la Sentencia, desaparece el "*objeto común*" que se atribuye a los seis episodios y sobre el que aquel se construye. Con ello, queda demostrado que cada uno de los sucesos contenidos en el Requerimiento, de ser efectivos, habrían tenido supuestos "*objetos colusorios*" diferentes, tal como esta parte expuso en la Contestación. Ello, por sí sólo, habría justificado el total rechazo del Requerimiento, en atención a que lo perseguido era un "*acuerdo único y continuado*" y no varios acuerdos independientes.

Segundo. De haber ocurrido esto último, la Sentencia no habría podido recurrir a la figura del supuesto "*acuerdo único y continuado*" como inferencia o presunción probatoria basal de cada uno de los seis episodios acusados, como en los hechos ocurrió y se expuso *supra*. Las exigencias probatorias habrían sido mayores respecto de cada uno de los seis episodios, y la Sentencia no podría haber descartado las explicaciones alternativas entregadas de la manera –laxa– en que ello ocurrió en varios pasajes.

Tercero. Analizados separadamente, varios de los episodios acusados en el Requerimiento no podrían haberse tenido por acreditados al no haberse cumplido las cargas probatorias, ni aplicado las reglas de valoración que el *debido proceso* le impone para tales efectos. Sobre este punto nos referiremos *infra* en *§III*.

Cuarto. Analizados separadamente, habría correspondido declarar la prescripción de la acción respecto de al menos cuatro de los seis episodios descritos[94], en los términos expuestos en la Contestación, pues no se habría logrado establecer que todos los sucesos contenidos en la acusación formaban parte de un "*acuerdo único y continuado*".

Quinto. Si la prueba económica que obra en el proceso hubiese sido siquiera valorada, o si dicha valoración se hubiese realizado correctamente, en la Sentencia se habría concluido que el beneficio económico reportado por Faasa Chile fue menor del que se señala, cuestión que habría devenido una disminución de las multas. Sobre este punto nos referiremos *infra* en *§IV*.

[94] En específico, y tal como se expuso en la Contestación, se trataría de la acción para perseguir los episodios Mininco 2009, Celco 2010, Conaf 2012, y Mininco 2012. Por razones de economía procesal, nos remitimos expresamente a lo establecido en las páginas 86 y siguientes de la Contestación, que se dan por reproducidas.

Finalmente. Como resultado de todo lo anterior, de no ser por estos vicios, el resultado final de la Sentencia habría sido sustancialmente diferente: el Requerimiento debió haber sido rechazado total o parcialmente, o, subsidiariamente, cualquier potencial sanción a Faasa Chile debió haber sido menor de la que se impuso.

Lo expuesto precedentemente justifica que se acoja la presente Reclamación.

III.
Los vicios procesales descritos no solamente tuvieron incidencia en el establecimiento del supuesto "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*", sino que también afectaron las conclusiones obtenidas para cada uno de los episodios que se dieron por acreditados

En los apartados anteriores de esta Reclamación se expuso cómo es que los vicios ahí desarrollados influyeron sustancialmente en lo dispositivo de la Sentencia, pues, de no haberse verificado aquellos, la Sentencia llanamente no habría podido concluir la existencia de aquel específico "*acuerdo único y continuado*" que se describió en el Requerimiento.

A continuación, expondremos sucintamente cómo es que dichos vicios –de diferente manera, y en distinta medida– también tuvieron una influencia decisiva en el establecimiento de cada uno de los episodios que se describen en el Requerimiento.

III.1. Mininco 2009

La Sentencia, entre los considerandos 82° y 112°, tuvo por acreditado el primer episodio que se describe en el Requerimiento ("Mininco 2009"). Dicho suceso fue descrito por la FNE en términos de una coordinación entre Faasa Chile y Martínez Ridao "en el año 2009"[95], a través de la cual sus respectivos ejecutivos se habrían "contactado"[96] para coordinar el suministro de servicios aéreos de extinción de incendios para las temporadas 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012, lo que habrían realizado exitosamente, estableciendo cada una de las Requeridas las mismas condiciones de contratación con el cliente Forestal Mininco S.A. ("Mininco")[97].

En la Contestación[98] se expuso detalladamente –todo lo cual fue luego acreditado, según se expuso circunstanciadamente en las Observaciones a la Prueba[99]– que concurrían diferentes razones que desechaban esa acusación. En concreto, se expuso y acreditó que Faasa Chile venía contratando con Mininco desde 2007 en términos que no experimentaron variaciones sustanciales. Según también se acreditó, en 2009 Mininco solicitó a la Compañía una oferta por dos aeronaves adicionales a las que tenía contratadas en ese entonces, frente a lo cual nuestra representada formuló una oferta por sólo una aeronave, a principios de septiembre

[95] Página 5 del Requerimiento, párrafo 14.
[96] Ibidem.
[97] Ibidem.
[98] Véanse páginas 26 a 33 de la Contestación.
[99] Véanse páginas 81 a 92 de las Observaciones a la Prueba.

de 2009. Oferta que fue aceptada por Mininco, y luego formalizada por medio de un adendum al contrato que ya existía entre las partes, que fue suscrito a principios de **octubre de 2009** ("*Addendum*").

Lo cierto, en función de la prueba rendida, es que a la fecha en que se suscribió al *Addendum* con Mininco, el Grupo Faasa no contaba con aeronaves Air Tractor modelo 802 ("AT-802") disponibles para cumplir las obligaciones que exigía dicho instrumento, aspecto que fue acreditado en el proceso. Y fue únicamente por esa razón, que luego de negociado y suscrito el *Addendum* con Mininco, se celebró entre Faasa Chile y Martínez Ridao un contrato de arrendamiento de la aeronave matrícula CC-AAF, de propiedad de esta última, que nuestra representada utilizó para prestar servicios a Mininco los servicios pactados en el *Addendum*.

Esta parte argumentó que dicho arriendo no pudo bajo ningún respecto esconder el *cartel* imputado, entre otras cosas, por una parte, porque la prueba demostró que las negociaciones entre Mininco y Faasa Chile se habían desarrollado de manera bilateral, sin que existiera prueba que diese cuente de alguna intervención de Martínez Ridao, y, por otra parte, porque quedó suficientemente establecido que la contratación de la aeronave entre Faasa Chile y Martínez Ridao se decidió, negoció y materializó en una fecha posterior a la suscripción del *Addendum* entre Faasa Chile y Mininco. De hecho, el instrumento en que consta tal arrendamiento es de fines de diciembre de 2009.

Por razones de economía procesal, nos remitimos expresamente a lo sostenido al efecto en la Contestación y en las Observaciones a la Prueba, escritos que damos por íntegramente reproducidos.

La Sentencia desechó las explicaciones alternativas expuestas y acreditadas, fundada en argumentos que, como se aprecia, son fruto de aquellos vicios procesales a los que nos hemos referido *supra*. Dentro de los aspectos más relevantes se identifican los siguientes:

(i) Las Requeridas "*no habrían podido descartar*" la existencia de comunicaciones colusorias[100].

La principal prueba que según la Sentencia habría desechado las explicaciones alternativas ofrecidas por Faasa Chile, según se observa en el considerando 92°, correspondería a dos correos electrónicos supuestamente sostenidos entre los señores Ricardo Pacheco y Miguel Ángel Martínez, cuya autoría y contenido no fue reconocido ni confrontado en el proceso por ninguno de las personas que figuran en ellos. Existe tan sólo un correo electrónico –transcrito en el considerando 87°– que sí fue reconocido por uno de los intervinientes, don Héctor Tamarit, pero cuyo contenido y fecha –30 de julio de 2009– resultan abiertamente insuficientes para llegar a las conclusiones que se describen en la Sentencia.

[100] **Véase considerando 90° de la Sentencia.**

En efecto, a partir de tal correo electrónico –obtenido producto del ejercicio de facultades intrusivas, sin haber sido confrontado con el resto de sus intervinientes, y cronológicamente discordante con la contratación bajo análisis– se infieren conclusiones que resultan a todas luces desproporcionadas y contrarias a los parámetros que establece la *sana crítica*. Por ejemplo, se indica que

> "[S]i bien estos correos se refieren a comunicaciones relativas al arriendo de aeronaves **intercambiadas con posterioridad al Addendum del 2009**, **ellas no descartan conversaciones entre las Requeridas antes de la suscripción de dicho Addendum**"[101].

Luego, se sostiene que:

> "[E]**s altamente probable** que el correo transcrito en el considerando 87° precedente, de fecha 30 julio 2009, de cuenta de conversaciones entre las Requeridas acerca del proceso de contratación de Mininco en 2009, toda vez que la negociación de la temporada de incendios forestales en Chile se inicia en invierno"[102].

En simple, a partir de tres correos electrónicos obtenidos por la FNE en ejercicio de sus facultades intrusivas, de los cuales solamente uno fue reconocido por uno de sus intervinientes –pero no por los restantes–, se infiere la existencia del acuerdo recurriendo a expresiones como "*no se descartan otras conversaciones*" o "*es altamente probable que esos correos den cuente de conversaciones entre las Requeridas*". Lo anterior, a pesar de que el tenor literal del contenido de algunos de esos correos ratifica que todas las conversaciones relacionadas con el arriendo de la aeronave matrícula CC-AAF fueron posteriores al *Addendum*.

Esta circunstancia, en la práctica, implicó invertir la carga probatoria, al presumir un acuerdo colusorio y dejar del lado de Faasa Chile la carga de "*descartar*" la existencia de una conducta colusoria, o justificar "*por qué sería improbable*" su verificación.

(ii) La explicación alternativa entregada por Faasa Chile –el arriendo de una aeronave para el cumplimiento de las obligaciones previamente contraídas con Mininco– carecería de racionalidad económica.

Se señala en la Sentencia que no tendría sentido que Martínez Ridao hubiese entregado en arriendo un avión a un competidor, en circunstancias que podría haber ofrecido el servicio directamente al cliente[103]. Lo anterior se acentúa, según la Sentencia, al considerar que Martínez Ridao no habría percibido la totalidad de los ingresos, por retener Faasa Chile un valor equivalente al 5% del total[104].

---

[101] Considerando 93° de la Sentencia.
[102] Ibid., c. 94°.
[103] Ibid., c. 103°.
[104] Ibid., c. 105°.

Como se observa, tales conclusiones son producto de las improcedentes inferencias expuestas *supra*, pues de no haberse presumido incorrectamente las conversaciones de julio de 2009, toda la operación aquí descrita entre las Requeridas habría tenido una razón de negocios, como en los hechos ocurrió, en tanto que todo lo que para el H. Tribunal carece de racionalidad económica, automáticamente pasa a tenerla cuando se considera que el arriendo de la aeronave AT-802 matrícula CC-AAF se negoció y ejecutó una vez que el *Addendum* ya estaba suscrito entre Faasa Chile y Mininco y no antes, como erradamente se concluye: Faasa Chile se vio en la necesidad de arrendar una aeronave para prestar un servicio al que ya se había obligado.

(iii) La existencia del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" que se tuvo por establecido quita plausibilidad a toda otra explicación alternativa.

Aquí se observa un ejemplo de esta suerte de "*cajón de sastre*" –el "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*"– en que la Sentencia descansa para tener probado cada episodio. Al respecto, se señala que:

> "[N]o se ha presentado evidencia suficiente que permita tener por probada ésta y las restantes explicaciones alternativas a propósito de la contratación con Mininco el año 2009, más aún, considerando que, como fue señalado en la sección F precedente, 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".

Tal como se expuso *supra*, expresiones de este tenor –que, adelantamos, están incluidas en cada uno de los episodios analizados– dan cuenta de que el análisis que se realiza en la Sentencia de cada uno de los episodios descansa en gran medida, probatoriamente hablando, en el indebido establecimiento del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" al que se ha hecho referencia *supra* en esta presentación.

En suma, a partir de lo expuesto es posible apreciar cómo los vicios procesales expuestos en *§II supra* han tenido una incidencia decisiva, también, en las conclusiones a las que se arribó a propósito del primer episodio descrito en la acusación. **(i)** De no haberse tenido por establecido el "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" –lo que se hizo de manera viciada, como se expuso–, y, **(ii)** de haber existido una instancia procesal para confrontar a todos los intervinientes de los correos electrónicos transcritos, una correcta valoración y ponderación de la prueba habría impedido desechar tan fácilmente las explicaciones alternativas ofrecidas por Faasa Chile, como en los hechos ocurrió. Esto, porque en ausencia del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*", los correos electrónicos citados al efecto –que no cumplen con las exigencias del *debido proceso*, según señalamos– habrían sido pura y llanamente insuficientes para concluir que la existencia de dichas conversaciones fue "*altamente probable*", como lo exige el estándar de prueba que rige en esta sede.

