

7 de febrero de 2022

21:30

INTERPONE RECURSO DE RECLAMACIÓN.**H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**

José Miguel Gana E., Rubén Urrutia P. y Mario Garfias G., abogados, en representación de **Martínez Ridao Chile Limitada (“MR Chile”)**, en los autos contenciosos caratulados **“Requerimiento de la FNE en contra de FAASA CHILE Servicios Aéreos Ltda. y otra”**, **Rol C N° 358/2018**, a este H. Tribunal con respeto decimos:

Dentro de plazo legal y conforme lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto Ley 211, venimos en interponer **Recurso de Reclamación contra la Sentencia definitiva N° 179/2022 (“la Sentencia”)**, dictada por este Honorable Tribunal con fecha 26 de enero de 2022, notificada a esta parte con igual fecha, la que acoge el Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), condenando a MR Chile (i) al pago de una multa de 6.100 unidades tributarias anuales; (ii) a la elaboración de un programa de cumplimiento y ética en materia de libre competencia; y (iii) al pago de costas de este proceso.

Solicitamos a este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal” o “TDLC”) **tener por interpuesto el presente recurso de reclamación y concederlo para ante la Excelentísima Corte Suprema, con el objeto que dicho Tribunal de alzada, conociendo del mismo, deje sin efecto la Sentencia recurrida, declarando que (i) se rechaza el Requerimiento deducido por la FNE contra MR Chile; (ii) se deja sin efecto la multa impuesta a nuestra representada; y (iii) se deja sin efecto la orden de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia y las acciones impuestas respecto al mismo.**

En subsidio de lo anterior, y para el evento improbable de no ser acogidas las peticiones que anteceden, solicitamos a la Excelentísima Corte Suprema que **(i) tenga a bien reducir sustancialmente la multa impuesta a nuestra representada, (ii) se deje sin efecto la orden de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia y las acciones impuestas respecto al mismo; y (iii) se deje sin efecto la condena en costas.**

1. Breve síntesis de la Sentencia

La Sentencia acogió, respecto de MR Chile, en todas sus partes el Requerimiento de la FNE, incluso imponiendo una multa mayor a la pretendida por la FNE, mientras que respecto de FAASA Chile lo hizo de forma parcial, imponiendo una multa inferior a la solicitada por la FNE.

Para ello, establece que entre las Requeridas habría existido un acuerdo único y continuo entre los años 2009 y 2015 que habría tenido por objeto asignarse contratos en el mercado

relevante de la prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales por medio de aviones.

El H. Tribunal tiene por establecido un supuesto “acuerdo único y continuado” y la efectividad de cada uno de los “episodios” a que se refiere la FNE, todo en base a un análisis “holístico” de la prueba, **que es parcial e infringe el estándar probatorio de una prueba clara y concluyente, como es requerido para tener por acreditado un cartel.**

En base a ello, el H. Tribunal decide (i) condenar a MR Chile al pago de una multa de 6.100 unidades tributarias anuales y a FAASA Chile al pago de una multa de 1.900 unidades tributarias anuales; (ii) a la elaboración de un programa de cumplimiento y ética en materia de libre competencia; y (iii) al pago de costas de este proceso.

Para el establecimiento de las multas, **el H. Tribunal estableció un beneficio económico que no fue acreditado en autos, sin consideración alguna al comportamiento de cada una de las requeridas y, arbitrariamente, decidió multiplicarlo por dos, sin que exista base legal ni jurisprudencial para ello. La consecuencia de todo ello es que que la multa impuesta a nuestra representada sea desproporcionada y arbitraria.**

Como veremos, esta Sentencia adolece de múltiples y graves errores y deficiencias, las que tornan pertinente, conforme a derecho, que se acoja el recurso que se deduce en la especie.

2. Consideraciones generales respecto del presente recurso y de las graves deficiencias de la Sentencia recurrida

a) La Sentencia recurrida adolece de graves errores y defectos que determinaron que acogiera el Requerimiento formulado en contra de MR Chile.

b) Se encuentra acreditado que **el Requerimiento constituye una construcción arbitraria y artificial** que –luego de 2 años de investigación- se formuló prescindiendo de la prueba existente.

La FNE no describe hechos objetivos, sino que **se basa en conjeturas y supuestos a partir de ciertos correos electrónicos, la mayoría ajenos a esta parte, sin evidencia fáctica ni económica suficiente que los respalde.**

Basta dar lectura al Requerimiento para comprobar la falta de certezas que emanan del mismo. Incluso, y tal como reconoce la Sentencia recurrida, la FNE no presentó ningún antecedente económico que pudiese demostrar algún efecto económico nocivo en el mercado.

c) El error central de la Sentencia se encuentra en que **a partir de una denominada “apreciación holística de la prueba”, y especialmente de correos internos de FAASA Chile, pasa por alto la totalidad de los antecedentes y pruebas que acreditaban fehacientemente la inocencia de MR Chile.**

En efecto, contrariamente a lo resuelto por la Excm. Corte Suprema, y merced a lo que denominó una “*apreciación holística de la prueba*”, el sentenciador pretendió evitar hacerse cargo de la exigencia de contar con prueba clara y concluyente de las conductas imputadas, que **permita tener un grado de convicción superior al de una alta probabilidad**, optando por seleccionar arbitraria y descontextualizadamente ciertos antecedentes.

Este método se ha transformado en una tabla de salvación para suplir las enormes falencias en la prueba que la FNE presenta, vulnerando la necesaria igualdad de armas entre las partes del pleito.

d) Se acreditó que es **falso que MR Chile hubiere participado del cartel que denuncia la FNE y que sanciona la Sentencia recurrida.**

MR Chile compitió intensamente en el mercado relevante, y así lo demuestran las propias estadísticas de participación de mercado que incluye el fallo, circunstancia que es contraria a cualquier tesis de colusión de reparto de mercado, como la que estableció el H. Tribunal.

e) La Sentencia **hace suyo el silencio de la FNE respecto de las particularidades de la industria del combate de incendios forestales mediante aviones cisterna AT-802 que demuestran la verosimilitud de las hipótesis alternativas planteadas por esta parte.**

Por ejemplo, soslaya que (i) los servicios de combate y extinción de incendios forestales tienen por objeto el bienestar de la comunidad y combatir de forma efectiva y eficaz este tipo de incendios, lo que determina una necesaria colaboración entre sus diferentes actores; y (ii) que MR Chile enfrentaba un oligopsonio conformado por MININCO, CELCO y CONAF quienes detentaban un importante poder de compra que disciplinó y disciplina a actores como MR Chile y FAASA Chile.

f) El TDLC sanciona a MR Chile **con una multa desproporcionada e incompatible con la naturaleza propia del ilícito de colusión, sin que siquiera se basara en antecedentes que obraran en el proceso y reconociendo que ni siquiera hay certeza de los beneficios que se pudieron obtener a partir de aquello que se sanciona gravemente.**

g) La Sentencia aplica una sanción desproporcionada, arbitraria e ilegal a MR Chile, al punto que le impone una multa que excede sustancialmente aquello pretendido por la FNE, vulnerando el principio de congruencia.

h) La multa es abiertamente discriminatoria, al realizar una distinción impropia entre las Requeridas, imponiendo una multa mayor al actor entrante y beneficiando al actor que detentaba una mayor participación de mercado en el período concernido.

3. Faltas y Graves Vicios de la Sentencia

A continuación, nos referimos a cada uno de los graves vicios y faltas de la Sentencia recurrida:

3.1. La Sentencia reclamada se sustenta en simples conjeturas o indicios equívocos, omitiendo la necesaria consideración de prueba categórica que los desvirtuaba, sin cumplir el sentenciador con la objetividad exigible ni con el mínimo estándar de convicción necesario en un caso como el de autos

Esta falta o vicio se configura a partir de diversas falencias de la Sentencia, la que soslaya las enormes debilidades **no sólo del caso de la FNE, sino que de la prueba que dicho organismo presentó en el proceso**, lo que obligó al sentenciador a sancionar a partir de conjeturas, meros indicios; pasando por alto pruebas directas que establecían la plausibilidad de las hipótesis alternativas al cartel y determinaban la inexistencia de elementos esenciales del acuerdo o práctica concertada que se denunció.

3.1.1. La Sentencia apoya su decisión sancionatoria en una apreciación holística de la prueba rendida en autos, vulnerando el mínimo estándar de convicción necesario en un caso como el analizado, e incluso las propias pautas o reglas de la sana crítica.

En lo que solo entendemos como una manera de eludir o suplir la falta de prueba de la FNE para acreditar la conducta denunciada, la Sentencia recurrió a una denominada –por el fallo - **apreciación holística de la prueba** para sancionar a MR Chile por la comisión de un supuesto cartel horizontal.

Los Considerandos Vigésimo séptimo y Ducentésimo nonagésimo octavo son claros al efecto:

Vigésimo séptimo: (...) En la misma línea, la jurisprudencia y doctrina comparada han señalado que, para acreditar un ilícito colusorio, la prueba debe valorarse de manera holística de modo que los jueces pueden inferir la existencia de una colusión a partir de indicios que, considerados en conjunto y en ausencia de una explicación alternativa plausible, pueden acreditar dicha práctica

ilícita y la duración de una infracción única y continua (*Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, F. Castillo de la Torre y E. Gippini Fournier, *Elgar Competition Law and Practice*, 2017, páginas 80-81 y 99; véase V.gr. *FEG v. Commission C-105/04*, EU:C:2006:592, § 95);

Ducentésimo nonagésimo octavo: (...) Este tipo de argumentaciones han sido descartadas consistentemente por este Tribunal, ya que los argumentos expuestos relativos a la falta de racionalidad económica de los acuerdos imputados no son suficientes para desvirtuar la prueba allegada al proceso que, **a la luz de una aproximación holística, demuestra de manera clara y concluyente la existencia de un acuerdo colusorio sancionable en esta sede** (V.gr. Sentencias N° 165/2018, cons. 134°, y 172/2020, cons. 30°);

3.1.1.1. Del método holístico de valoración de la prueba y los inconvenientes de su aplicación

El método holístico –también conocido como global– consiste en un método de valoración de la prueba en virtud del cual el sentenciador, al momento de motivar la decisión sobre los hechos del caso, elige una historia global de entre todas aquellas presentadas por las partes en juicio, y valora la prueba no de forma analítica, sino que en su conjunto en aras de dar coherencia y sustento a dicho relato.

Sobre esta materia el destacado procesalista Michele Taruffo ha sostenido: *“la concepción holista tiende a constituir una teoría distinta del juicio, en la que la decisión consiste en la elección entre distintas stories, cada una de las cuales se toma en su totalidad narrativa, y el criterio de elección tiende a situarse más bien en la coherencia y capacidad persuasiva de la narración que en su correspondencia con la realidad de los hechos y con los elementos de prueba.”*¹

Por su parte, la doctrina especializada ha criticado la concepción holística o narrativa planteando: *“(...) la justificación se articula mostrando el encaje de los elementos de juicio aportados al proceso en un relato coherente y verosímil de los hechos. Bajo este último modelo no se realiza, por consiguiente, un análisis diferenciado y exhaustivo de la prueba, que descomponga el relato global de los hechos en los diversos enunciados probatorios (o probanda) que lo integran, para determinar particularizadamente el apoyo que los diversos elementos de juicio, individual y conjuntamente considerados, proporcionan a cada uno de ellos.”*²

Pese a que el TDLC adoptó en el caso de autos esta metodología para valorar la prueba en autos, **existen múltiples inconvenientes en su adopción**, a saber:

- **En primer lugar**, el método holístico de valoración de la prueba se contradice con la finalidad misma de la prueba, toda vez que renuncia a encontrar la verdad del caso sometido al conocimiento del tribunal, limitándose a crear solamente un relato coherente en base a algunos de los antecedentes aportados por las partes en el juicio.

¹ Taruffo, Michele (2002). “La prueba de los hechos”. Madrid, Editorial Trotta, p. 309 (Énfasis agregado).

² ACCATINO S., Daniela, “El Modelo Legal de Justificación de los Enunciados Probatorios en las Sentencias Penales y su Control a través del Recurso de Nulidad” pp. 122-123. Énfasis agregado

Lo anterior es de suma gravedad, considerando que por muy coherente y armónico que parezca un relato en particular, no necesariamente se condice con los hechos –sobre la cual debe fallar el sentenciador–, y que solamente puede ser determinada a través de la valoración de la totalidad de la prueba.

A este respecto el ya citado profesor ha señalado: *“**pueden existir narraciones coherentes que no sean verdaderas, como las novelas, y pueden existir narraciones verdaderas (en el sentido de referidas a hechos confirmados por las pruebas) incluso si no son coherentes respecto de algún criterio de coherencia**”*³.

En este sistema, el juez simplemente escoge aquella historia que le parezca más coherente, sin que tenga la necesidad de corroborar en base a la totalidad de la prueba rendida si es efectiva o no.

- En segundo lugar, el método holístico de valoración de la prueba **no hace un análisis de toda la evidencia rendida en el juicio, sino que solamente examina de forma global aquella que sustenta y facilita la historia escogida por el tribunal de antemano**, encubriendo así la falta de justificación de la Sentencia.

En efecto, la valoración de la prueba bajo este método no exige al juzgador hacer una ponderación de cada uno de los elementos de prueba que han sido aportados por las partes en el juicio, sino que solamente necesita, para satisfacer sus exigencias realizar referencia, en términos globales, de aquella evidencia que le permite dar coherencia al relato escogido previamente por el tribunal.

Lo anterior se contradice con las exigencias propias del sistema de valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica –aplicable en la especie en virtud del artículo 22 del DL 211–, el cual exige que el sentenciador, al momento de motivar su decisión sobre los hechos del caso, haga análisis y pondere cada una de las pruebas que han sido aportadas en juicio.

- En tercer lugar, el método en comento **obstaculiza fuertemente que se cumpla la función de control que debe cumplir necesariamente la fundamentación de la sentencia.**

En efecto, al omitirse el análisis de la totalidad de la prueba rendida, y preferirse la construcción de un relato coherente, considerándola de forma parcial, el superior jerárquico no puede hacer control de la fundamentación que hace el tribunal para llegar a las conclusiones de los hechos del caso.

³ Ídem. Énfasis agregado

Lo anterior es de suma gravedad, considerando que en la especie el TDLC se tiene que someter, para efectos de valorar la prueba, a las reglas de la sana crítica.

En virtud de dichas reglas, se deben señalar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados que conducen a dar o denegar mérito probatorio a una prueba en específico, siendo el incumplimiento de este imperativo susceptible de ser revisado por el respectivo superior jerárquico.

Al hacerse un análisis global de la prueba rendida, sin necesariamente especificar y hacer análisis de la totalidad de ella, se obstaculiza gravemente que el superior jerárquico pueda controlar que en el caso se hayan efectivamente dado cumplimiento a las reglas que impone la sana crítica para valorar la prueba.

Pese a todos los inconvenientes anotados con anterioridad, el TDLC prefirió acudir a este método de valoración de la prueba, infringiendo con ello las reglas de apreciación que le son exigibles y vulnerando los estándares de prueba mínimos aplicables a un caso como el de autos, según se explicará a continuación.

3.1.1.2. A partir de esta apreciación denominada holística, la Sentencia recurrida infringe los estándares de prueba mínimos para un caso como el de autos

Conforme a esta apreciación probatoria, la Sentencia recurrida consideró suficiente para acoger el Requerimiento (i) revisar, de manera parcial, determinada y muy seleccionada prueba rendida en el proceso; (ii) luego otorgarle un efecto acumulativo a la misma; (iii) simplemente obviar el mérito de abundante evidencia; y (iv) en base a este ejercicio establecer un supuesto patrón de conducta que habrían desarrollado FAASA Chile y MR Chile por 7 años.

Esta valoración que realizó el H. Tribunal configura una clara falta o vicio de la Sentencia recurrida, no sólo porque, como veremos a continuación, transgrede el estándar mínimo probatorio exigido para este tipo de casos en que se denuncia un cartel, sino porque constituye una **apreciación de la prueba parcial, no objetiva y limitada, lo que ha sido repudiado y corregido reiteradamente por la Excma. Corte Suprema.**

Pero no sólo eso, sino que la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia ha recogido esta necesidad de fundamentación de las sentencias, pronunciándose en el sentido de invalidar aquellas que no lo cumplen. Así, nuevamente es nuestro Excmo. Tribunal el que se ha pronunciado en el sentido de acoger el recurso de casación en la forma que, al igual que en el caso de autos, se **funda en la falta de consideraciones de**

hecho atendida la omisión de valorar y ponderar toda la prueba rendida en juicio:
Señala el Máximo Tribunal:

“DÉCIMO: Que siguiendo el razonamiento, la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de todos los medios de prueba, explicitando aquellos mediante cuyo análisis se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.

El análisis y ponderación de la prueba debe ser efectuado de manera integral, esto es, haciéndose cargo y examinando en la fundamentación destinada a la fijación de los hechos, de toda la prueba producida por las partes en el juicio, tanto en la que sustenta su convicción, como aquella que es descartada.”⁴

En otro fallo, la Excma. Corte Suprema ya indicaba:

“NOVENO: Que la sana crítica constituye un sistema probatorio integrado por reglas destinadas a apreciar la prueba rendida en el proceso que deben ser observadas por los magistrados. En tal sentido sobre estos pesa la responsabilidad de motivar o fundar sus decisiones de manera racional y razonada, debiendo exteriorizar las argumentaciones que le han provocado la convicción en el establecimiento de los hechos, tanto para admitir o desestimar los medios probatorios, precisar su validez a la luz del ordenamiento jurídico, como en cuanto al mérito mismo que se desprende de ellos. La valoración de la prueba exige entonces que observen y ponderen de manera integral todos los medios de prueba rendidos en el proceso y expliciten aquellos mediante los cuales darán por acreditados cada uno de los hechos necesarios para la resolución de la litis o serán estos descartados.

También obliga a que los sentenciadores dejan explicitado en su fallo en base a qué razones jurídicas, principios de la lógica y máximas de la experiencia le asignarán valor o desestimarán las pruebas, para lo cual la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de la prueba rendida entre sí y de ésta con los demás antecedentes del proceso cobra singular relevancia, de allí que su inobservancia, transgresión, equivocada aplicación o errónea interpretación puede dar origen a la interposición de los recursos que contempla la ley.”⁵

En el mismo sentido, los profesores Mario Mosquera y Cristián Maturana señalaron que:

“Los jueces para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por el constituyente y el legislador han debido ponderar toda la prueba rendida en autos, puesto que la valoración integral de la prueba así lo impone, tanto aquella en que se sustenta tal decisión como la descartada o aquella que no logra producir la convicción del sentenciador en el establecimiento de los hechos, lo cual no se logra incluso con la simple enunciación de tales elementos, sino que con una ponderación racional y pormenorizada de los mismos, con mayor razón si sólo es referida por el nombre de los testigos y la fija donde se agregan los documentos. Esta mayor exigencia, si se quiere, proviene de la calificación de justo y racional del procedimiento que debe mediar para asentar las decisiones de los órganos que ejercen jurisdicción en el Estado. Tan

⁴ Sentencia definitiva dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 15 de enero de 2015, en autos Rol Ingreso Corte N° 15.988-2013. Énfasis agregado.

⁵ Sentencia definitiva dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 9 de agosto de 2013, en autos Rol Ingreso Corte N° 9222-12. Énfasis agregado.

importante como antigua es esta obligación impuesta a los magistrados, por lo que SU inobservancia corresponde sancionarla, privando de valor al fallo.⁶

Ninguna de estas exigencias se ve morigerada por el hecho que el TDLC está constituido por dos economistas, sino que todo lo contrario. Ello, por dos razones fundamentales:

- Aquella circunstancia no le hace perder su carácter de Tribunal de la República, sujeto a los estándares procesales establecidos en las leyes y al control de sus fallos por parte de la Excma. Corte Suprema.
- La misma circunstancia de estar integrado por dos destacados economistas le exige al TDLC fundar sus fallos tanto en aspectos jurídicos como fácticos y **económicos**.

Estos últimos aspectos también han de conducir a establecer la verdad procesal de aquellos procesos sometidos a su conocimiento, siendo parte relevante de dicha verdad la evidencia económica que se ha de presentar.

Es decir, al estar integrado por dos economistas destacados el TDLC debe elevar el estándar de fundamentación de sus sentencias en aquello propio de la ciencia que ejercen dichos integrantes. Esto no ocurrió en la especie.

A mayor abundamiento, tres de los miembros del TDLC son abogados y por tanto la apreciación de la prueba debe realizarse ciertamente en derecho, bajo el estándar propio de un Tribunal eminentemente letrado. No se entendería una diferencia de valoración distinta a la que se exige de otros tribunales de la República cuya composición es similar, como por ejemplo los tribunales ambientales.

En el caso de autos, esta obligación no la cumplió el H. Tribunal, ya que para tener por acreditada la conducta sancionada, tan solo realizó una apreciación holística, pero acomodaticia, de la prueba, sin observar ni ponderar de manera integral todos los medios probatorios rendidos en el proceso.

Y decimos que estamos ante una apreciación conveniente de la prueba, porque:

- Esta suerte de apreciación *holística* de la prueba devino de una consideración disgregada de la evidencia del proceso, pero rehusó efectuar tal ejercicio con prueba que el propio fallo recurrido reconoce que en forma separada daba cuenta de hipótesis alternativas al ilícito de colusión.

⁶ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián. *Los Recursos Procesales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. P.245. Énfasis agregado.

- El H. Tribunal sólo consideró para resolver este caso la prueba que se ajustaría a su decisión, soslayando aquélla en contrario,
- EL TDLC entendió como prueba contraria para MR Chile múltiples correos electrónicos internos de FAASA Chile, desconocidos e inoponibles para nuestra representada, para así dar cuenta de una suerte de patrón de conducta.

3.1.2. La Sentencia recurrida transgredió el estándar probatorio exigido para acreditar un ilícito de colusión – Declaró la existencia de un cartel sin que existiera en el proceso una prueba clara y concluyente que permita tener un grado de convicción superior al de una alta probabilidad

Contrariamente a lo resuelto por la Excma. Corte Suprema, y merced a lo que denominó una “*apreciación holística de la prueba*”, el sentenciador pretendió evitar hacerse cargo de la exigencia de contar con prueba clara y concluyente de las conductas imputadas, que **permita tener un grado de convicción superior al de una alta probabilidad**, optando por seleccionar arbitraria y descontextualizadamente ciertos antecedentes.