III.2. Celco 2010

El segundo hecho que, según el Requerimiento, daría cuenta de la implementación del *cartel* imputado habría ocurrido en 2010, con ocasión de la suscripción de un contrato con Forestal Celco S.A. ("Celco 2010" y "Celco", respectivamente). Lo que se reprocha en este episodio es un supuesto "*acuerdo de precios*", mas no uno de "*reparto de mercado*".

La FNE sostuvo que las Requeridas "*de cara a la temporada 2010-2011* […] *volvieron a comunicarse para fijar los precios que ofertarían*", y que "[e]*n los hechos* […] *acordaron aumentar los precios para las temporadas venideras*"[105]. La implementación del supuesto "*acuerdo único y continuado*" en esta oportunidad habría adoptado una forma muy particular[106]. Se trataría de conversaciones sostenidas en 2010 –en una fecha indeterminada– que habrían tenido efectos diferidos en el tiempo: respecto de Martínez Ridao, desde 2010 en adelante; mientras que respecto de Faasa Chile, desde 2012 en adelante.

En el curso del proceso esta parte expuso[107] y acreditó[108] suficientemente las razones que desechaban esta acusación específica. En simple, se explicó detalladamente que la suscripción del contrato con Celco en 2010 no estuvo precedida, ni formó parte, de un acuerdo colusorio con Martínez Ridao. En concreto:

(i) Porque se demostró que la variación en el precio –respecto de lo que había hasta ese entonces– fue un simple reajuste conforme con el Índice de Precios al Consumidor ("IPC") acumulado del período 2007-2010;

(ii) Que dicho reajuste fue parte de una negociación bilateral sostenida entre Celco y Faasa Chile en julio de 2010, de la cual existen múltiples registros que fueron aportados al proceso;

(iii) Del mismo modo, se concluyó que los correos electrónicos aportados por la FNE en sustento de su tesis, por más desafortunados que hayan sido, no son demostrativos del *cartel* que se imputaba, toda vez que ***(a)*** se trató de meras comunicaciones internas entre ejecutivos del Grupo Faasa, ***(b)*** **ocurridas con posterioridad al envío de la oferta de Faasa Chile a Celco**, ***(c)*** luego de tales comunicaciones internas no existieron nuevas propuestas de Faasa Chile a Celco por los AT-802, y ***(d)*** en cualquier caso, porque Faasa Chile y Martínez Ridao no compitieron por la adjudicación de aeronaves AT-802 en dicho proceso de contratación, sino que se trató de dos procesos de contratación directa que Celco lideró y desarrolló separadamente para abastecer las zonas de *Celco Norte* y *Celco Sur*. No existe prueba que señale que Celco pidió a Faasa

[105] Página 6 del Requerimiento.
[106] Ibidem.
[107] Página 33 y siguientes de la Contestación, que se dan por íntegramente reproducidas.
[108] Véanse páginas 95 a 107 de las Observaciones a la Prueba, que se dan por íntegramente reproducidas.

Chile una propuesta por AT802 para abastecer *Celco Norte*, y tampoco haya solicitado a Martínez Ridao una cotización para abastecer la zona de *Celco Sur*.

Tal como ocurrió a propósito de Mininco 2009, la Sentencia dio por acreditado este episodio, desechando las explicaciones alternativas expuestas; todo lo cual se encuentra latamente desarrollado entre los considerandos 113° y 137°.

Una vez más, las razones expresadas en la Sentencia para estos efectos encuentran su origen en aquellos vicios procesales a los que nos hemos referido *supra*:

(i) La Sentencia sustenta el acuerdo colusorio en cuatro correos electrónicos que, según ella misma reconoce, darían cuenta de comunicaciones verificadas después del envío de la oferta que fue finalmente aceptada por Celco.

El primer, y más grave error de la Sentencia en este punto, viene dado por una manifiesta infracción a las reglas de la *sana crítica*, pues da cuenta de una valoración que contraviene, entre otras materias, los principios de la lógica, además de alterar la carga de la prueba. Veamos:

- En el considerando 127° se constata que Faasa Chile envió a Celco su primera oferta por tres aviones AT-802 el 12 de julio de 2010, y que, luego, a petición de tal compañía, envió una segunda oferta unos días más tarde, el **19 de julio de 2010** ("Oferta de Aviones"),

- Asimismo, se tuvo por acreditado, que no existieron entre Faasa Chile y Celco intercambios posteriores en lo que se refiere a la Oferta de Aviones, y, que, por tanto, esta última **fue la definitiva, y aquella aceptada por Celco**.

- También, se estableció que posterior al envío de la Oferta de Aviones, todas las comunicaciones que existieron entre Faasa Chile y Celco estuvieron referidas a una materia totalmente ajena al juicio de autos: al servicio de helicópteros, mercado en el que no participa Martínez Ridao.

Sin perjuicio de todo lo anterior, en la Sentencia se tuvo por establecido el acuerdo, señalando que las conversaciones colusorias habrían tenido lugar el 3 de agosto de 2010, es decir, después del envío de la Oferta de Aviones.

Las justificaciones de la Sentencia para llegar a esa conclusión son tan sorprendentes como contradictorias: ***(a)*** no se habría entregado una justificación distinta a una colusión a los correos de 3 de agosto de 2010[109]; y, ***(b)*** el alza en los precios que se terminó pactando con Celco habría sido superior al IPC del período comprendido entre

[109] **Ibid., c. 128°.**

2010 y 2012: éste habría sido equivalente a un 6,6%, mientras que el aumento del contrato habría sido de un 14,8%[110]. Ambos argumentos carecen de toda lógica a la luz de lo que hubiera sido una correcta valoración y ponderación de la prueba rendida en autos:

En relación con lo primero, la falta de justificación de los correos de 3 de agosto de 2010, es evidente que la Sentencia alteró la carga de la prueba, al establecer una presunción de colusión que, según se desprende de la Sentencia, debía ser derribada por Faasa Chile. Para que nuestra representada resultase condenada por este episodio, lo que correspondía era que la FNE acreditara que la presentación de la Oferta de Aviones **estuvo precedida** de contactos colusorios entre las Requeridas. Y esto último no pudo ser demostrado, precisamente, porque Faasa Chile logró acreditar que la Oferta de Aviones fue enviada antes de se hubiesen verificado tales conversaciones supuestamente colusorias. Aun así, nuestra representada resultó condenada por este episodio, siendo manifiesto el error.

En relación con lo segundo, valga reiterar, como esta parte expuso detalladamente en la Contestación y en las Observaciones a la Prueba, que el reajuste aplicado no se definió en función del IPC correspondiente al período 2010-2012, como indica la Sentencia, **sino que al IPC acumulado entre 2007 y 2010, considerando las fluctuaciones en el tipo de cambio**.

Ello llevó a que el precio fijo, nominal, que Celco estuvo pagando a Faasa Chile desde el año 2007 –USD $180,000– se incrementara a –USD $207,000– a contar de 2012. El análisis y cálculo en los que se apoya este ejercicio consta entre las páginas 96 y 98 de las Observaciones a la Prueba.

Si este antecedente hubiese sido ponderado correctamente en lugar de haber sido desechado producto de la ya señalada presunción de acuerdo, difícilmente habría podido concluirse que un ajuste de precios según IPC sería demostrativo del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" que se sancionó.

(ii) La Sentencia constata que este episodio constituye un supuesto "*acuerdo de precios*" y no uno de "*reparto de mercado*"[111].

Esta constatación abona a las conclusiones expuestas *supra* en orden a que es artificioso concluir que en la especie se habría verificado un supuesto "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*".

---

[110] Ibid., c. 123°.

[111] Al respecto, en el considerando 114° se señala lo siguiente: "*Que, en relación con este proceso de contratación para la prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales, la FNE imputó que las Requeridas se habrían comunicado para fijar los precios que ofertarían a Celco, logrando finalmente un alza en el precio de sus respectivos contratos*".

Lo resuelto en este punto no admite ninguna duda: se tiene por acreditada –erradamente, según se ha dicho– una supuesta alza coordinada de precios, y en ningún caso una distribución de mercado:

> "Que la prueba recién expuesta y el lenguaje utilizado con expresiones como 'haber si podemos ponernos de acuerdo con Martínez para subirlos' dan cuenta, en forma explícita, del compromiso consciente de las Requeridas hacia un esquema común en este proceso de contratación cuyo objeto era coordinar las condiciones de comercialización, fijando los precios frente a Celco"[112].

(iii) Siguiendo el patrón descrito, la existencia del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" que se tuvo por establecido, es nuevamente utilizado para desechar livianamente las explicaciones alternativas ofrecidas por Faasa Chile.

En concreto, se repite literalmente el mismo argumento de cierre utilizado respecto de Mininco 2009:

> "Más aún, este episodio debe entenderse dentro del acuerdo único en que participaron las Requeridas, el cual les confirió poder de mercado y les permitió aumentar los precios por sobre el nivel que habría prevalecido de no haberse concretado el mismo, tal como se analizará en la sección H"[113].

Así las cosas, también es posible concluir que los vicios procesales expuestos en *§II supra* han tenido una incidencia decisiva en Celco 2010. De haberse valorado correctamente la prueba, y de haberse respetado el *onus probandi*, **(i)** se habría concluido que era la FNE la que tenía la carga de acreditar que los correos electrónicos de 3 agosto de 2010 incidían sobre una convención que estaba perfeccionada a esas alturas, y no a la inversa, como ocurre en la Sentencia; y, **(ii)** de no haberse tenido por establecido el "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" de manera viciada, como ocurrió, ningún juzgador podría razonablemente haber concluido que un ajuste de precios según IPC sería demostrativo del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" que se sancionó.

El impacto de este error es particularmente relevante, pues este fue uno de los episodios en función de los cuales se calculó el beneficio económico a partir del cual se fijó la multa a nuestra representada.

III.3. Conaf 2012

Lo que la FNE imputó en este caso consiste en una supuesta abstención que nuestra representada habría realizado en beneficio de Martínez Ridao; abstención que habría permitido a esta última compañía suscribir con la Corporación Nacional Forestal ("Conaf") un contrato de emergencia para la temporada de incendios forestales 2012 ("Conaf 2012").

---

[112] **Considerando 133° de la Sentencia.**
[113] **Ibid., c. 134°.**

Según esta parte expuso en la Contestación[114], y acreditó en el curso del proceso[115], no es efectivo que la contratación de Conaf aludida en el Requerimiento haya estado precedida, ni que haya sido el resultado o una manifestación del *cartel* que se persigue. Tal como se señaló y acreditó, la abstención de nuestra representada en este caso respondió a una decisión unilateral de Faasa Chile, fundada en el hecho de que a esa fecha no se disponía de ninguna aeronave AT-802 que ofrecer. Y conseguir esa aeronave de parte de un tercero resultó imposible, atendida la premura del llamado de Conaf, que exigía contar con la aeronave lista para operar en un plazo de 15 días.

En ese proceso de contratación, por lo demás, nuestra representada ofertó –y terminó contratando con Conaf– un helicóptero que reunía las características solicitadas, que era la única aeronave que sí estaba en condiciones de ofrecer. En tal sentido, la única comunicación que existió entre Faasa Chile y Martínez Ridao tuvo por objeto saber si esta última tenía aeronaves sin utilizar que pudiera entregar en arriendo a nuestra representada, comunicación que, en cualquier caso, ocurrió después de que Martínez Ridao ya había entregado a Conaf los términos bajo los cuales se ofreció la única aeronave AT-802 que manifestó tener disponible.

La Sentencia analiza este episodio entre los considerandos 137° y 155°, desechando las explicaciones alternativas entregadas por la Compañía, para finalmente dar por acreditado el acuerdo. En el razonamiento de la Sentencia sobre este punto, sin embargo, se incurre nuevamente en errores de valoración y ponderación de la prueba, que evidencian contradicciones manifiestas. Veamos:

(i) El episodio Conaf 2012 se tiene por acreditado en función de cinco correos electrónicos obtenidos por la FNE en ejercicio de sus facultades intrusivas, de los cuales cuatro no fueron reconocidos ni contrastados con sus supuestos intervinientes.

Así se desprende de los considerandos 140° y 141° de la Sentencia, en los que se señala que serían comunicaciones supuestamente sostenidas entre los señores Ricardo Pacheco, Héctor Tamarit, y Manuel González, siendo el primero de ellos el que supuestamente habría tenido la mayor participación en este episodio. Solamente uno de esos correos fue exhibido al señor Héctor Tamarit –ninguno al señor Pacheco ni al señor González– en audiencia de absolución de posiciones.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sentencia extrae severas inferencias, particularmente a partir de lo que supuestamente habría señalado el señor Pacheco:

> "[…] (i) Faasa Chile condicionó su participación en el proceso de contratación a la decisión de su competidor, MR Chile […]; (ii) […] la decisión de abstenerse en favor de un competidor se enmarca en un esquema colusivo más amplio […];

[114] **Véanse páginas 40 a 46 de la Contestación, que se dan por íntegramente reproducidas.**
[115] **Véanse páginas 107 a 120 de las Observaciones a la Prueba, que se dan por íntegramente reproducidas.**

> y (iii) MR Chile informó en detalle a Faasa de las condiciones comerciales que propuso a Conaf en ese proceso […]"[116].