En efecto, para soslayar la falta de prueba, el Tribunal altera en su Sentencia sustancialmente el mecanismo y los hechos supuesta y teóricamente constitutivos del “acuerdo o práctica concertada” materia del Requerimiento, aludiendo a una *supuesta apreciación holística* de la prueba para intentar subsanar o sortear todo aquello que no tuvo explicación bajo la tesis colusoria plasmada en el Requerimiento de la FNE.

Lo anterior es especialmente grave cuando comprobamos que no se cumple en la Sentencia con aquello que la Excma. Corte Suprema ha exigido para sancionar este tipo de conductas, esto es, “*la existencia de una prueba clara y concluyente*”, y que el propio TDLC ha interpretado como “*tener un grado de convicción superior al de una alta probabilidad*”.

Este estándar de prueba se estrella directamente contra la “*apreciación holística de la prueba*”, pues: “*No obstante, como vimos, dicha manifestación [apreciación holística de la prueba] correspondería más bien a un estándar de “preponderancia de la evidencia” y no a un estándar de “prueba clara y convincente”, por lo que se habría aplicado erradamente para sancionar un estándar de prueba que no correspondía.*”⁷

Pues bien, en la especie no concurre esta prueba clara y concluyente, sino que hay evidencia directa de la total plausibilidad de hipótesis alternativas, las que fueron analizadas solo superficialmente por el sentenciador y siempre optando –pese a la profusa evidencia en contra- por la tesis de colusión.

⁷ Informe en derecho presentado ante la E. Corte Suprema en el caso “Colusión de Supermercados” p.29. Énfasis agregado

Sólo como ejemplo de las enormes **dudas que tiene el sentenciador sobre la ocurrencia de la conducta y sus efectos**, podemos citar parcialmente el **Considerando nonagésimo cuarto** del fallo, a saber: *“Además, **es altamente probable que el correo transcrito en el considerando 87° precedente, de fecha 30 de julio de 2009, de cuenta de conversaciones entre las Requeridas acerca del proceso de contratación de Mininco 2009, toda vez que la negociación de la temporada de incendios forestales en Chile se inicia en invierno.**”*

Es decir, el TDLC tiene por acreditado un “episodio” (MININCO 2009) en base a un correo electrónico que “es altamente probable” que se refiera a este proceso de contratación.

Esto atenta claramente contra el estándar de una prueba clara y concluyente que se exige para acreditar este tipo de ilícitos. Con esto se rompe el estándar de convicción “superior al de una alta probabilidad”, lo que a todas luces constituye un grave error que debe ser enmendado.

Otro ejemplo claro de esta infracción se refiere al caso de CELCO en 2012. Para tal “episodio”, el H. Tribunal reprocha el alza de precios que nuestra representada pactó con la forestal señalando al efecto que el precio cobrado por FAASA Chile aumentó en más de un 14%, **en circunstancias que nuestra representada aumentó sus tarifas únicamente en un 2,82%, lo que es completamente coincidente con la variación del IPC en el período**. No se entiende como un aumento de precios dispar puede dar cuenta de una colusión y mucho menos cómo el aumento de precios de FAASA Chile puede achacarse a MR Chile.

3.1.3. La Sentencia recurrida infringió las reglas de la Sana Crítica – Características que debe cumplir la prueba indiciaria para sustentar una decisión del H. Tribunal

Como se ha venido sosteniendo, la sentencia definitiva en estos procedimientos se sujeta tanto a las normas del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil como a las que establece el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la forma de las sentencias.

La variación respecto de sus requisitos formales, en tanto decisión fundada, radica en que tal como lo dispone el artículo 26 del DL 211, la sentencia debe enunciar los fundamentos de hecho, derecho y económicos conforme a los cuales se pronuncia.

Asimismo, el inciso final del artículo 2 del DL 211, establece que la prueba será apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En este marco y de manera sucinta por ser de pleno conocimiento de esta Excm. Corte, nos preguntamos, ¿cuál es el contenido de las reglas de la sana crítica?

De acuerdo a lo que ha establecido nuestra jurisprudencia, el primer parámetro para acotar los criterios de la sana crítica corresponde a la “objetivación” del análisis de la prueba.

Así han fallado los tribunales superiores de justicia: “**Octavo**: Que el sistema de valoración conforme a las reglas de la sana crítica, como lo ha entendido Couture, no significa en modo alguno que el juez pueda ejercerla de manera irracional o caprichosa, sino que muy por el contrario, implica que al hacerlo aquel debe sujetarse a elementos que objetivicen su decisión (la racionalicen) y la hagan exponible y comprensible a las partes, a sus superiores y en general a la sociedad. La apreciación de la prueba según los parámetros de la sana crítica contiene dos elementos esenciales, a saber, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.”⁸

Un segundo parámetro que permite afinar los criterios de la sana crítica corresponde al “**análisis completo de la prueba**” que implica la obligación del sentenciador de analizar y ponderar toda la prueba rendida en el juicio, sin omisiones de especie alguna, fundamentando debidamente la gravedad, conexión, concordancia y multiplicidad de los antecedentes probatorios según los que se ha tenido o no por probado un hecho del proceso, de tal suerte que infringirá las reglas de la sana crítica aquella sentencia que no aprecie todos medios de prueba allegados al proceso.

Así lo ha fallado la Excm. Corte Suprema: **Quinto**: Que en cuanto a la infracción al artículo 456 del Código del Trabajo; es preciso señalar que, en materia laboral, la prueba aportada por las partes se aprecia según el sistema de la sana crítica, esto es, conforme a las normas de la lógica y las máximas de la experiencia y si bien los jueces de la instancia son soberanos para determinar los hechos asentados conforme a ella, no procede aceptar que en tal análisis **los sentenciadores prescindan de los elementos de convicción que están llamados a valorar** ni que se releve a uno de los litigantes de la carga probatoria.⁹

En complemento a lo anterior debe agregarse que los indicios, o la prueba indiciaria, a la que recurrió mayoritariamente la Sentencia para sancionar a MR Chile, tienen sus propias reglas jurídicas, lógicas y de experiencia para llegar a constituir prueba, de modo que debe ser objeto de un doble raciocinio, primero, para que un determinado indicio pueda estimarse como prueba de algo y, seguidamente, tal indicio –en tanto cuestión de hecho- deberá ser ponderado conforme a las reglas de la sana crítica para establecer si calza o no con el mérito de los demás medios probatorios allegados al proceso.

De lo anterior se sigue que los hechos de la causa, conforme la regulación que el artículo 22° del D.L. 211 otorga a la prueba en sus procesos contenciosos, no puedan ser

⁸Sentencia definitiva dictada por la Itma. Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 23 de julio de 2010, en la causa Rol Ingreso Corte N°123-2010. Énfasis agregado

⁹Sentencia definitiva de fecha 10 de Abril de 2008, dictada en los autos Rol Ingreso Excm. Corte N°5856-2007. Énfasis agregado

acreditados en base a antecedentes aislados, especialmente si se refieren a diferentes requeridos, cuyo contenido no sea conexo y concordante con el resto de la prueba rendida.

Tampoco se admiten “pruebas privilegiadas” cuya fuerza probatoria sea mayor que la de otros antecedentes aportados al proceso sin mayores fundamentos jurídicos, lógicos o empíricos.

En el mismo sentido, este sistema tampoco admite alteraciones a la carga de la prueba desde una parte a otra sin que la ley lo admita, ni a relevar de prueba a una parte, haciendo recaer el peso de ésta sobre la otra sin fundamentos jurídicos para ello.

Lo anterior cobra especial relevancia si se advierte que nuestro sistema jurídico pone de parte de la FNE la tarea de demostrar la culpabilidad, mediante pruebas que deben partir por superar otra prueba en contrario y que emana de la propia Constitución Política de la República, cual es la presunción de inocencia.

Esto tiene una importancia trascendental para el sistema de enjuiciamiento que nos ocupa, ya que no se trata simplemente de deducir una acusación de infracción anticompetitiva basada en creencias, elementos o hechos incompletos o parciales, que no permitan llegar a una conclusión de condena basada en un análisis conforme a Derecho de la prueba rendida, la que como hemos visto, deberá comprender, ineludiblemente:

- Primero, un análisis individual de cada prueba rendida, para determinar lo que cada una de ellas aporta objetivamente, de manera eficaz, pertinente, con fuerza y vinculación con el juicio.
- Segundo, un análisis de toda la prueba rendida en el juicio, sin omisiones de especie alguna, fundamentando debidamente la gravedad, conexión, concordancia y multiplicidad de los antecedentes probatorios según los que se ha tenido o no por probado un hecho del proceso y,
- Que, como consecuencia de ese análisis, primero individual y luego de conjunto de toda la prueba rendida, no solamente se pueda concluir como probados los presupuestos de la acusación sino también la participación del requerido en la infracción denunciada y perseguida.

Ejemplo claro de la interpretación parcial de la prueba se vincula con lo que el H. Tribunal denomina el “episodio 1”, en el que se acusa a nuestra representada y a FAASA Chile de haber coordinado el suministro de los servicios solicitados por MININCO en un proceso de contratación en el año 2009, fijando de manera conjunta las condiciones de comercialización de los contratos celebrados con dicho cliente.

Pues bien, para tener por acreditado este “episodio”, **el H. Tribunal recurre a UN SOLO correo electrónico**, y lo más grave aún es que **dicho correo electrónico emana de un ejecutivo de FAASA Chile y es recibido por únicamente ejecutivos de la misma empresa**, sin que exista constancia en el proceso de lo que se señala en ese correo electrónico (i) fuese verídico; o (ii) que fuese siquiera conocido por MR Chile.

Es decir, en base a una **comunicación en la que no tiene parte nuestra representada ni en calidad de remitente o destinatario**, decide dar por establecido un acuerdo para fijar de manera conjunta condiciones de comercialización en los contratos que las partes celebraron con MININCO en 2009 y que se referían a 3 temporadas.

Luego, dicho correo electrónico es utilizado para descartar todas las hipótesis alternativas entregadas y acreditadas por las Requeridas en el proceso, lo que demuestra una **simplificación total del análisis de la prueba y una preconcepción de ésta**, en virtud de un análisis “holístico”, lo cual es inadmisibles considerando que para tener por acreditado el ilícito de colusión se requiere de prueba clara y concluyente.

Ello, sin lugar a duda, infringe las reglas de la sana crítica, por cuanto no parece lógico que se le dé tal relevancia a un antecedente probatorio que no pudo ser reconocido por esta parte y sobre cuyo contenido no se pudo hacer cargo por no emanar de MR Chile.

Conforme a lo expuesto, veremos que el H. Tribunal sustentó su decisión en meros indicios no unívocos, lo que convenientemente apreció en forma holística, pero omitió, y en algunos casos simplemente descartó, la necesaria consideración de prueba categórica que los desvirtuaba.

Lo anterior, conlleva incumplir la objetividad exigible, el mínimo estándar de convicción necesario en un caso en que se sanciona un ilícito de colusión e incluso las propias pautas o reglas de la sana crítica que debe observar el TDLC al resolver una contienda.

Asimismo, la apreciación holística de la prueba, al tratar de quedarse sólo con los elementos que sustentan el relato que se trata de construir, impide que este Excelentísimo Tribunal pueda revisar adecuadamente los demás antecedentes probatorios aportados por esta parte que impiden que la prueba que el TDLC tuvo en consideración para dictar el fallo pueda ser considerado como concluyente.

3.2. La Sentencia soslaya las particularidades de la industria, que hacen inviable un Cartel como el denunciado, o que al menos, éste pudiera detentar aptitud objetiva para afectar la libre competencia

La Sentencia establece en su Considerando Octogésimo que *“Octogésimo: (...) es posible concluir que los episodios acusados por la FNE dan cuenta de la existencia de un acuerdo único entre Faasa Chile y Martínez Ridaó, cuyo objeto era determinar condiciones de comercialización, precios y la participación de oferentes en procesos de contratación públicos y privados, con el propósito de repartirse o asignarse contratos para prestar servicios de combate y extinción de incendios forestales, a través de aviones cisterna, entre los años 2009 y 2015, acuerdo que fue implementado a través de comunicaciones realizadas entre un mismo grupo de ejecutivos;”*¹⁰

Tal decisión del TDLC desconoce particularidades de la industria del combate de incendios forestales que determinan que no es efectivo aquello determinado y especialmente, otorgan plena razonabilidad, sustento y evidencia a la tesis alternativa a planteada por esta parte que hace inviable la colusión sancionada y, en especial, que ésta pudiere tener la aptitud de afectar la competencia en el mercado relevante.

A continuación, revisemos cada una de estas particularidades soslayadas por la Sentencia recurrida.

3.2.1. La Sentencia no considera que los servicios de combate y extinción de incendios forestales tienen por objeto el bienestar de la comunidad y combatir de forma efectiva y eficaz este tipo de incendios, lo que determina una necesaria colaboración entre sus diferentes actores.

En esta industria se produce una realidad que viene dada por la naturaleza misma de los servicios prestados, los que atienden, finalmente, al bienestar de la comunidad y a combatir de forma efectiva y eficaz los incendios forestales.

Lo anterior, determina la necesidad de un ánimo colaborativo de las empresas que prestan estos servicios, el cual se concreta de formas bien precisas, y que **explican, en gran medida, las relaciones relativamente permanentes entre competidores, lo que no se presenta comúnmente en otros mercados.**

Nada de ello es mencionado en la Sentencia.

Por ejemplo, del lado de la colaboración entre las Forestales Privadas y CONAF, es especialmente claro lo que declaró ante la FNE Pedro Villar, subgerente de patrimonio de

¹⁰ Énfasis agregado.

CELCO Norte **“Tenemos convenios de colaboración permanente”** precisando **“hay coordinaciones entre los recursos que estás enviando.”**¹¹

¿Y por qué operan de esta forma? doña Angeline Castillo, jefa de protección de incendios forestales la referida Forestal, fue clara al señalarnos **“hacemos un trabajo colaborativo porque, porque queremos apagar los incendios.”**¹²

Y para lograr este objeto **requieren de la actuación coordinada y colaborativa de las empresas que prestan estos servicios**, con independencia que sean competidoras entre sí, sin que exista atrás de esto intereses anticompetitivos.

Esta realidad quedó extraordinariamente clara en el correo electrónico de 3 de marzo de 2011, que envió Ricardo Rivera, en aquel entonces subgerente Protección Forestal de Forestal MININCO, a todos los operadores contratados, y entre ellos MR y FAASA señalándoles enfáticamente que **“frente a un incendio, este es un solo equipo combatiendo el fuego”**:

From: Ricardo Rivera Ibañez (Forestal LA) [mailto:Ricardo.Rivera@forestal.cmpc.cl]
Sent: Thursday, March 03, 2011 6:54 PM
To: Carlos Barrie; Ricardo Pacheco; Lizasoain, Rodrigo (INAER CHILE); T.A.Martinez Ridaio
Cc: Claudio Mora; Claudio Araya; Jaime Lopez B; CHRISTIAN DÄHLING VOLKE; Claudio Alcayaga ; Osvaldo Vera Alarcon (Forestal LA); Arturo Ahumada Hernandez (Forestal TA); Marco Muñoz Quezada (Forestal LA); Raul Serrano (INMEDIAT)
Subject: Solicita que exista máxima fluidez, entre empresas aéreas, en el apoyo con combustible durante las emergencias.

Estimados:

El lunes 28 de febrero recién pasado, tuvimos el KAMOV de la empresa Inaer, por cerca de 1 hora sin poder operar, por falta de combustible y en espera de su móvil de carguío, en un incendio complejo ocurrido al oeste de Galvarino.

Lo lamentable del caso, es que, en el lugar, había un móvil de carguío de otra empresa aérea. La cuestión es que, por alguna razón que desconozco, pasaron 60 minutos sin poder hacer combustible, hasta que llegó el móvil de carguío del Kamov y éste pudo autoabastecerse.

1

¹¹ Fojas 2 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "Tomo III\27.

¹² Testimonial de Angeline Castillo, agregada a fojas 1.254 y siguientes de autos, páginas 32-33. Énfasis agregado.

Otra situación similar (aeronave sin combustible, no pudo cargar en el móvil de combustible de otra empresa aérea) le ocurrió a un helicóptero de la empresa Helicópteros del Pacífico, el domingo 13 de febrero, en el sector de Mingre en la región del Maule.

Comprendo las razones, dadas en cada caso, para explicar las descoordinaciones, pero quiero pedirles un especial esfuerzo y máxima voluntad, para evitar que esto se repita, ya que habla mal de nuestra (la de todos) capacidad de gestión.

Y la verdad, no tiene presentación, que una aeronave, cualquiera que sea, no pueda operar por falta de combustible habiendo móviles de carguío cercanos INDEPENDIENTE que estos móviles sean de propiedad de otra empresa aérea. Finalmente, frente a un incendio, este es un solo equipo combatiendo el fuego.

Mucho les agradeceré instruir a su personal (pilotos, choferes, otros) sobre el COMO y a QUIÉN se debe pedir el combustible de cada empresa aérea, para que en las emergencias esta operación fluya sin contratiempos.

Les ofrezco, si lo desean, utilizar a la CEMCO (Central de Mando y Control) para canalizar las solicitudes de combustibles durante la emergencia, cuando tengan la necesidad y por alguna razón, no logren contacto directo con quienes autorizan el uso de combustible en cada una de las empresas aéreas.

Saludos cordiales,

Ricardo Rivera Ibáñez

Subgerente Protección Forestal
Forestal Mininco
@ : ricardo.rivera@forestal.cmpc.cl

☎ Celular : +56-8-139-7593
☎ Oficina : +56-43-636-475

13

Lo anterior, justifica y otorgan razonabilidad al hecho que entre empresas competidoras se generen comunicaciones, lazos comerciales y conocimiento sobre la infraestructura y capacidad de sus competidores, lo que por cierto constituye una particularidad en este mercado que no podía ser soslayada a la hora de revisar las imputaciones planteadas por la FNE en este proceso.

Incluso, acreditamos que **la DGAC organiza todos los años, una reunión con todos los operadores aéreos**, a fin que éstos expongan su experiencia durante la temporada de incendios forestales y ver los problemas y posibles soluciones de cara a la próxima temporada. La asistencia a estas reuniones es obligatoria.

3.2.2. Esta lícita colaboración y comunicaciones se acrecienta entre MR y FAASA, porque han participado conjuntamente en, al menos, 7 UTEs entre los años 2005 y 2019

Esta realidad se acrecienta respecto de MR y FAASA, no solo porque operan también en España, sino que, además, **porque éstas han participado juntas en al menos 7 Uniones Temporales de Empresas (“UTEs”) entre los años 2005 y 2019.**

¹³ Documento acompañado bajo el N° 28 de la presentación de fojas 3.419. Énfasis agregado.

A continuación, incorporamos el siguiente cuadro que muestra diferentes UTEs en que ha participado Martínez Ridao con distintos competidores, entre ellos FAASA, para prestar principalmente servicios aéreos de extinción de incendios forestales en España desde el 2005 y hasta la fecha.

NOMBRE	AÑO	COMUNIDAD	CONTRATO
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO, SAETA S.L.	2005-2007	GALICIA	CONTRATACION DE SERVICIO DE UN MINIMO DE 8 AVIONES DE CARGA EN TIERRA PARA LA PREV. Y EXTINCION DE INC. FORESTALES
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO, AVIALSA T-35 S.L., T.A. ESPEJO, S.L.	2005	C. VALENCIANA	APLICACIÓN MEDIANTE AVIONETA DE PRODUCTOS CITRICOS FITOSANITARIOS SOBRE AREAS DE CULTIVO DE CITRICOS
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO, AVIALSA Y FAASA, S.A.	2005-2006	MINISTERIO	CONTRATACION DE CUATRO AVIONES ANFIBIOS DE 3100 L DE CAPACIDAD PARA LA LUCHA DE INC. FORESTALES
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO Y SERVICIOS AEREOS EUROPEOS Y TRATAM. AGRICOLASS.L.	2006-2007	C.MANCHA	C.LA MANCHA SERVICIO DE AVIONES LIGEROS DE CARGA EN TIERRA CON DESTINO AL COMBATE CONTRA INCENDIOS FORESTALES
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO, FAASA AVIACION S.A. Y TRAB. AEREOS ESPEJO S.L.	2007-2010	ANDALUCIA	JUNTA DE ANDALUCIA FLETAMIENTO DE AVIONES DE CARGA EN TIERRA EN LA LUCHA CONTRA INCENDIOS FORESTALES
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO, TRAB. AEREOS EXTREMEÑOS, S.L.	2007	EXTREMADURA	FLETAMENTO DE AERONAVES PARA LA FUMIGACION EN LA CAMPAÑA OFICIAL DE LA MOSCA DE OLIVO Y PUDENTA DE ARROZ
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO, AVIALSA T35, S.L.	2007	CASTELLON	CAMPAÑA CONTRA BACTROCERA OLEAE GMELIN AÑO 2007
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO, TRAB. AEREOS EXTREMEÑOS, S.L.	2007	EXTREMADURA	SERVICIO DE AERONAVES PARA LA CAMPAÑA OFICIAL CONTRA LA PROCESIONARIA DEL PINO
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO, TRABAJOS AEREOS EXTREMEÑOS, S.L.	2008	EXTREMADURA	TRAT. FITOSANITARIO SAEREOS CONTRA LA LANGOSTA MEDITERRANEA Y OTROS ORTOPTEROS ASOCIADOS
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO- TRABAJOS AEREOS EXTREMEÑOS, S.L.	2008	EXTREMADURA	REALIZACION DE TRATAMIENTOS AEREOS PARA LA CAMPAÑA CONTRA LA MOSCA DEL OLIVO Y PUDENTA
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO- TRABAJOS AEREOS EXTREMEÑOS, S.L.	2008	EXTREMADURA	SERVICIO DE AERONAVES PARA TRAT. AEREOS EN LA CAMPAÑA OFICIAL DE LA PROCESIONARIA
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO Y TRABAJOS AEREOS EXTREMEÑOS S.A.	2009	EXTREMADURA	TRAT. AEREOS CONTRA LA MOSCA DE OLIVO EN LA CAMPAÑA 2009
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO, SERVICIOS AEREOS EUROPEOS Y TRATAM. AGRICOLAS, S.L.	2009-2011	GALICIA	XUNTA DE GALICIA - SERVICIO DE NUEVE AVIONES DE CARGA EN TIERRA PARA LA PREVENCION Y EXTINCION DE INCENDIOS FORESTALES
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO, AVIALSA Y FAASA AVIACION S.A.	2009-2010	MINISTERIO	SERVICIO DE CUATRO AVIONES ANFIBIOS DE 3100 L DECAPACIDAD PARA LA LUCHA CONTRA INC. FORESTALES
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO Y TRABAJOS AEREOS EXTREMEÑOS S.A.	2009	EXTREMADURA	FLETAMIENTO DE AERONAVES PARA EL TRAT. CONTRA LA PROCESIONARIA DEL PINO
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO Y SERVICIOS AEREOS EUROPEOS Y TRATAM. AGRICOLASS.L.	2010-2013	C.MANCHA	SERVICIO DE MEDIOS AEREOS ADSCRITOS AL PLAN INFOCAM 2010-2013
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO Y TRABAJOS AEREOS EXTREMEÑOS S.A.	2010	EXTREMADURA	SERVICIO PARA EL TRATAMIENTO AEREO CONTRA LA MOSCA DEL OLIVO CAMPAÑA 2010
UTE ANGEL MARTINEZ RIDAO Y TRABAJOS AEREOS EXTREMEÑOS S.A.	2010	EXTREMADURA	TRAT. AEREOS CONTRA LA PROCESIONARIA DEL PINO 2010
UTE MARTINEZ RIDAO AVIACIÓN Y TRABAJOS AEREOS EXTREMEÑOS, S.L.	2016-2017	BALEARES-NAVARRA	LUCHA CONTRA INCENDIOS BASE SON BONET Y NOAIN
UTE MARTINEZ RIDAO AVIACIÓN Y FAASA AVIACIÓN S.A.	2017-2018	VALENCIA	SERVICIO DE AVIONES DESTINADOS A LA EXTINCIÓN DE INCENDIOS FORESTALES EN LA COM. VALENCIANA
UTE FAASA AVIACIÓN S.A. Y MARTINEZ RIDAO AVIACIÓN, S.L.	2017-2018	CATALUÑA	LUCHA CONTRA INCENDIOS DURANTE LA CAMPAÑA FORESTAL DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA 2017
UTE PEGASUS AVIACIÓN S.A. Y MARTÍNEZ RIDAO AVIACIÓN, S.L.	2019	CATALUÑA	DIRECCIÓN GENERAL DE PREVENCIÓN, EXTINCIÓN DE INCENDIOS Y SALVAMIENTO
UTE MARTÍNEZ RIDAO AVIACIÓN, S.L. Y PEGASUS AVIACIÓN S.A.	2019	VALENCIA	SERVICIO DE AVIONES DESTINADOS A LAS TAREAS DE EXTINCIÓN DE INCENDIOS FORESTALES EN LA COMUNITAT VALENCIANA