En simple, el acuerdo se da por establecido en función de antecedentes que constan en una cadena de correos electrónicos cuyo principal supuesto autor habría sido el señor Ricardo Pacheco, quien, sin embargo, no fue consultado ni contrastado con aquellos por decisión estratégica de la FNE.

(ii) En la Sentencia se realizan erradas inferencias y deducciones a partir de información parcial, lo que se explica por la falta de consideración de las dinámicas propias de las contrataciones por emergencia que realiza Conaf, las que fueron detalladamente acreditadas en el juicio.

En los considerandos 145° y 146°, la Sentencia concluye que aquellas comunicaciones descritas en el numeral (i) precedente habrían tenido lugar de manera previa al envío, por parte de Martínez Ridao, de la oferta a Conaf, lo que no es efectivo.

Al respecto, en las Observaciones a la Prueba[117] se explicó detalladamente que las contrataciones de emergencia de Conaf se desarrollan en dos etapas. La primera fase tiene un carácter meramente indagatorio e informal en el que Conaf decide a su discreción contactar a determinadas empresas para hacerse una idea de los medios que están disponibles en la industria. Una vez completada esta primera etapa, en que Conaf ya conoce con mediana claridad la disponibilidad de aeronaves, y su valor, se envía una invitación formal de modo de cumplir con todas las solemnidades propias de la contratación pública. Todo esto en un período muy acotado de tiempo.

De esta manera, en la primera etapa, las empresas contactadas entregan una cotización, y es en función de ello que Conaf elabora los denominados "*términos de referencia*". De modo que esa oferta inicial, en la mayoría de los casos, es la que termina quedando plasmada en los respectivos contratos, por ser la que Conaf tuvo en consideración para elaborar los "*términos de referencia*".

Pues bien, lo que ocurrió en este caso debe ser interpretado en función de esta dinámica. Y eso es particularmente importante, porque los correos electrónicos utilizados en la Sentencia para acreditar este episodio dan cuenta que la única comunicación que existió en este punto fue posterior a la entrega, por parte de Martínez Ridao, de su oferta a Conaf, en la primera etapa ("[Martínez] ***le ha ofrecido*** *un avion por 300.000 usd 75 dias y 60 horas para esta año*"[118](Sic)). Prueba de lo anterior es que el precio del contrato entre Martínez Ridao y Conaf fue aquel que la primera señaló haber entregado a Conaf.

---

[116] Considerando 143° de la Sentencia.
[117] Véanse páginas 108 a 110 de las Observaciones a la Prueba, que se dan por reproducidas.
[118] Considerando 140° de la Sentencia, numeral (iii).

No se acompañó evidencia al proceso que demuestre que existieron comunicaciones previas al envío, sino que, por el contrario, la única evidencia demuestra que ello ocurrió con posterioridad.

En simple, se infiere la existencia de una comunicación anterior al envío de la oferta de Martínez Ridao, en circunstancias de que la prueba demuestra que dicha comunicación fue posterior. De haberse ponderado adecuadamente las dinámicas de las contrataciones de emergencia, la explicación alternativa ofrecida por Faasa Chile no podría haber sido desechada de manera tan laxa como ocurrió. Y, por ende, en ausencia de otros antecedentes no podría haberse concluido que la existencia de esas supuestas comunicaciones previas era altamente probable, como exige el estándar de prueba imperante en esta sede.

(iii) Se infiere la existencia del acuerdo, a pesar de que se tiene por establecido que Faasa Chile no tenía aeronaves con las cuales presentarse al servicio solicitado por Conaf.

En la Sentencia también se verifica una contradicción insalvable que hace inverosímil la existencia del acuerdo. En efecto, se tiene por establecido que Faasa Chile no tenía aeronaves disponibles para ofrecer a Conaf, sino que solamente helicópteros[119]. A pesar de ello, se concluye que Faasa Chile se habría abstenido de participar en favor de Martínez Ridao.

Como es lógico, para que una situación como la acusada configure un actuar colusorio, era necesario demostrar ***(a)*** que la abstención de Faasa Chile estuvo acompañada de una disponibilidad de aeronaves que deliberadamente no se puso a disposición del cliente, o, ***(b)*** que, teniéndolas o no, Faasa Chile formuló una oferta más alta que la de Martínez Ridao, una "*oferta de cobertura*". Pero nada de ello ocurrió. Faasa Chile se abstuvo de ofertar porque no tenía con qué hacerlo.

Nótese, por lo demás, que la falta de disponibilidad de aeronaves –cuestión fáctica no controvertida en la Sentencia– dota sustancialmente de plausibilidad a la explicación alternativa entregada: Faasa Chile contactó a Martínez Ridao para consultar por su disponibilidad de aeronaves. A la fecha de esa comunicación, Martínez Ridao manifestó haber entregado ya una oferta a Conaf. Como resultado, producto de la ausencia de aeronaves disponibles, Faasa Chile simplemente no ofertó aviones, sino que lo único que podía ofrecer: un helicóptero.

(iv) Siguiendo el patrón descrito, la existencia del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" que se tuvo por establecido, es nuevamente utilizado para desechar livianamente las explicaciones alternativas ofrecidas por Faasa Chile.

---

[119] **Ibid., c. 149° - 150°.**

En conclusión, se observa que los vicios procesales expuestos en *§II supra* también han tenido una incidencia decisiva en Conaf 2012, toda vez que **(i)** se obtienen graves inferencias y deducciones a partir de correos electrónicos que, como mínimo, debieron haber sido confrontados con la declaración del señor Ricardo Pacheco y del señor Manuel González; **(ii)** se pasa por alto que la única comunicación que existió entre las partes fue posterior al envío de la oferta de Martínez Ridao a Conaf; **(iii)** se tiene por acreditado el acuerdo contraviniendo cualquier lógica colusoria: Faasa Chile no pudo haberse abstenido en favor de Martínez Ridao si, a la vez, no tenía aeronaves que ofrecer, y tampoco realizó una "*oferta de cobertura*"; y, **(iv)** todas las explicaciones alternativas son soslayadas, en parte importante, en función del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" incorrectamente establecido.

Si estos errores no se hubiesen verificado, el episodio Mininco 2012 no se podría haber tenido por acreditado.

III.4. Mininco 2012 y Celco 2012

En el Requerimiento, la FNE acusó que el supuesto *cartel* imputado se habría implementado, además, en dos contrataciones privadas llevadas adelante a mediados de 2012. La primera de ellas, respecto de Mininco ("Mininco 2012") y, la segunda, respecto de Celco ("Celco 2012").

Sobre la primera, Mininco 2012, la FNE imputó que "[l]*a comunicación en este caso tuvo por objeto acordar los precios que ofertarían y repartirse la provisión del servicio de extinción y combate de incendios solicitada por este cliente*"[120]. Adicionalmente, se imputa que las Requeridas habrían inhibido el ingreso de un tercero a través de "*las presiones que habrían ejercido ejecutivos de Faasa y de Martínez Ridao en España en orden a evitar su participación* [de Trabajos Aéreos Espejo, S.L, en adelante "Espejo"] *en el mercado chileno*"[121].

Sobre la segunda –Celco 2012– indica la FNE que "*el patrón colusorio volvió a manifestarse*"[122] y que "*Faasa se abstuvo de participar en la licitación*"[123].

A diferencia de lo ocurrido en los tres episodios anteriores, en el Requerimiento se esboza –pues no se afirma ni se expone con claridad– la idea de que este acontecimiento específico configuraría una suerte de distribución colusoria entre las Requeridas. Lo que es relevante desde al menos dos puntos de vista para los efectos de esta Reclamación:

Primero, porque aún si forzamos la escueta descripción efectuada por la FNE de este episodio específico bajo la forma de una suerte de "*reparto de mercado*", ello supondrá necesariamente que el mismo deba ser analizado con especial énfasis en la contraprestación que

[120] **Página 7 del Requerimiento, párrafo 20.**
[121] **Ibid., pp. 10 y 11.**
[122] **Ibid., p.10.**
[123] **Ibid., p.11.**

supuestamente Faasa Chile habría obtenido a cambio de la abstención acusada, cuestión que derechamente no ocurre; y,

Segundo, porque ratifica, por contraste, que otros episodios del Requerimiento no encierran una lógica "*única y continuada*" de "*reparto de mercado*" como la que se condenó en la Sentencia, y, por ende, avala que la Sentencia erró al concluir que todos los episodios descritos habrían sido una manifestación del acuerdo "*único y continuado*" que se sanciona. **Dicho de otra manera, estamos ante una muestra palpable, obtenida de la sola lectura del Requerimiento, de que no es posible ubicar todos los episodios dentro del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" que se condenó.**

En el curso del juicio se expuso[124] y acreditó[125] la manera en que se verificaron estos antecedentes en los hechos. Al efecto, se explicó que los procesos de Mininco 2012 y Celco 2012 se dieron de manera simultánea, y, en su conjunto, demandaban una cantidad inabordable de aeronaves para la Compañía. De modo que esta última, de manera unilateral, y fundada en criterios objetivos y económicamente racionales, decidió no presentar una oferta en Celco.

En paralelo, apostando por Mininco, y por alcanzar el mínimo exigido por la empresa forestal, Martínez Ridao y Faasa Chile negociaron la posibilidad de suscribir un consorcio una vez adjudicado el contrato. El principal descuido de nuestra representada fue no haber transparentado esta circunstancia a Mininco.

Asimismo, se justificó que el supuesto el *bloqueo* a Espejo no encuentra sustento en antecedente alguno. Por el contrario, de conformidad con lo declarado por un **testigo *de oídas*** que ***interpretó*** el correo exhibido por la FNE[126], sólo pudo extraerse que Espejo decidió no venir a Chile por las consecuencias que podría resultarle incumplir o afectar sus vínculos contractuales en el extranjero.

La Sentencia desestimó las explicaciones y probanzas rendidas al efecto, y dio por establecido el acuerdo en el caso de Mininco 2012[127] y de Celco 2012[128]. Esto último, también como resultado de los vicios que han sido desarrollados en esta Reclamación.

En lo que respecta a Mininco 2012, los errores más patentes –que influyeron en lo dispositivo de la Sentencia– están principalmente referidos la supuesta exclusión de Espejo del proceso de contratación bajo análisis y son los que se exponen a continuación:

---

[124] Véanse páginas 46 a 53 de la Contestación, que se dan por reproducidas.
[125] Véanse páginas 120 a 137 de las Observaciones a la Prueba, que se dan por reproducidas.
[126] Se trata del testigo señor Francisco Alandí Escrig, que prestó declaración ante el H. Tribunal el 4 de noviembre de 2019, según el acta de fojas 2.955. La transcripción de dicha declaración fue acompañada al proceso a fojas 3.045.
[127] Véanse considerandos 156° a 205°.
[128] Véanse considerandos 206° a 242°.

(i) La Sentencia desatiende las exigencias del *debido proceso* al hacer graves inferencias y deducciones a partir de correos electrónicos supuestamente intercambiados entre terceros ajenos al juicio, quienes no fueron confrontados ni interrogados al efecto, por una decisión estratégica de la FNE.

Todo el episodio relacionado con la supuesta exclusión de Espejo se sustenta en un correo de electrónico de 31 de julio de 2012, supuestamente intercambiado entre dos terceros ajenos al juicio, los señores Javier Ortiz y Osvaldo Vera[129]. Decimos "*supuestamente intercambiados*" pues, tal como fue la tónica en episodios anteriores, la FNE no hizo comparecer a ninguna de esas personas a efectos de corroborar su autoría ni confrontar su contenido. Con todo, una de las personas que aparecen copiadas en ese correo sí declaró en estos autos: el señor Raúl Ramírez Figueroa. Este operador local, como lo declaró en el juicio, quiso aprovechar el modelo de *doble temporada* y buscó asociarse con una firma española, Espejo, para presentarse al proceso de licitación convocado por Mininco.

Según la FNE, habrían existido comunicaciones avanzadas entre esta suerte de *joint venture* Ramírez-Espejo y Mininco; conversaciones que al poco andar habrían concluido producto del supuesto *cartel* que habría existido entre Martínez Ridao y Faasa Chile.

Las tajantes afirmaciones de la FNE, sin embargo, fueron desacreditadas luego de que la declaración del señor Ramírez ante el H. Tribunal fuera abiertamente contradictoria con la que otro de los supuestos intervinientes de ese correo había prestado ante la FNE en el curso de la investigación, el señor Osvaldo Vera.