14

MR España participa de estas UTES debido a los elevados requisitos y requerimientos de

¹⁴ Cuadro elaborado con la información extraída de los documentos acompañados a fojas 3.444. Se destacan en celeste las UTES en las cuales las sociedades Martínez Ridao y FAASA han participado en conjunto.

las Administraciones Públicas (Estatal y Autonómica), lo que hace que en muchas ocasiones se vuelva prácticamente imposible cubrir dichos requerimientos por una sola empresa.

Estas UTEs son asociaciones de empresas, reconocidas y aceptadas por la legislación española, las que, tal como señala el abogado y economista español don Miguel Bermudo en su informe acompañado al proceso, "*provoca la necesidad de una coordinación entre operadores que, en otros momentos serán competidores (...) y que permite en cierto sentido, un conocimiento más profundo de las capacidades de cada una de las empresas que forman parte de las UTEs.*"¹⁵

Porque mediante las mismas, las empresas competidoras, y entre ellas MR y FAASA, ofertan y prestan estos servicios en forma conjunta a un mismo cliente, lo que provoca necesarias comunicaciones, lazos comerciales y conocimiento sobre la infraestructura, aviones, pilotos, mecánicos, con la única finalidad de prestar este esencial servicio de la mejor forma posible, no como parte de un Cartel.

Ello determina que, para estas campañas, estas empresas deban actuar como socios comerciales, y no como simples competidores.

Esta lícita colaboración entre competidores y su necesidad en el mercado de extinción de incendios forestales mediante aviones se ha reconocido en Chile, puesto que **la propia CONAF las ha permitido en sus últimos procesos de contratación**. Así, en las Bases de Licitación Tipo LR para la contratación de la prestación de servicios de aviones cisternas para el combate de incendios forestales, período 2018-2019, estableció:

3. Unión temporal de proveedores.

3.1 En este proceso de licitación pública podrán participar "**Uniones Temporales de Proveedores**", siempre que estas ofertas den pleno cumplimiento a las regulaciones contempladas en el Reglamento de la Ley 19.886, específicamente en su Artículo 67 bis.

3.2 El principal objetivo de esta figura de asociación de proveedores consiste en impulsar tanto actividades de las micro y pequeñas empresas, especialmente tratándose de aquellas pertenecientes a las regiones.

3.3 Mediante la Unión temporal dichas empresas pueden asociarse a través de un mecanismo expedito y simple, a fin de que puedan competir en igualdad de condiciones con empresas de mayor tamaño con las siguientes disposiciones reglamentarias, según lo indicado en la directiva de contratación pública N°22:

Si dos o más proveedores se unen para el efecto de participar en un proceso de compra, deberán establecer, en el documento que formaliza la unión, a lo menos, la solidaridad entre las partes respecto de todas las obligaciones que se generen con la Entidad y el nombramiento de un representante o apoderado común con poderes suficientes.

Para efectos de la presente licitación y sin perjuicio del resto de las disposiciones legales y reglamentarias que resulten aplicables, el acuerdo en que conste la unión temporal deberá materializarse por escritura pública, como documento para contratar, sin que sea necesario constituir una sociedad.

¹⁵ Página 12 de Informe acompañado a fojas 3431.

3.4 Independiente de la unión temporal, la entidad exigirá que cada proveedor deberá encontrarse inscrito en el registro de Proveedores para suscribir el contrato.

3.5 Al momento de la presentación de las ofertas, los integrantes de la Unión determinarán qué antecedentes presentarán para ser considerados en la evaluación respectiva, siempre y cuando lo anterior no signifique ocultar información relevante para la ejecución del respectivo contrato que afecte a alguno de los integrantes de la misma.

3.6 **Un mismo oferente no podrá adjudicarse más de 3 de las bases** objeto de esta licitación, en ese sentido se considerarán dentro de la sumatoria las ofertas presentadas por el adjudicatario en alguna unión temporal. **Para el efecto, si alguno de los postulantes presenta ofertas por más de 3 bases debe expresar por escrito un orden de prelación, identificadas en el Anexo 5.**

3.7 Las causales de inhabilidad para la presentación de las ofertas, para la formulación de la propuesta o para la suscripción de la convención, establecidas en la legislación vigente, afectarán a cada integrante de la Unión individualmente considerado. En caso de afectar una causal de inhabilidad a algún integrante de la Unión, ésta deberá decidir si continuará con el respectivo procedimiento de contratación con los restantes integrantes no inhábiles de la misma o se desiste de su participación en el respectivo proceso.

La vigencia de esta unión temporal de proveedores no podrá ser inferior a la del contrato adjudicado, incluyendo la renovación que se contemple.

De esta forma, **tanto en Chile como en España hay circunstancias fácticas y jurídicas que determinan que los actores principales de esta industria cuentan con información de la competencia, lo que no ocurre en otros mercados**, pero sin que ello sea ilícito.

En cambio, en el Considerando Septuagésimo Noveno, la Sentencia sólo confiere a ello una connotación negativa, considerando a las UTE como instrumentos que facilitarían el cartel sancionado ya que dispone *“Septuagésimo noveno: Que, a mayor abundamiento, a modo de prueba circunstancial, en el expediente consta que existen características del mercado que facilitan la existencia y sostenibilidad de un acuerdo colusorio en el tiempo, tales como (i) la frecuente comunicación entre Faasa y MR, que se origina al formar ambas parte de una asociación de empresas que combaten incendios forestales en España, teniendo incluso una UTE entre ellas en dicho país...”*¹⁶

Es decir, la Sentencia le otorga efectos anticompetitivos a las UTES en circunstancias que como vimos son figuras necesarias y lícitas que son reconocidas y amparadas por la legislación española.

Y la razón de ello ha de ser porque sería más consistente con el supuesto cartel sancionado, pero en cambio, nada menciona sobre éstas podrían explicar y dar razonabilidad a que existan un mayor conocimiento entre MR y FAASA y, por cierto, entre sus ejecutivos.

¹⁶ Énfasis agregado.

3.2.3. **MININCO, CELCO y CONAF conforman un oligopsonio con un importante poder de compra que disciplina a actores como MR Chile y FAASA Chile.**

Otro aspecto sumamente relevante que la Sentencia no considera, es que MININCO, CELCO y CONAF conforman un oligopsonio con un importante poder de compra, que disciplina a actores como MR Chile y FAASA Chile.

El TDLC solo se refiere a este asunto tangencialmente y otorgándole un mínimo efecto. Señala en el Considerando Ducentésimo Nonagésimo Séptimo: *“Que, con todo, la concentración de la demanda en unos pocos actores pudo a lo más haber puesto una cota superior al sobreprecio acordado por Faasa y MR Chile, pero, atendidas las características del mercado relevante, en ningún caso pudo haber impedido que el acuerdo entre las dos principales empresas del mercado tuviera efectos en la competencia, como las Requeridas pretenden argumentar en autos;”*

En los términos de la Sentencia, esta relevante característica del mercado relevante solo habría permitido impedir un aumento mayor del precio en que FAASA Chile y MR Chile le habrían ofrecido sus servicios, pero no sería suficiente para impedir que el supuesto cartel produjera efectos en la competencia.

Aquello no es efectivo, ya que tal como revisaremos a continuación, este oligopsonio hacía inviable cualquier -inexistente- acuerdo entre las requeridas pero especialmente, que tuviere la aptitud para (i) afectar los precios de los contratos (ii) definir las condiciones de comercialización; (iii) determinar la participación de oferentes en procesos de contratación públicos o privados; y (iv) para asignarse contratos en el mercado relevante, como dispuso la Sentencia.

3.2.3.1. **Muy relevante poder de compra de MININCO, CELCO y CONAF**

Como es reconocido por la FNE y el Tribunal, **las empresas Forestales y CONAF concentran prácticamente la totalidad de la demanda** de los servicios de combate de incendios forestales por aviones cisterna.

En lo que respecta a MININCO y CELCO, son las dos principales empresas forestales de nuestro país, las que además pertenecen a grandes grupos económicos. La primera pertenece al grupo de empresas CMPC, controlado por la familia Matte, y que cuenta con el segundo patrimonio forestal más grande de Chile. Por su parte, CELCO, perteneciente al grupo Angelini, uno de los 10 grupos empresariales más grandes de nuestro país.

En estas circunstancias, estamos en presencia de clientes que **cuentan con un importante poder de negociación**, el cual ejercen, y ejercieron entre 2009 y 2015, respecto de las

empresas que ofrecen estos servicios, y entre ellas MR Chile y FAASA Chile.