Y es que, mientras el señor Ramírez afirmó que la oferta de Espejo "*estaba aceptada*"[130] por Mininco al momento en que fue retirada –lo que entregaría algo de verosimilitud al episodio–, **el señor Vera, al declarar ante la FNE manifestó precisamente lo contrario**[131]: que habían existido algunos acercamientos, pero que en ningún caso se había presentado aquella situación descrita por el señor Ramírez[132].

---

[129] Véanse considerandos 182° y siguientes de la Sentencia.

[130] Página 29 de transcripción de audiencia testimonial de Raúl Ramírez Figueroa, acompañada a fojas 2.029.

[131] Páginas 22 y siguientes de transcripción de declaración prestada por don Osvaldo Vera ante la FNE el 14 de septiembre de 2017 en la Investigación Rol 2424-17 FNE. Dicha transcripción consta en el archivo N°67 del Tomo II de los Documentos Físicos Públicos acompañados por la FNE a fojas 249.

[132] A continuación, se transcriben algunos fragmentos de dicha declaración: *"FNE: ¿Él se contactó con usted, el señor Ramírez? Declarante: El señor Ramírez, conmigo. […] Declarante: […] Y nos llegó esta oferta, pero una oferta general entonces yo le pedí que nos hiciera una oferta de acuerdo a la configuración que estamos pidiendo nosotros a todos los oferentes, tantas horas, tantos días, ¿no cierto?, y la base técnica. […] Esa vez no hubo ni negociación porque en realidad ellos […] claro, ellos me mandaron su cotización y yo les dije: 'oye nos parece fantástico, pero espérese ahí', 'pero sígase a la configuración que nosotros remitimos', mandaron esa oferta y yo la puse a disposición de las personas que estaban dentro de la […] en ese minuto. […] FNE: […] Usted, además de este correo, ¿pudo hablar con el señor Ortiz o con el señor Ramírez? Declarante: No, no. […] FNE: Tampoco indagó más en las causas de esto ni […] Declarante: No porque… porque la verdad es que no tenía sentido digamos, lo que mencionaban en la carta […] Y además la oferta que me habían hecho, al final si usted mira el contrato era más alta que la que se adjudicó, por lo tanto…y además no era la menor, digamos. Es decir, si es que hubiera sido tampoco yo haría de otra manera".* [Páginas 22 y siguientes de transcripción de declaración prestada por don Osvaldo Vera ante la FNE el 14 de septiembre de 2017 en la Investigación Rol 2424-17 FNE. Dicha transcripción consta en el archivo N°67 del Tomo II de los Documentos Físicos Públicos acompañados por la FNE a fojas 249].

Todo lo cual resulta determinante para determinar si el retiro de la oferta de Espejo realmente fue sido, o no, el resultado del acuerdo que se acusa.

En simple, el H. Tribunal se enfrentó a dos interpretaciones diferentes de un mismo correo electrónico, una obtenida por la FNE en el curso de la Investigación –la del señor Vera– que no fue corroborada en el proceso, y otra obtenida en sede judicial –la del señor Ramírez–, por la vía testimonial.

Luego, en lugar de concluir que dicha discordancia impedía aclarar la materia producto de la falta de concurrencia de uno de los intervinientes –circunstancia plenamente atribuible a una decisión estratégica de la FNE–, optó llanamente por tomar aquella que permitía inferir la existencia de la conducta acusada.

Es, precisamente para evitar este tipo de arbitrariedades que el *debido proceso* exige la comparecencia de quienes intervienen en determinadas comunicaciones para poder ponderarlas adecuadamente, especialmente cuando son utilizadas en el ámbito sancionador, y cuando esos antecedentes son recabados por la autoridad en ejercicio de facultades legales de las que no están revestidas las partes acusadas.

Y es que, en simple, habiendo dos interpretaciones contrapuestas en relación con un mismo instrumento, una de ellas sin haber sido verificada judicialmente, resulta difícil entender por qué la Sentencia concluye que la declaración del señor Ramírez sería sustento suficiente para entender que habría sido altamente probable que las Requeridas excluyeron a Espejo del proceso de contratación de Mininco.

Como corolario del vicio expuesto, resulta que la Sentencia tomó nota del argumento expuesto,[133] que fue oportunamente levantado por esta parte en las Observaciones a la Prueba[134], pero inexplicablemente optó por no hacerse cargo de este punto.

(ii) El recurso al "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" para soslayar los errores y omisiones probatorios fueron particularmente excesivos en este caso.

Por razones de economía procesal, nos remitimos a lo sostenido en los considerandos 194°, 202° y 205° de la Sentencia, sin perjuicio de que destacamos la siguiente expresión, que ratifica lo sostenido hasta el momento en cuanto al excesivo recurso de la Sentencia al supuesto "*acuerdo único y continuado*" para sancionar a nuestra representada:

> "Que, a mayor abundamiento, tal como fue señalado en el acápite relativo a la configuración de un acuerdo único y continuo entre las Requeridas (secciones C y F) además, se acreditó que, en este periodo de contratación, las Requeridas se reunieron presencialmente en España, en mayo de 2012, tal como se indica en la sección F de esta sentencia, lo que constituye un

[133] **Véanse considerandos 191° y 192° de la Sentencia.**
[134] **Véanse páginas 129 a 136 de las Observaciones a la Prueba, que se dan por reproducidas.**

> 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"[135].

Errores de la misma naturaleza y entidad se aprecian en las conclusiones a las que arribó la Sentencia en lo que respecta a Celco 2012.

Lo relevante en este punto es que toda la participación de Faasa Chile en este acontecimiento se infiere a partir de comunicaciones que no fueron reconocidas por sus supuestos interlocutores, y de la declaración de un testigo que prestó declaraciones ambiguas, contradictorias e infundadas.

En efecto, del desarrollo contenido en los considerandos 217° y siguientes de la Sentencia, se desprende que la participación de Faasa Chile en este supuesto acuerdo se determinó en función de un intercambio de correos electrónicos de 7 de agosto de 2012, que habría sido enviado desde la casilla de correo electrónico "avialsa@avialsa.com" a don Manuel González Gabaldón. Nótese que sólo versiones impresas de tales instrumentos fueron aportados al proceso, no los archivos digitales de origen.

Según ya se ha señalado, la FNE no hizo comparecer al señor González Gabaldón al proceso por decisión propia. Sin embargo, sí citó a declarar como testigo al señor Francisco Alandí Escrig, un exejecutivo de la compañía Avialsa, un proveedor extranjero de servicios de extinción de incendios forestales que no opera en Chile, ni tampoco lo hacía en el período del Requerimiento.

Según se expuso detalladamente en las Observaciones a la Prueba[136], el señor Alandí, supuesto interviniente en tal intercambio de correspondencia, entregó dos grupos de respuestas en estrados que hacían imposible inferir de manera concluyente lo acusado por la FNE a este respecto.

El primero de estos grupos dice relación con que el señor Alandí no fue capaz de reconocer la autoría del referido correo electrónico. En efecto, tal como señala la Sentencia, dicha comunicación fue enviada desde la casilla avialsa@avialsa.com, la que, según declaró el señor Alandí en autos, era utilizada indistintamente por diferentes colaboradores de esa compañía[137]. En relación con este punto, al ser consultado por la FNE sobre si reconocía la autoría de ese correo en específico, respondió:

> "[s]í, reconozco a qué se refiere. **¿Si lo envié yo? No**"[138].

---

[135] Considerando 205° de la Sentencia.

[136] Véanse páginas 124 y siguientes de las Observaciones a la Prueba, que se dan por reproducidas.

[137] "*FNE: ¿Hubo otras direcciones de correo electrónico que usted utilizara vinculadas a su trabajo en avialsa? TESTIGO: […] había un correo genérico que se veía desde la administración. FNE: ¿Reecuerda cuál era ese correo? […] TESTIGO: Sí, avialsa@avialsa.com. FNE […] ¿qué entendemos por administración ¿Quiénes personas (Sic) conformaban ese correo? TESTIGO: Prácticamente, desde el jefe de administración, desde operaciones también se accedía a ese correo, era un correo genérico. FNE: ¿Usted en particular tenía acceso a ese correo, a esa casilla? TESTIGO: El señor Huerta también, si yo*". Página 8 de transcripción de la declaración de don Francisco Alandí Escrig, acompañada a fojas 3.045.

[138] Ibid., pp. 41 a 42.

Para que no quede ninguna duda, al ser consultado sobre si, al menos, había tenido conocimiento de dicho correo electrónico, respondió sin ambages que :

"**[c]oncretamente <u>no puedo recordar tampoco</u>**"[139].

Incluso reconoció no tener certeza de si la versión impresa del correo que obra en autos había sido o no aportado por él[140].

Es decir, se trata de un correo no reconocido por su remitente, ni tampoco por su destinatario; un instrumento electrónico en su origen cuyas propiedades <u>no pudieron ser conocidas en razón de haber aportado la FNE una simple versión impresa de aquel</u>.

<u>Por su parte, el segundo grupo de respuestas</u> se relaciona con el nulo conocimiento que el señor Alandí manifestó tener sobre el funcionamiento de la industria de extinción de incendios en Chile, y de cualquier potencial acuerdo que haya existido al respecto en Chile, materia que repitió una y otra vez según se expuso en las Observaciones a la Prueba[141]. Al efecto, todos los hechos sobre los que declaró el señor Alandí estaban referido a sucesos propios del mercado español, y no así el chileno.

En simple, se concluyó que Faasa Chile habría sido parte de este supuesto acuerdo en función de antecedentes probatorios que no solamente estuvieron lejos de cumplir las exigencias del *debido proceso*, sino que tampoco entregaban aquella claridad requerida por el estándar de *prueba clara y concluyente* que rige en esta sede.

De haber sido correctamente valorada y ponderada la prueba sobre la que discurre la Sentencia a este respecto, no podría haberse determinado la participación de Faasa Chile en Celco 2012, lo que ratifica la influencia decisiva que este error tuvo en lo dispositivo del fallo.

En suma, en lo que se refiere a Mininco 2012, la Sentencia yerra al haber tenido por acreditada la supuesta exclusión de Espejo, mientras que respecto de Celco 2012, desacierta al haber tenido por acreditada la participación de Faasa Chile en el proceso de contratación que culminó con la suscripción de un contrato entre Martínez Ridao y Celco. <u>En ambos casos el error as análogo</u>: la Sentencia realizó severas inferencias y presunciones a partir de instrumentos que, por no haber sido sometidos al escrutinio procesal que exige el *debido proceso*, no podrían haber servido de base para concluir que había una alta probabilidad de que los acuerdos se hubieren verificado. Todo lo anterior se vio agravado con el desmesurado recurso a la existencia del supuesto "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" como forma de desechar las explicaciones alternativas ofrecidas por Faasa Chile.

---

[139] Ibid., p.48

[140] Ibid. En lo que resulta relevante, la declaración del señor Alandí fue del siguiente tenor: "*<u>ABOGADO FAASA</u>: [...] los correos que le fueron exhibidos hace unos minutos atrás, ¿son los mismos antecedentes que usted aportó a la Fiscalía de España o al proceso judicial que existe en España? <u>TESTIGO</u>: No lo sé. Los desconozco porque los aportaron mis abogados*".

[141] Véanse páginas 77 y siguientes de las Observaciones a la Prueba, que se dan por reproducidas.

III.5. Conaf 2015

El último episodio que el Requerimiento describió como supuesta manifestación del *cartel* perseguido dice relación con un proceso de contratación llevado adelante por Conaf, también a través del mecanismo de *trato directo*, en enero de 2015 ("Conaf 2015").

La imputación concreta de la FNE es que, en este caso, el supuesto acuerdo se habría materializado en una retractación de Faasa Chile en un proceso de contratación con Conaf. Así, el Requerimiento sostiene que "*las Requeridas acordaron que Faasa se desistiera de dicho proceso, en circunstancias que ya había formulado una oferta por dos aviones. Lo anterior, con el objeto de favorecer la asignación del contrato a Martínez Ridao a un precio superior*"[142].

En el curso del proceso[143], esta parte negó haber incurrido en la conducta imputada. Al respecto, se expuso y acreditó que, en el marco de dicho proceso de contratación, Faasa Chile entregó una cotización a Conaf en la etapa informal a la que nos referimos *supra*, a propósito de Mininco 2012; propuesta que contenía dos aeronaves AT-802, en circunstancias de que nuestra representada sólo tenía una. Dicha cotización se formuló apostando por conseguir la segunda de parte de terceros que la entregasen en arriendo, o, si los tiempos lo permitían, por intentar traer a Chile una aeronave de propiedad de su matriz española. El proceso de contratación de Conaf resultó ser más engorroso y lento de lo presupuestado inicialmente, y en el camino surgieron algunas exigencias adicionales de parte de la Conaf que llevaron a nuestra representada a no formalizar aquella propuesta enviada inicialmente, de manera preliminar. Luego de adoptada y comunicada a Conaf la decisión de no continuar en dicho proceso, nuestra representada entregó la única aeronave que tenía en ese entonces disponible, en España, a Martínez Ridao, bajo la forma de una subcontratación.

La Sentencia analiza este episodio entre los considerandos 243° y 276°, y, al igual que en los otros casos, desecha las explicaciones alternativas entregadas para, finalmente, dar por acreditado el acuerdo. De manera similar a lo expuesto hasta el momento, dicha conclusión se explica por una errada valoración y ponderación de la prueba, además del reiterado recurso al "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" como pilar para no considerar las explicaciones alternativas que fueron desarrolladas a lo largo del juicio. Las principales manifestaciones de tales errores en este episodio son las que se exponen a continuación:

(i) Todas las premisas sobre las que se estableció Conaf 2015 fueron obtenidas a partir de un correo electrónico que no fue reconocido ni confrontado con ninguno de sus supuestos intervinientes; instrumento que, por lo demás, daría cuenta de comunicaciones verificadas varios meses después de los hechos que se acusan.

---

142 Página 12 del Requerimiento, párrafo 30.
143 Al respecto, véanse páginas 53 a 61 de la Contestación, y páginas 138 a 156 de las Observaciones a la Prueba, que se dan por íntegramente reproducidas.

En el considerando 247°, la Sentencia transcribe una cadena de correos electrónicos de 7 de abril de 2015, supuestamente intercambiada entre los señores Ricardo Pacheco y Miguel Ángel Martínez, en el que aparecerían en copia los señores Manuel González y Claudio Alcayaga. Según esta parte expuso en las Observaciones a la Prueba, y también en la vista de la causa, dicho correo electrónico no pudo ser exhibido ni confrontado con el señor Ricardo Pacheco, por no haber sido este último citado legalmente por la FNE.

Lo que más llamó la atención, sin embargo, es que el otro supuesto interviniente, señor Miguel Ángel Martínez, sí compareció al proceso, pero aun así, **la FNE optó por no exhibir dicho correo electrónico**, ni interrogar al señor Martínez a su respecto.

Pasando por alto esta circunstancia, la Sentencia, sobre la única base del mencionado correo electrónico, realiza inferencias y deducciones a partir de las cuales se da por acreditado el episodio[144].

De ellas, la más grave se vincula con la presunción de comunicaciones entre las Requeridas que supuestamente se habrían verificado durante varios meses antes, en una fecha indeterminada; comunicaciones sobre las que no existe antecedente o indicio alguno y que se extraen única y exclusivamente de inferencias obtenidas a partir del referido instrumento[145].

(ii) A pesar de haberse tenido por establecidos los hechos que sustentaron las explicaciones alternativas aducidas por Faasa Chile, aquellas fueron livianamente desechadas en función de las deducciones e inferencias obtenidas erradamente.

En el curso del proceso, esta parte expuso y acreditó lo que verdaderamente ocurrió en este episodio. Al efecto, se reconoció que con posterioridad a la oferta informal entregada a Conaf, el proceso de contratación se tornó sustancialmente más engorroso y lento de lo presupuestado inicialmente –haciendo prácticamente el cumplimiento de los tiempos–, además de aparecer determinadas exigencias adicionales de parte de la Conaf que hacían el contrato más oneroso de lo inicialmente presupuestado. Esas circunstancias llevaron a nuestra representada, de manera unilateral y sin ningún contacto con competidores, a no formalizar aquella propuesta enviada inicialmente de manera preliminar.

Nótese que el sustrato fáctico de este relato se tuvo por acreditado en la Sentencia. No obstante ello, las explicaciones alternativas entregadas en función de esos hechos fueron desechadas en función de un solo argumento: la existencia de supuestas conversaciones previas[146], en un momento indeterminado del tiempo. Antecedente que,

[144] Véase considerando 246° de la Sentencia.
[145] Ibid., c. 272°.
[146] Ibid., c. 270°.

como se señaló, provino de inferencias y deducciones obtenidas erradamente, única y exclusivamente a partir del ya señalado correo de 7 de abril de 2015, el que –reiteramos– no fue sometido al escrutinio procesal que exige el *debido proceso*, según se ha señalado.

(iii) Siguiendo el patrón descrito, la existencia del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" que se tuvo por establecido, es nuevamente utilizado para desechar livianamente las explicaciones alternativas ofrecidas por Faasa Chile[147]. No nos referiremos en detalle a este punto, por haber sido desarrollado *supra* en reiteradas oportunidades.

En definitiva, es evidente que existió una errada valoración y ponderación de la cadena de correos electrónicos de 7 de enero de 2015, y que ello tuvo una influencia decisiva en las conclusiones de la Sentencia. ´

En la Sentencia se infiere y deduce este episodio, única y exclusivamente, a partir de la apreciación parcial y limitada de un correo electrónico que había sido obtenido por la FNE en ejercicio de sus facultades intrusivas pero que, luego, en el curso del proceso, deliberadamente no fue confrontado con quienes serían los supuestos interlocutores de las comunicaciones en él contenidas. Todo lo cual, una vez más, se vio favorecido con el recurso al ya referido "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" como mecanismo para soslayar las cargas probatorias que exige el *debido proceso*.

De no haberse incurrido en los vicios expuestos, el H. Tribunal no habría tenido más remedio que aceptar las explicaciones alternativas expuestas y acreditadas, pues, al no tenerse por establecidas aquellas supuestas comunicaciones entre las Requeridas, no habría cómo concluir que su verificación habría sido "altamente probable", como exige el estándar de prueba en esta sede.

En conclusión, un análisis detallado de la Sentencia permite apreciar cómo los vicios descritos *supra*, en *§II*, también estuvieron presentes, influyendo sustancialmente, en la manera en que se tuvieron acreditados cada uno de los episodios de la acusación. Si la Sentencia no hubiese concluido erradamente –en contravención al principio de *congruencia*– la existencia del "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*" que se sancionó, no habría podido recurrirse a él como resorte para inferir y presumir la verificación de cada uno de los episodios que componían dicha imputación. En línea con esto, si la Sentencia hubiese valorado y ponderado los medios de prueba aportados por la FNE de acuerdo con las exigencias que establece el *debido proceso*, no podría –de acuerdo con la *sana crítica*– razonablemente haberse alcanzado el estándar de *prueba clara y concluyente* que rige en sede de libre competencia. Dicho estándar exige, para tener por acreditado un acuerdo colusorio, que las probanzas rendidas demuestren que la existencia del acuerdo es "*sustancialmente más probable que no*". Y esto último no se cumple en la especie, razón que justifica que se deje sin efecto la Sentencia.

---

[147] Ibid., c. 272°.

IV.
La errada e indebida valoración de la prueba que se realiza en la Sentencia también llevo a conclusiones incorrectas en lo que se refiere a los efectos de las conductas sancionadas

Según se ha expuesto, los vicios de que adolece la Sentencia tuvieron un efecto sustancial en el establecimiento del "*acuerdo único y continuado*" que se sancionó, así como en la determinación de los distintos episodios que, según se concluye, habrían sido parte o resultado de dicho supuesto acuerdo.

A continuación, se expondrá cómo es que dichos vicios, además, llevaron a conclusiones erradas en lo que respecta **(i)** a la evolución de los precios que se cobraron en el período 2009-2015; y, **(ii)** al cálculo de los beneficios económicos que supuestamente habría percibido Faasa Chile producto de los episodios analizados, beneficio económico sobre el que se determina la multa impuesta.

IV.1. La Sentencia incurre en un error al vincular las variaciones en los precios cobrados por la Compañía al supuesto *cartel*

Como corolario de los errores expuestos, la Sentencia concluye que "*los precios continuaron aumentando paulatinamente a lo largo del período requerido*"[148] vinculando dichas alzas al acuerdo sancionado[149].

Según esta parte expuso en las Observaciones a la Prueba[150], si la hipótesis de la afectación de "*precios de cartel*" fuera cierta, la evolución de los precios de Faasa Chile no debiera encontrar relación con la inflación. Si, por el contrario, los precios se mueven junto con la inflación, los denominados "*precios del cartel*"[151] serían simplemente un reajuste[152].

Pues bien, en dicha presentación se realizó un ejercicio consistente en simular cómo hubiese evolucionado el precio de los contratos suscritos, tomando como punto de partida los precios promedio cobrados en la temporada 2007-2008, proyectándolos según la inflación en Chile, y ajustando el precio del combustible según la fluctuación de los precios internacionales. El resultado de dicho análisis fue luego contrastado con los precios promedio reales cobrados

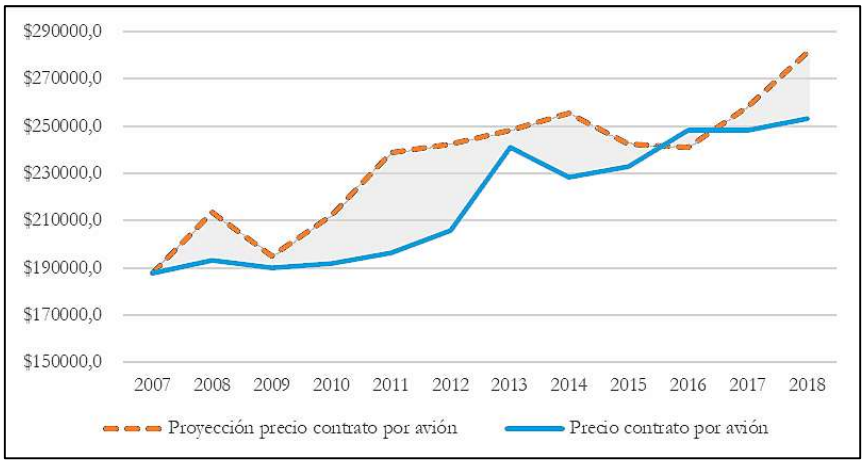
[148] Considerando 319° de la Sentencia.
[149] Ibid., c. 320°.
[150] Véase Observaciones a la Prueba, p. 184.
[151] Requerimiento, p.24.
[152] Ibidem.

en el período bajo análisis[153]. Esto, tanto respecto del denominado "*precio garantizado*"[154], como el de los "*días extra*" y "*horas extra*"[155].

Los resultados de dicho análisis constan en los siguientes gráficos incorporados en las Observaciones a la Prueba:

Gráfico N°1

Evolución del Precio Garantizado por temporada[156-157]



Fuente: elaboración propia con información de los contratos suscritos por la Compañía y acompañados al proceso[158].

Como se puede observar, tanto los precios garantizados reales como los proyectados evolucionan de forma similar en el tiempo. No obstante, la principal razón que explica sus diferencias se debe a que los contratos son rígidos una vez que se suscriben. Como la gran mayoría de ellos contempla más de una temporada, los ajustes que puedan hacerse con ocasión de las variaciones en los costos son imposibles de permearse en tiempo real[159].

---

[153] Ibidem.

[154] El *precio garantizado* corresponde a un componente fijo que se paga al prestador del servicio a todo evento, el que incluye típicamente: (i) un cierto número de días garantizados –o *stand by*–, que son aquellos en que la aeronave permanece en tierra con disponibilidad de uso a solicitud del demandante; y (ii) un cierto número de horas de vuelo garantizadas, las que corresponden al máximo de horas de operación en vuelo de la aeronave garantizadas para una determinada temporada. Se conoce, también, como "*valor del contrato*" o "*valor base*".

[155] Los "*días extra*" y "*horas extra*" corresponden a componentes variables del precio que el demandante de los servicios deberá pagar de requerir servicios adicionales, esto es, que se encuentren por sobre los parámetros garantizados en el respectivo contrato. De este modo, mientras menos horas se vuelen en una temporada, menos tendrá que pagar la empresa forestal. Por el contrario, mientras más horas se vuelen, podrán llegarse a gatillar las variables extra de los contratos, que llevan un cierto margen por sobre el *precio garantizado*.

[156] Para este ejercicio se utilizó el precio garantizado promedio de la temporada 2007-2008 (no involucrada en el supuesto cartel), proyectando dicho valor según la inflación en Chile, ajustando también el precio del combustible según la fluctuación de los precios internacionales.

[157] Los años del Eje X son los que marcan el inicio de cada temporada. Asimismo, la curva "Precio contrato por avión" corresponde a los precios garantizados efectivos, mientras que la curva "Proyección precio contrato por avión" corresponde a la evolución esperada de los precios garantizados en consideración, únicamente, con las variables reajuste y combustible.