Esto determina que son ellos quienes, al **contratar, definen prácticamente la totalidad de las condiciones comerciales y precios, existiendo una amenaza plausible de una integración vertical de los mismos, lo que constituye, al menos, un disciplinador del actuar de los oferentes, entre ellos nuestra representada.**

De hecho, en el año 2014 la propia FNE reconocía este poder de contrapeso, estableciendo en la Resolución de archivo de la investigación por precios predatorios que: “Que, sin perjuicio de lo anterior, esta Fiscalía estima que ese poder de mercado podría ser menor respecto de clientes con mayor poder de negociación, quienes son los principales demandantes de estos servicios (v.gr. empresas forestales de mayor tamaño), desde que la amenaza de una integración vertical aguas arriba por estos últimos podría actuar en parte como un disciplinador de actores como Faasa.”¹⁷

Es decir, estamos ante lo que la literatura económica denomina como una estructura de **mercado del tipo oligopsónico**, en el que operan escasos agentes compradores, que en conjunto reúnen una cuota muy cercana al total de la demanda.

En estos casos, **el poder de compra se traduce en la capacidad de la empresa para fijar un precio de compra inferior al socialmente óptimo**, y comprar una cantidad del bien intermedio (o factor productivo) inferior a la socialmente óptima, lo que genera un costo o pérdida para la sociedad.

El poder de compra de los agentes del mercado ha sido reconocido reiteradamente por el H. Tribunal, señalando que **el mismo puede ser usado para obtener menores precios en desmedro del excedente del productor (en este caso de MR Chile y demás oferentes), más allá de lo que ocurriría en un mercado competitivo.**¹⁸

Pero este poder de contrapeso de las forestales privadas y de CONAF se manifestó – y se manifiesta –, por ejemplo, en que el servicio de prevención y combate de incendios forestales por medios aéreos forma parte del programa de protección de incendios definido previamente por CONAF y las Forestales Privadas, definiendo unilateralmente éstas los recursos aéreos que se utilizarán para cada temporada, sus características y el presupuesto que se destinará para ello, etc.

Revisemos cada una de estas circunstancias.

¹⁷ Considerando Cuarto de la Resolución de archivo de referida investigación de FAASA. Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 44 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "F:\Tomo 1\76. CD Expediente 2246-13\Expediente Físico\33. Minuta de archivo 006.pdf". Énfasis agregado.

¹⁸ Sentencia N°9/2004 de 5 de octubre de 2004, causa Rol C 03-2004. Considerando Décimo Octavo.

3.2.3.2. Las forestales privadas y CONAF definen ex ante las condiciones de contratación

Acreditamos en el proceso que MININCO, CELCO y CONAF definen unilateralmente y, en forma previa: (i) el modelo, características y número de aviones a contratar; (ii) la cantidad de temporadas; (iii) el número de días y horas comprometidos; etc.

- Las siguientes bases de contratación de MININCO para las temporadas 2012-2013 son especialmente claras:

BASES DE OPERACIÓN	MODELO DE AERONAVES	CANTIDAD DE AVIONES	PERÍODO DE VIGENCIA DEL CONTRATO		DÍAS Y HORAS COMPROMETIDOS	
			Inicio	Término	Días	Horas
TRILAHUE	AT 802	2	A definir	A definir	110	40
MARÍA DOLORES	AT 802	2	A definir	A definir	110	40
ANGOL	AT 802	2	A definir	A definir	110	40

- Pero CELCO fue incluso más allá en su base de licitación para la temporada 2012, llegó a fijar las características específicas que debían contener los tres aviones cisterna AT 802 que requería:

Avión air tractor modelo AT-802.		
Especificación	Unidad	Cantidad
Capacidad Real Estanque Cisterna mínimo	Litros	3000
Autonomía Vuelo mínima	Horas	3
Velocidad Crucero mínima	Kilómetros/hora	200

- En el caso de **CONAF**, estableció en sus términos de referencia para la contratación de emergencia del año 2015 **la cantidad de aeronaves** que requería contratar:

Objetivos
Establecer definiciones, procedimientos, condiciones y características a considerar, para la presentación de las ofertas destinadas al servicio de combate de incendios forestales mediante 03 aviones cisterna, con la siguiente distribución por base de operación: 02 aviones cisterna en la Región de Valparaíso y 01 avión en Región de la Araucanía.

19

A partir de esta realidad operacional, **¿qué sentido habría tenido un acuerdo entre MR Chile y FAASA Chile que buscara fijar conjuntamente las condiciones de comercialización como plantea la FNE?** Simplemente ninguno.

¹⁹ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 44 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE, en la ruta "Tomo I\74. Pendrive respuesta Conaf a oficio 0117\2. TRATOS DIRECTOS 2012-2015\Trato Directo 2015\ID-633-105-SE15\6.Términos_de_Referencia_9-01-2014_arriendo_de_aviones_Cisterna_pa.doc"

La participación de MR Chile y demás oferentes en los procesos de **contratación se limitaba simplemente a ofertar montos que valorizaban los requerimientos específicos determinados unilateralmente por los clientes, y nada más**. Incluso debía firmar contratos elaborados por los propios clientes, sin opción de intervenirlos.

Por ejemplo, Fernando Parada de CONAF fue claro en señalar que **la redacción de los contratos se encuentra a cargo de la Fiscalía de dicha corporación**:

“Mario Garfias (Abogado Martínez Rídao): Eee, Mario Garfias por Martínez Rídao, eee, don Fernando, usted nos señaló que al final de estos procesos de licitación, eee, estos terminaban con una adjudicación y que con una Resolución del Director...

Fernando Parada Astorga: Ejecutivo.

Mario Garfias (Abogado Martínez Rídao): ... Ejecutivo de la Conaf...

Fernando Parada Astorga: Uhum.

Mario Garfias (Abogado Martínez Rídao): ... y luego esto se transforma en un contrato.

Fernando Parada Astorga: Exacto.

Mario Garfias (Abogado Martínez Rídao): Esos contratos, ¿Quién los redacta?

Fernando Parada Astorga: Fiscalía.

Mario Garfias (Abogado Martínez Rídao): ¿La Fiscalía de?

Fernando Parada Astorga: Fiscalía de Conaf, de la Corporación. Uhum”²⁰.

3.2.3.3. Determinan ex ante el presupuesto a destinar para la contratación de los aviones cisterna AT 802, con pleno conocimiento de los costos en que incurren las empresas como MR Chile

- a. Tal como emanó de la evidencia del juicio, los referidos requerimientos **son definidos unilateralmente por los demandantes de estos servicios, en base al presupuesto que ellos mismos han determinado previo al inicio de cada proceso de contratación**.

El testigo Sr. Fernando Parada señaló que, para el caso de CONAF, el presupuesto para las labores de combate y/o extinción de incendios forestales viene previamente determinado por el Ministerio de Hacienda, y a éste, debían ajustarse: *Fernando Parada Astorga: No, el presupuesto está definido por el Ministerio de Hacienda. O sea, nosotros somos un presupuesto a través del Ministerio y ese es el presupuesto al que nos debemos ajustar.”²¹.*

En la misma línea, doña Angeline Castillo, jefa de protección de incendios CELCO a la época de los hechos, señaló que **los planes de prevención son proyectados con un presupuesto que es previamente definido por la forestal**: *“En general, depende por supuesto de las condiciones, lo primero es definir la estrategia, es decir hacia donde queremos llegar y queremos cumplir, una vez se hace la evaluación de cuantos recursos se requieren para cumplir esa estrategia, se valoran y por supuesto hay un margen que, que nuestro gerente y directorio establece hasta donde vamos a gastar en proteger el patrimonio”²².*

²⁰ Testimonial de Fernando Parada, agregada a fojas 1.220 y siguientes de autos, página 20. Énfasis agregado

²¹ Testimonial de Fernando Parada Astorga, agregada a fojas 1.220 y siguientes de autos, página 5. Énfasis agregado.

²² Testimonial de Angeline Castillo Orellana, agregada a fojas 1.254 y siguientes de autos, páginas 19-20. Énfasis agregado.

En lo que respecta a MININCO, declaró ante el H. Tribunal don Patricio Santibáñez, a la época gerente de protección de la aludida forestal, quien señaló que **todos los planes de prevención y combate de incendios se hacían en base a un presupuesto aprobado previamente, antes de empezar cada temporada de incendios, agregando que incluso ellos valorizaban previamente el contrato a contratar con las operadoras a un precio que la propia MININCO estimaba como razonable:**

***“la empresa en general tiene un presupuesto, el que se aprueba en octubre, ¿ya?, y ese presupuesto enero diciembre, la operación de incendios ocurre noviembre abril, no sé si me ... media cortada, toma dos presupuestos, por lo tanto a la pre aprobación de toda la línea, es decir, ya esto es y esto es lo que se va a presentar pal presupuesto anual.”**²³*

(...)

“Sí, lo que yo creo que esas cosas han cambiado en el tiempo no, no sé si hoy en día son exactamente iguales, pero, pero lo que nosotros hacíamos es tratar de contratar, dar un valor por el contrato que al operador le significara estar tranquilo, que ha hecho un buen negocio, que es razonable para él y que es un costo razonable pa nosotros, y eso estaba cubierto en el contrato base y con eso, para hacer eso nosotros definíamos ese contrato vale tanta plata, involucra tantas horas y tantos días, son ciento diez días, cuarenta horas de trabajo, cuarenta horas de vuelo, de operación del equipo.”²⁴

- b. Las Forestales Privadas y CONAF fijan este presupuesto **con pleno conocimiento de los costos en que incurren las empresas que prestan estos servicios**, lo que otorga mayor razonabilidad y sustento al presupuesto definido por éstas.

Así lo declaró Oswaldo Vera, subgerente de protección forestal de MININCO, ante la FNE: ***“Declarante: A ver, en el tema de cómo se definen los precios puedo comentarles, en términos generales, lo que nosotros conocemos de la estructura de la que tiene un... de costos de un contrato, pero, básicamente, tiene que ver con costos fijos y costos variables. Los costos fijos de un contrato tipo de una aeronave, helicóptero o avión tienen que ver con el valor de la compra de la aeronave naturalmente, ahí hay un costo de un leasing o de cuota de capital que la empresa tiene que poner en el contrato; está el costo de tripulación, ¿no cierto?, cuánto le cuestan los pilotos, combustible, lubricante, mantenimiento, ¿no cierto?, y logística doméstica asociada. Esos son como los grandes ítems que tiene que incorporar un contrato, y cuando nosotros tenemos que realizar un valor pedimos que nos abran eso y sobre esos ítems vemos si está ajustado a la realidad y con eso trabajamos.”***²⁵

Por su parte, doña Angeline Castillo también declaró ante la FNE y señaló conocer los costos de las empresas operadoras.²⁶

²³ Testimonial de Patricio Santibáñez, agregada a fojas 2.493 y siguientes de autos, páginas 24-25. Énfasis agregado.

²⁴ Testimonial de Patricio Santibáñez Carmona, agregada a fojas 2.493 y siguientes de autos, página 26. Énfasis agregado.

²⁵ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 2 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "Tomo III\ 28. Transcripción Declaración Oswaldo Vera (14-09-2017).pdf", p. 14. Énfasis agregado.

²⁶ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 3 del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE en la ruta "Tomo III\26. Transcripción Declaración Angeline Castillo (17-08-2017)_VP", pp. 22-26. Énfasis agregado.

Es más, recordemos que en el correo electrónico en que MININCO invita a MR Chile al mercado nacional señalan: *“Por esa razón, quería saber si tienes un avión disponible para unos 110 días con 40 horas garantizadas, aunque creemos que lo usaremos por sobre 75 **pero por razones presupuestarias estamos contratando el máximo de recursos que podamos a costo variable.**”*²⁷

Lo expuesto es especialmente relevante y resta total viabilidad a aquello que plantea la FNE en cuanto a que MR Chile se hubiere concertado con FAASA Chile para subir los precios de los contratos.

¿Para que estas empresas se concertarían con este fin si a la hora de contratar sus servicios, sabían que las forestales privadas y CONAF ya habían fijado un presupuesto inamovible? Creemos que no tiene sentido.

3.2.3.4. MININCO, CELCO y CONAF determinaban unilateralmente los operadores que invitaban a participar, para luego enviarles la respectiva invitación que se materializa en una licitación pública o privada, o en una solicitud privada de servicios

Por ejemplo, tratándose del cuestionado proceso de contratación de CELCO del año 2012, la FNE le preguntó a la ya mencionada personera de esta forestal, doña Angeline Castillo, *“¿se recuerda qué empresas se invitó a participar?”* a lo que contestó ***“A todas las que estaban autorizadas por la Dirección General de Aeronáutica porque las bajé de la página de la dirección.”*** Agregando *“Había muchas, pero estaba Inaer, Helicopter S.A, FAASA, Martínez Rídao, Fly Service. **Todas las que estaban en Chile y, adicionalmente, buscamos en España** y ahí mandamos a Avialsa y Hispánica Aviación.”* (fojas 3 del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE en la ruta "Tomo III\26.)

En el mismo sentido, Alfredo Mascareño de CONAF, declaró: *TESTIGO: **Correspondía informar a las empresas del rubro los procesos de licitación que la CONAF iba a comenzar a publicar, a efectos de que participaran y hubiese, existiese competencia entre ellos. No así durante el proceso que se precedía, cerraba la posibilidad de conversar con ellos.***²⁸

A partir de esta realidad, que la Sentencia omite, MR Chile y FAASA Chile mal podrían haber acordado la participación de los oferentes en los mismos, o en todo caso, sería totalmente inocuo cualquier acuerdo que persiguiera este fin.

²⁷ Documento acompañado bajo el N° 4 de la presentación de fojas 3.432.

²⁸ Testimonial de Alfredo Mascareño Domke, agregada a fojas 1.137 y siguientes de autos, página 3. Énfasis agregado.

3.2.3.5. Si MR Chile no contrataba con las forestales privadas y/o con CONAF, no resultaba rentable la inversión de aviones, pilotos y mecánicos, va que tendrían que mantener todos sus costos, no obstante no rentabilizarlos durante el invierno europeo

Otro aspecto relevante consiste en las forestales privadas y CONAF están en perfecto conocimiento de que si MR Chile no contrata con ellas, **tendrán sus aeronaves, pilotos, mecánicos, centro de mantenimiento en Chile, etc, sin operación durante el invierno europeo**, lo que sin duda disciplina a nuestra representada e impide que pudiera fijar condiciones contractuales abusivas como establece la Sentencia.

Lo anterior, porque de no contratar con las forestales privadas o con CONAF **mantendría su infraestructura y equipos ociosos**, no obstante que igualmente tendrían que seguir soportando altos costos fijos, por ejemplo, el leasing o cuota que debe pagar del avión, su póliza de seguro, patente, remuneraciones de pilotos mecánicos, etc.

De hecho, la propia Sentencia reconoce en el Considerando Ducentésimo Octogésimo Octavo que estas empresas operadoras que el hecho de requerir *“contar con aviones y otros activos que permitan su operación en el territorio nacional, y requiere de una alta inversión inicial lo que genera una estructura de costos con altos costos fijos...”*²⁹

Precisamente esta estructura de costos con altos costos fijos disciplinaba a MR Chile e impedía que pudiese exponerse a no lograr contratos con las forestales privadas y CONAF por lo que malamente podría haber subido los costos indebidamente como dispone la Sentencia.

Por ello, el economista e informante Rodrigo Harrison estableció sobre este asunto que *“Con todo, el costo de tener detenidos los aviones versus ponerlos en operación en Chile desde España son mayor, razón por la cual, la necesidad de tener un negocio sostenible obliga a asumir riesgos de mercado que implican optar por la entrada en Chile en una temporada distinta a la española.”*³⁰

²⁹ Énfasis agregado

³⁰ Página 20 de versión pública del Informe económico titulado “Opinión económica sobre ‘Requerimiento de la FNE en contra de Martínez Rídao’”, elaborado por Rodrigo Harrison Vergara y acompañado por presentación de fojas 3.432. Énfasis agregado.

3.2.3.6. Este poder de compra se incrementa, toda vez que entre las forestales privadas y CONAF se transmiten los precios y condiciones comerciales en el marco del Consejo de Coordinación en manejo de fuegos en Chile.

Otro antecedente que incrementa el poder de compra de las empresas forestales privadas y CONAF, es que en este Consejo dichas empresas **compartían sus costos**, entre los cuales se encuentran los precios que cobran tanto MR Chile como a FAASA.

En audiencia testimonial de fecha 10 de octubre de 2019, el testigo don Ricardo Rivera Ibáñez, quien **dirigió este Consejo por casi 30 años**, y se desempeñare como jefe de protección contra incendios de Forestal MININCO, señaló enfáticamente:

“RUBÉN URRUTIA (Abogado Martínez Ridao Chile): Perfecto. Y entre estos, entre Mininco, Arauco y, y Conaf, que usted nos menciona, ¿existían acuerdos, comunicaciones en aras a la, al combate de incendios forestales?”

*RICARDO RIVERA: Existían, **yo tuve la, la suerte y la oportunidad de dirigir el consejo técnico de coordinación en manejo de fuegos en Chile. El consejo técnico era una instancia que reunía a Conaf y a las empresas** y que, entre otras cosas, **hacíamos todos los años una actividad de evaluación de la temporada, que duraba dos o tres días, donde nos encerrábamos todos los técnicos de Conaf y de las empresas a conversar la temporada. Lo que había ocurrido, por qué, qué había que mejorar, qué se yo. Y lo que pretendíamos con eso era también transparentar, lo que pretendía yo como director de esta, de estas reuniones era un poco darnos a conocer entre las empresas los valores de las cosas para que no nos pillaran volando bajo.** Pero, no era fácil. Entre las empresas había bastante celo de entregar sus datos de lo, "**cuanto me cuesta el avión**". Pero, se fue abriendo poco a poco, y yo diría que **se avanzó mucho en transparentar los, los costos de las empresas para que pudiéramos también como compradores tener un mayor peso al conocer el mercado completo.** Pero ese fue un proceso. Cuando yo empecé a trabajar en eso, los celos entre las empresas eran muy grandes, era, era complejo. Y empezamos a incentivar el mostrarnos las centrales, ir a vernos, intercambiar información y eso, yo creo que hoy día ha, ha sido muy interesante, porque hoy día se está trabajando mucho más intensamente todavía en, en, en eso.”³¹*

Incluso, frente a una pregunta de la Sra. Ministro que dirigió la audiencia testimonial, el testigo agregó:

“MINISTRA: En el marco del consejo técnico se, se trabajó en aras de trabajar en conjunto para el combate de incendios, pero, así mismo, usted señaló que intercambiaban información. ¿Qué tipo de información intercambiaban?”

*RICARDO RIVERA: Toda la información necesaria para este tema. Por ejemplo, cuáles son las causas de los incendios, cuáles son los costos de tus servicios de brigadistas, **cuáles son tus costos de la empresa que te rinde servicios aéreos**, y esas preguntas de repente eran incómodas, todos sentían que no podían contarle al, a la competencia cuánto me estaban cobrando por un helicóptero o por un avión. Y eso con el tiempo fue cambiando. En el sentido de, de **transparentarse más los datos entre las empresas, de los servicios que pagaban para que al otro no se le***

³¹ Testimonial de Ricardo Rivera Ibáñez, agregada a fs 2.811 y sig de autos, páginas 86-87. Énfasis agregado.

escaparan los valores, más allá de lo que correspondía. *Que es como opera cualquiera que va hoy día a comprar a una tienda po [sic], si voy a una tienda y me compré un pantalón barato, le digo a mi amigo "oye, están baratos los pantalones, hay una oferta". Ahora, de ahí a, a, a mucha otra información.*"³²

Tan claro es lo expuesto, que el propio testigo reconoció que este intercambio de información sensible se realizaba precisamente para:

- “Que no los pillaran volando bajo”; y
- **“Como compradores tener un mayor peso al conocer el mercado completo”.**

Esta circunstancia es muy relevante para entender que incluso en el caso que hubiese habido algún acuerdo entre las requeridas, que negamos, **el mismo no tuvo la aptitud objetiva para afectar la competencia en el mercado, ni confirió a MR Chile poder de mercado.**

Pero, aunque parezca increíble, la Sentencia no esgrimió una sola palabra sobre esta relevante circunstancia. ¿Por qué? Probablemente porque contrariaba el cartel sancionado o, al menos, determinaba que éste mal pudo generar un alza de precios como señala en la Sentencia y que luego utiliza para determinar el monto base de la multa.

Finalmente, hemos de señalar que a tal punto llega el poder de compra de los demandantes de estos servicios, que los mismos han llegado a expulsar a oferentes del mercado.

Nos referimos en particular a la situación ocurrida con **Alazán Limitada**, empresa de don Ricardo Rivera, que había alcanzado más de un 13% de participación de mercado, **la cual no pudo seguir participando del mercado de extinción de incendios forestales por medios aéreos en Chile, porque, entre otras razones, CONAF nunca pagó dentro de plazo los servicios contratados.** A este respecto declaró el Sr. Rivera ante la FNE:

“Entonces si hay algo que atenta contra la libre competencia es pagar los servicios tarde porque eso afecta a las empresas nuevas, entonces se mantienen en el mercado como empresas grandes no más po. Esa es una, pero CONAF tiene otra particularidad, tienen multas penales enormes, leoninas, al nivel de que si uno, como nos pasó el primero, nos atrasamos y llegamos con la nave a tiempo, la base estaba parada, pero nos faltaba la autorización de DGAC y esto dilató 5 días el inicio de la operación porque no teníamos la autorización de la DGAC y nos cobraron una multa de 75.000 dólares, o sea con 20 días nos conviene más el contrato completo con multa si no hubiéramos tenido la aeronave lo que es totalmente desproporcionado, y lo peor es que ese tremendo año de atraso, se produjo el atraso porque CONAF entregó los resultados de la licitación 10 días después de lo presupuestado, no sé si me siguen.

³² Testimonial de Ricardo Rivera Ibáñez, agregada a fs 2.811 y sig de autos, páginas 86-87. Énfasis agregado.

Pero esas cosas destruyen a una empresa que quiere partir y viene a competir con estos verdaderos monstruos como son FAASA o Martínez que son caballos grandes y tienen dos temporadas. Eso atenta contra la libre competencia porque sin decirlo elimina a unas ciertas empresas que no podemos resistir esos embates.”³³

3.3. La Sentencia no considera que el comportamiento de Martínez Rídao Chile no se condice con un cartel y, por el contrario, le aplica una multa discriminatoriamente desmedida.

3.3.1. Martínez Rídao fue un actor entrante agresivo en el mercado chileno, que disputa la participación del actor casi monopolístico.

Lamentamos que la Sentencia haya sancionado como agente de una colusión a la empresa que actuó de manera competitiva, incluso agresivamente competitiva, para disputar aquel mercado que manejaba FAASA.

Si se estimare, como realiza erradamente la Sentencia definitiva en su Considerando Ducentésimo Octogésimo, que estamos ante un acuerdo de reparto de mercado entre las requeridas, aquello no se condice con la realidad propia del mercado.