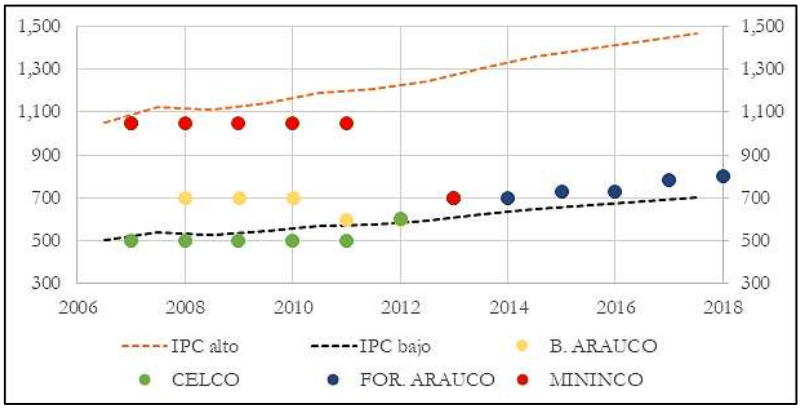
[158] Véase Observaciones a la Prueba, p. 185.

[159] Véase Observaciones a la Prueba, p. 184 y siguientes.

A análogos resultados se llegó al analizar los precios variables.

Gráfico N°2

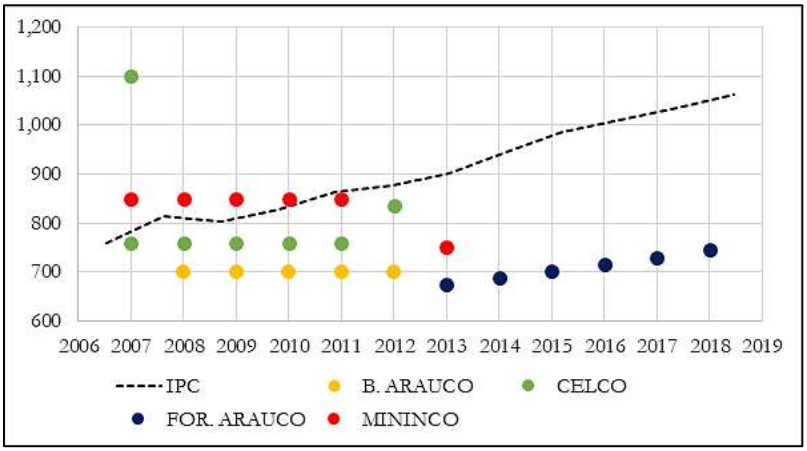
Evolución del precio por día extraordinario[160]



Fuente: elaboración propia con información de los contratos suscritos por la Compañía[161]

Gráfico N°3

Evolución del precio por hora extraordinaria[162]



Fuente: elaboración propia con información de los contratos suscritos por la Compañía[163]

---

[160] **Al igual que para el caso anterior, se comparó esa evolución con la proyección realizada sobre el precio promedio para la temporada 2007-2008 por inflación en Chile.**

[161] **Véase Observaciones a la Prueba, p. 186.**

[162] **Los años del Eje X son los que marcan el inicio de cada temporada para los dos gráficos. Respecto de los días extraordinarios, los dos contratos suscritos en dicho período tienen precios muy distintos (uno fija el precio en USD 500 y el otro en USD 1.050). En consecuencia, la proyección de hizo para cada contrato ("IPC bajo", correspondiente a la proyección sobre USD 500 e "IPC alto" para la proyección sobre USD 1050). Para las horas extraordinarias, en tanto, el ajuste fue realizado por inflación en Chile desde el promedio y desde el precio menor. Los puntos azules señalizan los precios efectivos pactados para los contratos vigentes en cada una de las temporadas.**

[163] **Véase Observaciones a la Prueba, p. 186.**

En el caso de los días extra, estos aumentan levemente en el periodo, pero no de una manera significativa en relación con la proyección de inflación menor (curva IPC Bajo). En el caso de las horas extra, se ve incluso una disminución en el tiempo.

En suma, de este ejercicio podemos comprobar –nuevamente– que la hipótesis de los *precios de cartel* no tuvo correspondencia con la realidad. Los ajustes y evolución de las variables competitivas que podían ser controladas por la Compañía se modificaron de acuerdo con el movimiento inflacionario y, en ningún caso, implicaron un *sobreprecio* para los clientes.

La Sentencia desatendió este análisis, y vinculó, sin mayor fundamentación, los aumentos de precios a la conducta sancionada. Nuevamente, si este antecedente –latamente desarrollado y acreditado en el juicio– hubiese sido valorado y ponderado correctamente en la Sentencia, difícilmente podría haberse llegado a esas conclusiones.

IV.2. Al momento de definir la multa aplicable a Faasa Chile, en la Sentencia se desatendió la única evidencia económica que obra en el proceso

El cumplimiento del estándar propio de la *sana crítica* y de las exigencias del *debido proceso* demandan que los antecedentes incorporados por las partes al expediente también sean considerados en la fijación de eventuales multas y en la graduación de las sanciones que les sean impuestas. Ello no es lo que ocurrió en este caso.

En efecto, en la Sentencia se hace caso omiso a la única evidencia económica disponible en autos –el informe económico del señor Andrés Gómez Lobos y sus notas complementarias[164] (el "Informe Económico" y "Notas Complementarias", respectivamente)– para efectos de determinar el beneficio económico que habría reportado la Compañía, que es la base de cálculo de la multa impuesta por el TDLC a esta parte.

Tal como fue expuesto latamente en las Observaciones a la Prueba[165], el Informe Económico y sus Notas Complementarias ofrecen una construcción robusta de la función de costos de una compañía hipotética que opera sólo en Chile ("CTLP") y de una que lo hace en dos hemisferios distintos. Es decir, se hace una comparación entre aquellas empresas cuya estructura y función de costos debe considerar la totalidad de los costos de operación, respecto de las que integran las actividades y costos de las otras jurisdicciones donde opera ("Costo Incremental" o "CI").[166] Si bien estas construcciones no son una definición completamente precisa respecto de la realidad concreta de la Compañía, lo cierto es que ellas ofrecieron una aproximación confiable sobre cómo se elabora la estructura de costros de una

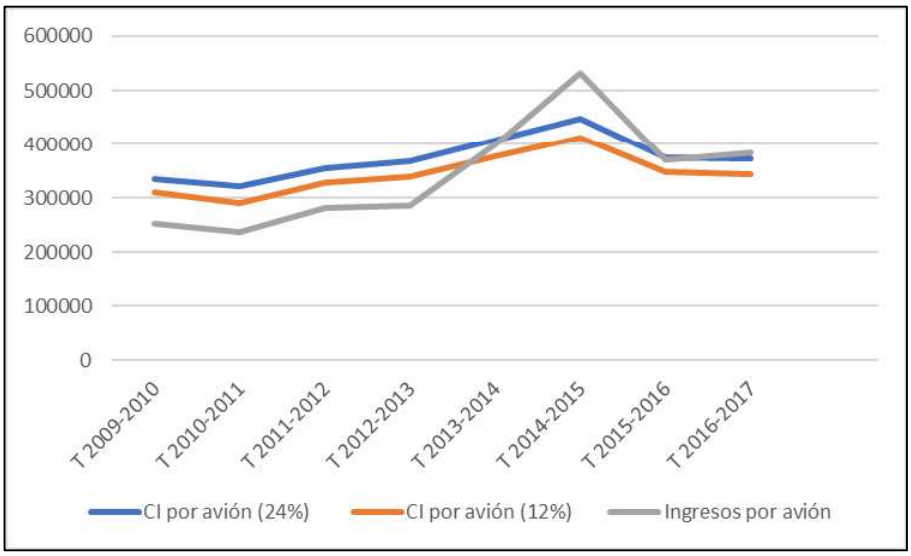
[164] El informe económico se encuentra acompañado a fojas 211 de autos. Sus dos notas complementarias, se encuentran acompañadas a fojas 1.106 y 3.364, respectivamente.
[165] Observaciones a la Prueba, pp. 171-178.
[166] Al respecto, se acreditó que el Grupo Faasa divide sus operaciones entre los hemisferios norte y sur, en lo que es conocido como modelo de *doble temporada*, modelo de negocios que permite a la Compañía maximizar la eficiencia en el uso de sus recursos, de la mano con la marcada estacionalidad de la demanda de los servicios de extinción de incendios forestales. Como se acreditó en autos, ello ha permitido a Faasa Chile ofrecer sus servicios cobrando tarifas ajustadas a los *costos incrementales* que le significa operar en nuestro país.

empresa, según si opera en un solo mercado, o si lo hace en dos mercados de *contra temporada*, como es en el caso de la Compañía. Es más, el Informe Económico considera como *benchmark* a una empresa que es, incluso, más eficiente que la Compañía[167]. Todo, con el objeto de evadir potenciales suspicacias. Por razones de economía procesal, nos remitimos expresamente a lo señalado al efecto en las Observaciones a la Prueba[168].

Destacamos, sin embargo, que el Informe Económico y sus Notas Complementarias concluyen que, en el periodo objeto de la acusación, la Compañía operó con precios que se encontraban bastante cerca de los Costos Incrementales (en comparación con un precio acorde a la estructura de costos de una empresa CTPL), es decir, en lo necesario para que su operación en ambos hemisferios –España y Chile– fuera económicamente viable.

Gráfico N°4

Ingresos por avión y Costos de Faasa Chile para el período imputado



Fuente: Informe Económico[169].

Resultado que, como es lógico, no es compatible con un escenario de colusión, en cuyo caso, lo razonable era esperar que los precios cobrados estuvieran más cerca del CTLP que del CI.

Por el contrario, dicho resultado, se expuso, sí resultaba consistente con la acusación de prácticas predatorias de que fue objeto Faasa Chile en el mismo período analizado,

[167] Observaciones a la Prueba, p.175.
[168] Ibid., pp. 158 y siguientes.
[169] Véase Observaciones a la Prueba, p. 176.

y que fue conocida por la FNE[170-171], tal como es posible verificar en el Anexo Confidencial del Informe de Archivo de la Investigación 2246-13 FNE:

Imagen N°1

Cálculo de ingresos y costos de la Compañía efectuado por la FNE en la Investigación Rol 2246-13

[16] Cuadro N° 3: Ingresos versus costos de Faasa, en miles de pesos

Años	2011	2012	2013
Ingresos	**3.652.764**	**4.669.949**	**4.577.055**
Mantenimiento	116.818	171.800	165.947
Combustible	360.180	403.908	357.733
Alquiler aeronaves	1.403.847	1.836.003	1.199.296
Tripulaciones	1.008.769	1.062.228	1.026.554
Seguros	424.989	355.019	286.054
Otros directos	905.612	1.076.235	1.144.924
Financieros	125.190	89.170	145.239
Amortización	341.051	340.909	335.329
Extraordinarios	0	342.852	0
Costo Total	**4.686.456**	**5.678.124**	**4.661.076**
Costo Variable	3.655.654	4.169.867	3.370.913

Fuente: Información proporcionada por Faasa en respuesta a Oficio Ord. N° 1263 FNE.

Fuente: Anexo Confidencial Informe de Archivo Rol N° 2246-13 FNE[172].

Conforme a la prueba rendida en el proceso no es de extrañar que la FNE haya concluido en tal investigación que se "*daría cuenta de una diferencia muy marginal entre ambos factores* [ingresos y costo *variable* o marginal]"[173] en el año 2011.

Por razones de economía procesal, nos remitimos expresamente al Informe Económico y sus Notas Complementarias, y al análisis que al respecto se hizo en las Observaciones a la Prueba, que damos por íntegramente reproducidos[174].

La evidencia económica referida, según se expuso en las Observaciones a la Prueba, no fue controvertida en el proceso. De hecho, **la FNE no aportó ningún análisis económico que permitiera contrarrestarlo o dudar de sus conclusiones.**

---

[170] Véase Minuta de Archivo de la Investigación FNE Rol 2246-13, de 6 de febrero de 2014, contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico "Archivos digitales públicos" acompañado a fojas 249 por la FNE. Ubicación dentro del soporte "Tomo I / 76. CD Expediente 2246-13". Disponible públicamente en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/inpu_006_2014.pdf [última consulta: 7 de febrero de 2022].

[171] Véase Observaciones a la Prueba, pp. 160 a 163 y 181 a 190.

[172] Véase Anexo Confidencial de Minuta de Archivo de la Investigación FNE Rol 2246-13, de 6 de febrero de 2014, p.19. contenido en el dispositivo de almacenamiento electrónico "Archivos digitales públicos" acompañado a fojas 249 por la FNE. Ubicación dentro del soporte "Tomo I / 76. CD Expediente 2246-13".

[173] Ibid. p. 16.

[174] El Informe Económico se encuentra acompañado a fojas 211 de autos. Sus dos notas complementarias, se encuentran acompañadas a fojas 1.106 y 3.364, respectivamente.

A pesar de lo anterior, en la Sentencia se excluyó, de plano, y sin mayor explicación, la valoración del Informe Económico[175] y sus Notas Complementarias. Tampoco fueron siquiera tomadas en consideración las conclusiones de la investigación por supuestas prácticas predatorias que existió en contra de la Compañía. Lo que resulta paradójico, pues al mismo tiempo se reconoce que, fuera de estos antecedentes, en el expediente no existe evidencia económica que permitiera determinar el beneficio económico obtenido por la Compañía:

> "Que, de esta manera, si bien no se cuenta 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, como se mencionó *supra,* es posible considerar que una porción de los ingresos obtenidos por Faasa y Chile, que se vinculan al sobreprecio asociado a la colusión, son una buena aproximación de dicho beneficio"[176].

En simple, en la Sentencia se desechó la única evidencia económica que obró en el proceso, sin siquiera valorarla, y, en su lugar, se recurrió a presunciones de sobreprecio obtenidas a partir de publicaciones académicas. Todo ello, omitiendo, además, la existencia y el contenido de la investigación por prácticas predatorias que la FNE llevó adelante en 2013.

De haberse valorado debidamente la única evidencia económica aportada al proceso –el Informe Económico y sus Notas Complementarias–, en la Sentencia se habría concluido que el beneficio económico obtenido por la Compañía fue sustancialmente menor del que se presumió, y, ello, como es lógico, ha tenido impacto en la cuantificación de la multa que se le ha impuesto.

En suma, según se ha expuesto, los vicios de la Sentencia que han sido desarrollados en esta Reclamación también han tenido una incidencia decisiva en la determinación de los efectos supuestamente anticompetitivos derivados del acuerdo sancionado, y, con ello, en las sanciones impuestas.

En tal sentido, si la prueba económica aportada en el juicio hubiese sido debidamente valorada y ponderada, **(i)** no habría sido posible concluir que Faasa Chile obtuvo un beneficio económico de 950 Unidades Tributarias Anuales –sino que se habría concluido que dicho supuesto beneficio habría sido, en cualquier caso, sustancialmente menor–; y, **(ii)** tampoco podría haberse concluido que en el período analizado se habría verificado un aumento sostenido en los precios, atribuible al supuesto acuerdo colusorio.

---

[175] Véanse considerandos 306° a 319° de la Sentencia.
[176] Ibíd., c. 320°.

V.
En subsidio, concurren razones que justifican una rebaja de la multa impuesta y eximir a la Compañía de la obligación de adoptar un programa de cumplimiento como el impuesto por el H. Tribunal, que no fueron debidamente ponderadas en la Sentencia

En subsidio, para el caso en que las peticiones expuestas *supra* sean desechadas total o parcialmente, solicitamos que la multa impuesta a Faasa Chile sea reducida en función de las circunstancias atenuantes que fueron expuestas y acreditadas en el curso del juicio, pero que en opinión de esta parte no fueron debidamente ponderadas en la Sentencia.

En concordancia con la metodología empleada por la Excma. Corte Suprema[177] para la determinación de multas, en la Sentencia se concluye que el beneficio económico obtenido por Faasa Chile con motivo de la infracción anticompetitiva acreditada habría ascendido a 950 UTA[178], monto a partir del cual se realiza una ponderación de las potenciales circunstancias atenuantes o agravantes que resultarían procedentes.

Como resultado, y en consideración al "*efecto disuasivo"* y a la *"gravedad"* y *"duración"* del acuerdo sancionado[179], se determinó que la multa debía ser equivalente al doble del beneficio económico, llegando así a la suma de 1.900 UTA de sanción para Faasa Chile ("Multa"). Como se observa, en la Sentencia se impuso la sanción máxima que contempla la versión actualmente vigente del DL 211: "[e]*l doble del beneficio económico reportado por la infracción*"[180].

Como se verá, la Sentencia no ponderó determinadas circunstancias atenuantes que fueron expuestas y acreditadas en el proceso, y que, en opinión de esta parte, habrían justificado una rebaja en la Multa de haber sido debidamente ponderadas.

Primero, Faasa Chile prestó **una sustancial y amplia colaboración con la Fiscalía Nacional Económica**, evitando cualquier clase de obstáculo o dilación contraria al rápido y eficaz desenvolvimiento, tanto de la Investigación que dio origen al presente Requerimiento como también durante la tramitación judicial del mismo.

En la investigación la Compañía asistió cada vez que fue citada a prestar declaración –incluso desde el extranjero–; contestó íntegramente cada una de las solicitudes de información; y mantuvo una fluida y abierta comunicación con los funcionarios de la FNE.

A lo largo del juicio, por su parte, de forma proactiva, voluntaria y colaborativa, la Compañía hizo todo lo que estaba a su alcance para propender a la ágil y pronta sustanciación del

---

[177] **Considerando 323° de la Sentencia.**
[178] **Ibid., c. 325°.**
[179] **Ibid., c. 336°.**
[180] **Literal c) del artículo 26 del DL 211.**

proceso, facilitando al H. Tribunal y a la FNE la realización de todas aquellas gestiones que, por su propia naturaleza, podrían haber demandado altos esfuerzos humanos y económicos.

Así, a modo meramente ejemplar, con la aprobación de la FNE y del H. Tribunal, consta a fojas 1.022 que la Compañía facilitó la diligencia probatoria de absolución de posiciones solicitada por la FNE al señor Héctor Tamarit Almagro, evitando un costoso proceso de exhorto internacional, y asumiendo todos los costos asociados a la comparecencia del señor Tamarit a las dependencias del H. Tribunal. La Compañía tampoco promovió incidentes ni realizó actuaciones que tuvieran efectos dilatorios, y, en todo momento obró de buena fe, incluso reconociendo determinadas imprudencias que ejecutivos de Faasa Chile pudieran haber cometido en el curso de algunos de los antecedentes descritos en el Requerimiento.

En opinión de esta parte, dichos comportamientos tienen mérito suficiente como para ser ponderados a modo de atenuante, en cuanto que van "*más allá del deber legal que tiene cumplir un investigado con las cargas públicas que le impone la ley (Sentencias N° 175/2020 y N° 165/2018 y Sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol N° 15.005-2019, de 14 de agosto de 2020)*"[181].

Segundo, la Sentencia no otorgó valor alguno a los ingentes esfuerzos desplegados por la Compañía para subsanar y corregir aquellas falencias identificadas, que podrían generar riesgos para la libre competencia. En tal sentido la Compañía implementó un programa de cumplimiento de libre competencia observando los más altos estándares determinados al efecto, cumpliendo con lo exigido por la Excma. Corte Suprema:

> "Que un programa de cumplimiento 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"[182]

De hecho, la existencia de dicho instrumento –presumimos– habría motivado el voto en contra de los ministros señores Barahona y Paredes respecto de la obligación impuesta en la Sentencia de adoptar un programa que vaya en esa línea.

En el caso de Faasa Chile, tal como se acreditó en autos, ello se tradujo en establecer e implementar una nueva estructura organizacional, la cual incluyó: **(i)** un encargado específico (el "Oficial de Cumplimiento") cuya función es velar especialmente por el respeto de las normas de libre competencia al interior de la empresa; **(ii)** una estructura orgánica que otorga a los encargados del área de cumplimiento suficiente autonomía, independencia, recursos y relevancia al interior de la Compañía; **(iii)** un involucramiento y compromiso notorios de la alta dirección para el éxito del programa; **(iv)** procesos estrictos y periódicos de evaluación, control y prevención de riesgos; **(v)** una normativa interna clara y específica, vinculante para

[181] Considerando 335° de la Sentencia.
[182] Considerando Quincuagésimo primero de la Sentencia Rol N°9.361-2019 de 8 de abril de 2020, pronunciada por la Excma. Corte Suprema.

todos sus colaboradores; **(vi)** procesos de entrenamiento y formación de sus colaboradores profundos y regulares sobre la normativa de libre competencia y las políticas y normativa de la Compañía al respecto; **(vii)** una estructura de incentivos correcta para sus colaboradores que contempla, entre varios otros elementos, el establecimiento de sanciones en caso de incumplimiento de la normativa, así como la no asociación de bonos a objetivos comerciales inadecuados; y, **(viii)** canales de denuncia y mecanismos adecuados para el proceso de tales denuncias, además de procedimientos internos de investigación y sanción.

En este sentido, debemos recalcar que el artículo 26 del DL 211 vigente a la época de los hechos permite que la determinación de la sanción considere atenuantes distintas a las individualizadas en dicho artículo, razón por la cual, en la respetuosa opinión de esta parte, los esfuerzos desplegados por un agente económico para corregir y subsanar aquellos elementos, hechos o circunstancias que permitieron el desarrollo de los conductas como las investigados y acusados en el requerimiento[183] debieran ser consideradas para efectos de determinar la magnitud del reproche a imponer en autos. O, al menos, para que exima a esta parte de dicha obligación, en consideración a que el mismo está implementado ya desde hace al menos dos años.

Tercero, la Sentencia omitió pronunciarse respecto del rol que Faasa Chile ha tenido en la mejora de los estándares de la industria del combate y extinción de incendios forestales nacional. En efecto, en el proceso quedó más que acreditado que la Compañía incrementó sustancialmente los estándares de la industria, con mejores aeronaves y mejores precios.

En efecto, la llegada de Faasa Chile no solo significó una oferta de combate de incendios forestales a bajos precios, también contempló una alta calidad en la prestación de este servicio, así lo declararon clientes y competidores[184] en estrados[185]. Acostumbrada a operar bajo la regulación y los estándares de la Unión Europea, la Compañía desplegó en el país su gran capacidad operativa que contaba con modernas y seguras aeronaves, y pilotos expertos, elementos diferenciadores que fueron apreciados tanto por las empresas forestales[186] como por las instituciones estatales[187].

---

[183] Así lo han interpretado autoridades comparadas, como la Autorità Garante della Concorrenza, de la República de Italia. Véase: *Guidelines on Antitrust Compliance* (2018). https://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf [última consulta: 7 de febrero de 2022].

[184] "*Ee, se manejan de una forma bien especial, por ejemplo, si yo presento mis papeles para acreditar los aviones que traigo los presento en formato PDF, en hojas de Word y qué se yo, pero la otra empresa viene con un legajo que además de eso lo tienen en formato QR, de manera que lo pueden escanear y una serie de cosas, entonces todo es más, como más avanzado*". Véase páginas 18 y 19 de transcripción de audiencia testimonial de Raúl Ramírez Figueroa, acompañada a fojas 2029.

[185] "*Me refiero a las empresas que hoy día están operando en Chile como Faasa, como Martínez Ridao, como Inaer. Fueron empresas que nos permitieron acceder a muchas aeronaves. Y a, y a buen nivel de máquinas. No, no eran máquinas militares ni máquinas que tuvieran problemas de seguridad. Eran máquinas todas civiles y con buenas, y buenos pilotos*". Véase páginas 18 y 19 de transcripción de audiencia testimonial de Raúl Ramírez Figueroa, acompañada a fojas 2029.

[186] "*Entonces, yo le diría que el mercado internacional de aeronaves fue un, un tremendo apoyo para mejorar la gestión de combate de incendios en Chile, y si no hubiéramos tenido eso, habríamos tenido muchos problemas. Porque no había de dónde sacar recursos en esa cantidad y esa calidad*". Véase página 37 de transcripción de audiencia testimonial de Ricardo Rivera Ibáñez, acompañada a fojas 2941.

[187] "*Los pilotos, yo siempre lo menciono porque en este, en el combate de incendios forestales en cualquier aeronave, la mitad es aeronave y la mitad es piloto. Del resultado, de la gestión, de la eficacia. Uno puede tener una tremenda aeronave,*

Lo anterior no fue confrontado por la FNE, pues los testigos que se pronunciaron sobre la materia, aun de la misma FNE, fueron contestes en que Faasa Chile prestaba un servicio con altos estándares de calidad. Ello sin duda descarta una de las agravantes aducidas por la FNE, cual refería al supuesto riesgo que la conducta denunciada habría representado para "*el cuidado medioambiental y la preservación del patrimonio forestal de nuestro país*"[188].

Cuarto, la Sentencia descarta el enorme poder de contrapeso que enfrentó la Compañía por parte de las empresas forestales durante todo el periodo analizado, el que proviene de parte de los grupos económicos forestales más importantes del mundo[189]-[190].

Lo anterior es sumamente relevante pues, dicho sea de paso, las argumentaciones expuestas sobre los altos grados de transparencia que existen por parte de los clientes de estos servicios[191], quienes, durante todo el periodo en comento se agruparon en el denominado Comité de Despachadores, instancia que reúne, como se adelantó, a parte importante de la industria de extinción de incendios forestales (incluyendo a Conaf, Celco y Mininco), cuestión que ni siquiera fue ponderada en la Sentencia.

Por las circunstancias expuestas, esta parte estima que concurren motivos suficientes como para que cualquier potencial multa que se termine imponiendo en definitiva a Faasa Chile se reduzca a la suma que prudencialmente determine la Excma. Corte Suprema, menor a la establecida en la Sentencia, y, en cualquier caso, inferior al doble del beneficio económico, la sanción más severa que contempla nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, considerando que la Compañía proactivamente ya adoptó un programa de cumplimiento de la libre competencia, solicitamos que se revoque a su respecto la sanción contemplada en el numeral 5) de la parte resolutiva.

V.
Conclusiones

La Sentencia adolece de vicios palpables y categóricos que evidencian la necesidad de que la presente Reclamación sea acogida.

La FNE, en ejercicio de sus potestades investigativas e intrusivas llegó al convencimiento administrativo de que concurrían motivos suficientes como para poner en movimiento la actividad jurisdiccional sancionatoria del H. TDLC. En función de los antecedentes que recabó hermética y unilateralmente por casi dos años, la FNE accionó en contra de Faasa

***pero un piloto malo y es un desastre. Y hay pilotos que hacen maravillas con máquinas muy malas, digamos. Entonces, es importante que la empresa que ofrece servicios en esta materia tenga buenos [ininteligible 02:27:09] trabajo. No basta con una buena aeronave. Entonces, son empresas que conocimos en esa época, y que fueron realmente muy buenas"*. Véase: Páginas 80 y 81 de transcripción de audiencia testimonial de Ricardo Rivera Ibáñez, acompañada a fojas 2941.**

[188] Observaciones a la Prueba de la FNE, fojas 4519.

[189] Disponible en: https://www.amchamchile.cl/2009/09/la-industria-forestal-de-chile/ [última consulta: 7 de febrero de 2022]

[190] Disponible en: https://www.emol.com/noticias/Economia/2019/05/17/948228/Ranking-elaborado-por-Forbes-ubica-a-empresas-chilenas-entre-las-mas-grandes-del-mundo.html [última consulta: 7 de febrero de 2022].

[191] Véanse Observaciones a la Prueba, p. 55 y siguientes.

Chile por haberse verificado, en su concepto, un acuerdo colusorio de aquellos tipificados en el literal a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211. Concretamente, **(i)** un supuesto "*acuerdo único y continuado*"; **(ii)** que se habría implementado mediante una "*actuación conjunta*" de Faasa Chile y Martínez Ridao; **(iii)** entre los años 2009 y 2015; **(iv)** que habría afectado determinados procesos específicos de contratación por medio de los cuales los demandantes de servicios de extinción de incendios forestales asignaron o adjudicaron contratos a proveedores de dicho servicio; y, **(v)** con un objeto anticompetitivo complejo, mixto, compuesto de una combinación de tres elementos diferentes, claramente identificables, que, conjunta o individualmente, según el caso, habrían afectado cada uno de los seis episodios: ***(a)*** definir condiciones de comercialización, ***(b)*** definir precios, y, ***(c)*** definir la participación de oferentes en los procesos de contratación concretos que se describen en la acusación.

Esta teoría del caso de la FNE quedó plasmada de diferentes maneras en el juicio.

Se puede identificar en el inicio del proceso, en la descripción típica de la conducta, la que indudablemente se enmarcó en aquella infracción que el literal a) del artículo describe como "[l]*os acuerdos expresos o tácitos entre competidores* […] ***que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización*** […]". Y también en la etapa final, en que se aprecia cómo la FNE estimó que la prueba rendida habría demostrado que "*el cartel imputado tuvo por objeto la determinación conjunta de precios y otras condiciones de comercialización*"[192].

Ésta fue también la acusación específica de la que Faasa Chile se defendió minuciosamente en el curso del proceso según dan cuenta las diversas presentaciones y actuaciones procesales que constan en el expediente.

Sin embargo, la Sentencia inesperadamente terminó sancionando un supuesto "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*"; conducta que no figura en la descripción típica del Requerimiento, y cuya lógica colusoria tampoco conversa con los episodios contenidos en la acusación.

El análisis comprensivo de esos seis episodios y de toda la teoría del caso de la FNE no permite inferir la presencia de los elementos característicos de un *"acuerdo de reparto de mercado"*, como lo son, por ejemplo, la distribución de clientes o de territorios, y la estabilidad en las participaciones de mercado de los agentes involucrados. Demostrativo de ello es **(i)** la circunstancia de que en el período analizado Faasa Chile dejó de prestar servicios a Mininco, pasando esa demanda a ser cubierta por Martínez Ridao, **(ii)** el hecho de que Faasa Chile pasó de ser el proveedor exclusivo de Celco en 2007, a compartir dicho cliente con Martínez Ridao, y, **(iii)** más claro todavía, la constatación de que en todo el período bajo análisis las participaciones de mercado de las Requeridas variaron, e, inequívocamente, redundaron en una pérdida sostenida de participación de Faasa Chile, según lo reconoce la propia Sentencia[193]. En simple, la Sentencia es *incongruente* con la acusación y con las restantes

[192] Observaciones a la Prueba FNE, p. 27.
[193] Véase considerando 283° de la Sentencia.

actividades procesales que se verificaron a lo largo del juicio, y ello redundó en una condena que no estuvo precedida de los resguardos que la garantía del *debido proceso* establece, muy particularmente cuando se enfrenta la potestad sancionadora del Estado.

Defectos de análoga envergadura se observan en el trato que la Sentencia proporcionó a la prueba rendida a lo largo del juicio. Prácticamente todos los hechos que se dan por acreditados en la Sentencia fueron inferidos, deducidos y presumidos a partir de comunicaciones electrónicas y otros antecedentes que la FNE recopiló en el marco de su investigación administrativa, y que, luego, por decisión de la propia Autoridad, no fueron sometidos a un examen que fuera lo suficientemente idóneo como para concluir que la tesis colusoria que planteaba la FNE era sustancialmente más probable que las explicaciones alternativas que exhaustivamente Faasa Chile ofreció y se esmeró en acreditar.

La Sentencia, sin más, recogió los antecedentes que la FNE recopiló *por sí y ante sí* en el curso de la Investigación, e hizo propias sus conclusiones e interpretaciones, lo que solamente fue posible de lograr soslayando los resguardos básicos que el *debido proceso* y la *sana crítica* exigen para ver superado el estándar de *prueba clara y concluyente* que rige en esta sede.

Tales vicios –la *incongruencia* y la indebida valoración y ponderación de la prueba– se verificaron de diferentes formas a lo largo de la Sentencia, en ocasiones de manera conjunta y en otras de manera aislada, con distintas intensidades, y están presentes tanto en la manera en que se tuvo por acreditado el ya referido "*acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*", como en el establecimiento de cada uno de los episodios específicos que se tuvieron por acreditados y también en la determinación de los supuestos que sirvieron de base para la fijación de la Multa.

Si la Sentencia **(i)** se hubiese apegado al tenor del Requerimiento, **(ii)** hubiese valorado y ponderado la prueba conforme con el estándar imperante, cautelando la garantía del *debido proceso*, y, **(iii)** hubiese aplicado correctamente las reglas de la *sana crítica*, no habría podido concluir la existencia de "*un acuerdo único y continuado*" de "*reparto de mercado*", capaz de cobijar los seis episodios objeto de la acusación, ni hubiese podido fallar la presente causa en los términos en que ello ocurrió. Y es que ***(a)*** al eliminarse la referencia al "*reparto de mercado*" de la Sentencia, desaparece el "*objeto común*" que se atribuye a los seis episodios, lo que habría forzado el total rechazo del Requerimiento, en atención a que lo perseguido era un "*acuerdo único y continuado*" y no varios acuerdos independientes. ***(b)*** Asimismo, la Sentencia no habría podido recurrir a la figura del supuesto "*acuerdo único y continuado*" como inferencia o presunción probatoria basal de cada uno de los seis episodios acusados, como en los hechos ocurrió y se expuso *supra*. ***(c)*** En este escenario, varios de los episodios acusados en el Requerimiento no podrían haberse tenido por acreditados al no haberse cumplido las cargas probatorias, ni aplicado las reglas de valoración que el *debido proceso* le impone para tales efectos. ***(d)*** También habría correspondido declarar la prescripción de la acción respecto de

al menos cuatro de los seis episodios descritos[194], en los términos expuestos en la Contestación, pues no se habría logrado establecer que todos los sucesos contenidos en la acusación formaban parte de un "*acuerdo único y continuado*". ***(e)*** Además, si la prueba económica que obra en el proceso hubiese sido siquiera valorada, o si dicha valoración se hubiese realizado correctamente, en la Sentencia se habría concluido que el beneficio económico reportado por Faasa Chile fue menor del que se señala, cuestión que habría devenido una disminución de las multas.

En fin, en ausencia de estos vicios, el resultado final de la Sentencia habría sido sustancialmente diferente: el Requerimiento habría sido rechazado total o parcialmente, o, subsidiariamente, cualquier potencial sanción a Faasa Chile habría sido menor de la que se impuso.

Finalmente, de manera subsidiaria, esta parte estima que la Sentencia tampoco ponderó adecuadamente una serie de circunstancias fácticas y económicas que se tuvieron por acreditadas en el proceso, que debieron haber sido consideradas al momento de cuantificar la multa impuesta a Faasa Chile. En específico, la colaboración que Faasa Chile prestó a la Autoridad en el marco de la Investigación y del presente juicio, la adopción de un complejo programa de cumplimiento de la normativa de la libre competencia, la contribución de Faasa Chile al desarrollo de la industria nacional de extinción de incendios forestales, y el poder de contrapeso de los demandantes de sus servicios.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: tener por interpuesto, dentro de plazo, recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°179/2022 del H. Tribunal, notificada a la Compañía el 26 de enero de 2022, y luego rectificada de oficio por el H. Tribunal el 28 de enero de 2022. Solicitamos que dicho recurso de reclamación sea admitido a tramitación, para que la Excma. Corte Suprema, conociendo del mismo, lo acoja, revoque la referida sentencia, y, en su reemplazo:

(i) Rechace el requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 2, en función de los antecedentes de hecho, económicos y jurídicos expuestos en la contestación presentada a fojas 98, y de la contundente prueba rendida a lo largo del proceso, cuyo análisis sistemático consta en la presentación de fojas 3.786; todas presentaciones que se dan por íntegramente reproducidas;

[194] En específico, y tal como se expuso en la Contestación, se trataría de la acción para perseguir los episodios Mininco 2009, Celco 2010, Conaf 2012, y Mininco 2012. Por razones de economía procesal, nos remitimos expresamente a lo establecido en las páginas 86 y siguientes de la Contestación, que se dan por reproducidas.

(ii) En subsidio, acoja la excepción de prescripción opuesta;

(iii) En subsidio de todo lo anterior, se reduzca la sanción impuesta en función de las circunstancias atenuantes que fueron acreditadas en el curso del proceso; y,

(iv) Finalmente, que se revoque la obligación impuesta en el numeral 5) de la Sentencia.

PRIMER OTROSÍ: Solicitamos al H. Tener por acompañado instrumento titulado "Anexo", en el que se que individualiza el listado de comunicaciones identificadas por esta parte, que, pese a no superar los umbrales del debido proceso, han sido utilizadas para fundar la Sentencia, según se expone en lo principal de esta presentación.

Al. H. Tribunal respetuosamente pedimos, tenerlo por acompañado, con citación.

SEGUNDO OTROSÍ: Tomás Pérez Lasserre, abogado, en mi calidad de abogado patrocinante y apoderado de Faasa Chile Servicios Aéreos Ltda. según consta en presentación de fojas 56, delego el poder con que actúo en estos autos, sin que la delegación implique mi renuncia, en el abogado don **Nicolás Ossandón Cerda**, de mí mismo domicilio, quien podrá actuar conjunta o separada e indistintamente respecto de los demás patrocinantes y apoderados, quien firma en señal de aceptación.

Al. H. Tribunal respetuosamente pedimos, tener presente la delegación de poder.

TOMAS PEREZ LASSERRE
2022.02.07 21:13:15 -03'00'

SERGIO EDUARDO FUENTEALBA CORTES
2022.02.07 21:21:39 -03'00'

Firmado digitalmente por NICOLAS IGNACIO OSSANDON CERDA
Fecha: 2022.02.07 21:18:02 -03'00'

Autorizo el poder

FRANCISCO JAVIER ALVARADO GARCIA
Firmado digitalmente por FRANCISCO JAVIER ALVARADO GARCIA
Fecha: 2022.02.08 12:46:17 -03'00'

Santiago, 8 de febrero de 2022.