Un acuerdo de esta índole **tiene por objeto mantener las participaciones de mercado que detentaban los agentes al inicio del acuerdo y con ello evitar la incertidumbre que genera la competencia efectiva en el mercado.**

Así lo señaló claramente la Excm. Corte Suprema en el referido fallo por el que sanciona el denominado “Cartel de Navieras” ya que dispuso “(...) *la naturaleza del acuerdo colusorio acreditado en autos, de reparto de mercado, a través del respeto de cuentas previamente asignadas, que por su naturaleza no busca aumentar el poder de cada uno de los agentes económicos sino que, mantener los márgenes que cada uno de ellos tenía individualmente, evitando la incertidumbre que genera la competencia efectiva que puede determinar para aquellos que tienen altos porcentajes de participación, bajarla y para aquellos que tienen grados pequeños, disminuirlos de tal modo que sea inviable seguir operando como agente económico.*”³⁴

Es decir, este tipo de cartel busca mantener una estable participación de mercado entre sus participantes, evitando tanto aumentos como disminuciones de participación de mercado.

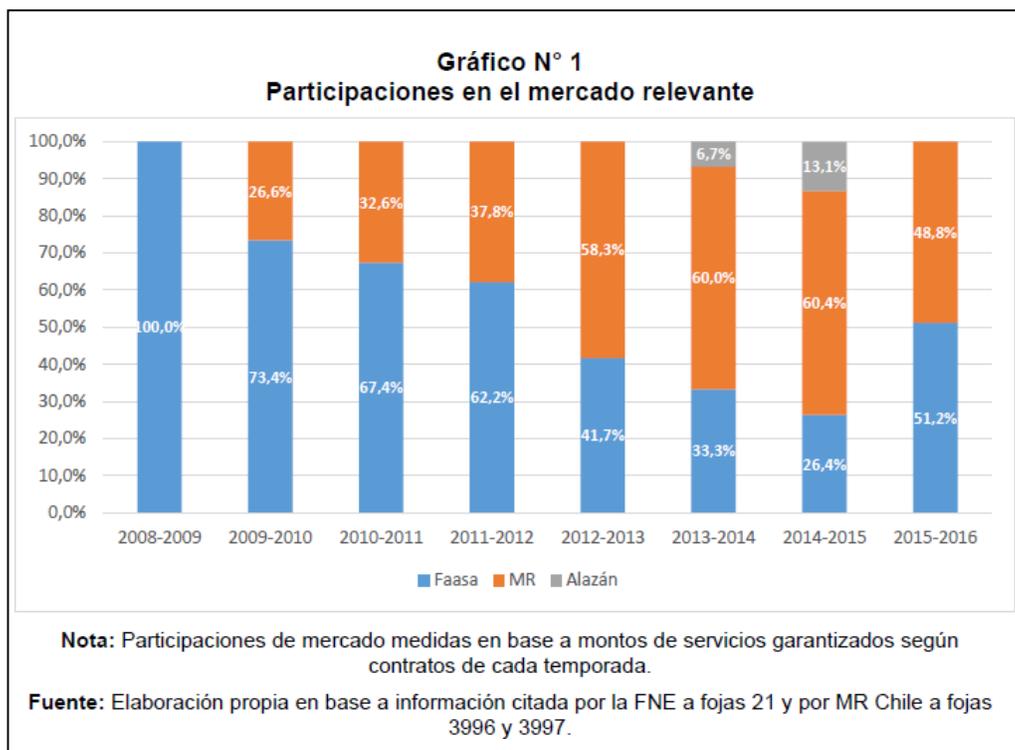
Nada de ello ocurrió en el mercado del combate de incendios de incendios forestales por aviones cisterna AT-802, sino que por el contrario, hubo fuertes variaciones de

³³ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 3 del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE en la ruta "Tomo III 29. Transcripción Declaración Ricardo Rivera (30-08-2017)_VP", pp. 57-59. Énfasis agregado.

³⁴ Sentencia de fecha 14 de agosto de 2020, C°27, dictada en los autos Rol N° 15.005-2019. Énfasis agregado

participación de mercado entre las requeridas. MR Chile pasó de una participación del 0% en 2009 a un 60% en el año 2013, mientras que FAASA Chile pasó de un 100% a un 33% en igual período.

Así lo demuestra el Gráfico N°1 que la Sentencia incorpora en su Considerando Ducentésimo Octogésimo Tercero:



¿Qué acuerdo colusorio tiene esa lógica?

Lo anterior determina la improcedencia del cartel denunciado, ya que la realidad del mercado, y las diferencias en las participaciones de mercado que observaron tanto MR Chile como FAASA Chile, no se condicen con un acuerdo único de reparto de mercado que busca generar un efecto precisamente opuesto, cual es mantener la estabilidad en la participación de sus intervinientes.

Tratándose de MR Chile, su participación de mercado varió todos los años del período cuestionado. A saber:

- (i) 2008-2009: 0%;
- (ii) 2009-2010: 26,6%;
- (iii) 2010-2011: 32,6%;
- (iv) 2011-2012: 37,8%;
- (v) 2012-2013: 58,3%;
- (vi) 2013-2014: 60%;
- (vii) 2014-2015: 60,4%; y
- (viii) 2015-2016: 48,8%.

Claramente el comportamiento de nuestro representado no se condice con un cartel de reparto de mercado, sino que obedece a una sola realidad, cual es que **MR Chile adopta sus decisiones comerciales en forma independiente y conforme su realidad operacional de aquel minuto.**

- En primer lugar, MR Chile revisa si cuenta o no con los aviones suficientes que solicita el eventual cliente para su operación, y si los mismos alcanzan a estar a tiempo para el inicio de la campaña. Para ello, considera los aviones que están operando en España y en nuestro país, tanto aquellos que están en pleno ejercicio como aquellos que se mantienen en reserva o al llamado.
- En segundo lugar, debe evaluarse si cuenta con el contingente necesario de pilotos y mecánicos capacitados y habilitados para operar sus distintos aviones.
- En tercer lugar, se hace un estudio respecto a la logística necesaria para prestar el servicio requerido, esto es, (i) camión de combustible; (ii) mangueras; (iii) tanques de combustibles; (iv) pisteros; etc.
- En cuarto lugar, en caso de que MR Chile cuente con los medios disponibles para operar, realiza un estudio económico de la propuesta, analizando los distintos factores económicos involucrados al efecto, tanto para establecer el valor por día *standby* contratado del avión (esto es de operación garantizada) como para asignar el valor a la hora de vuelo del mismo.

Para establecer el valor por día “standby” contratado del avión, nuestra representada considera, entre otros, los siguientes costos (i) gastos generales de la operación; (ii) sueldos de pilotos y mecánicos; (iii) vuelo *ferry* del avión y del respectivo seguro; y (iv) homologación de la nave, esto es, internalizarla para que pueda operar en nuestro país.

En lo que respecta al valor de la hora de vuelo, se consideran los costos y gastos propios que generan la misma, tales como (i) precio del petróleo; y (ii) desgaste consumible del avión, como lo son la hélice, motor, neumáticos, entre otros.

3.3.2. La Sentencia simplemente omite considerar que MR Chile se adjudicó los contratos cuestionados porque contaba con los aviones cisterna AT-802, que eran aquellos requeridos por los clientes, y profesionalizó este servicio de combate de incendio forestales, ofreciéndolos a precios más convenientes para las forestales privadas y CONAF.

La Sentencia recurrida reconoce en el Considerando Cuadragésimo Octavo que *“Cuadragésimo octavo: Que, más aun, respecto al tipo de aviones cisterna que pertenecerían al mercado relevante, según da cuenta la información contenida en el expediente, otros modelos no constituyen sustitutos eficaces de los aviones AT-802, siendo este último el estándar de la industria.”*³⁵

Llegando incluso en el Considerando Cuadragésimo Noveno a definir el mercado relevante del producto como *“Cuadragésimo noveno: Que, de esta manera, examinada la prueba rendida en autos, es posible concluir que en este caso el mercado relevante del producto es la prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales mediante aviones cisterna modelo AT-802.”*

Entre 2009 y 2015 MR Chile contaba – y cuenta - con los aviones cisterna AT-802 y el equipo necesario para operarlos, que era precisamente aquel producto requerido por los clientes, lo que se constituyó como una de las principales razones por las que MR Chile se adjudicó los contratos cuestionados.

Revisemos a continuación la infraestructura y equipos que mantenía MR Chile durante el período concernido.

a. Martínez Ridao Chile desarrolló la mayor tecnología en aeronaves, ya que operó - y opera - en nuestro país los aviones cisterna AT-802, que son aquellos principalmente requeridos por los clientes

El siguiente listado muestra las aeronaves Air Tractor 802 con las que ha contado MR Chile desde el año 2010 al 2016, las que se encontraban debidamente autorizadas por la DGAC para operar en nuestro país³⁶:

³⁵ Énfasis agregado.

³⁶ Solamente la aeronave matrícula EC-KQV no corresponde a un avión AT-802.

AERONAVES AUTORIZADAS A OPERAR POR DGAC							
Operador: MARTINEZ RIDAO CHILE LIMITADA (TODAS FUERON OPERADAS EFECTIVAMENTE)							
AÑO	MATRICULA AERONAVE	PAIS ORIGEN	FABRICANTE	MODELO	NUMERO DE SERIE	AÑO FABRICACION	PROPIETARIO
2,010	CC-AAF	Chile	Air Tractor	802	802-0339	2009	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	EC-INH	España	Air Tractor	802	802-0139	2002	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-HMZ	España	Air Tractor	802	802-0095	2001	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-GGQ	España	Air Tractor	802	802-0028	1996	ANGEL MARTINEZ RIDAO
	EC-HMD	España	Air Tractor	802	802-0088	1999	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-LCA	España	Air Tractor	802	802-0326	2009	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
2,011	CC-AAF	Chile	Air Tractor	802	802-0339	2009	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	EC-INH	España	Air Tractor	802	802-0139	2002	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-HMZ	España	Air Tractor	802	802-0095	2001	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-GGQ	España	Air Tractor	802	802-0028	1996	ANGEL MARTINEZ RIDAO
	EC-HMD	España	Air Tractor	802	802-0088	1999	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-LCA	España	Air Tractor	802	802-0326	2009	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
2,012	CC-AAF	Chile	Air Tractor	802	802-0339	2009	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	CC-AIE	España	Air Tractor	802	802-0464	2012	MARTINEZ RIDAO CHILE LIMITADA
	EC-JRM	España	Air Tractor	802 A	802A-0224	2006	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	EC-HXG	España	Air Tractor	802	802-0113	2001	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-LCA	España	Air Tractor	802	802-0326	2009	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	EC-INH	España	Air Tractor	802	802-0139	2002	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
2,013	CC-AAF	Chile	Air Tractor	802	802-0339	2009	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	CC-AIE	Chile	Air Tractor	802	802-0464	2012	MARTINEZ RIDAO CHILE LIMITADA
	EC-HXG	España	Air Tractor	802	802-0113	2001	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-JRM	España	Air Tractor	802 A	802A-0224	2006	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	EC-LCA	España	Air Tractor	802	802-0326	2009	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	EC-HMZ	España	Air Tractor	802	802-0095	2001	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
2,014	CC-AAF	Chile	Air Tractor	802	802-0339	2009	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	CC-AIE	Chile	Air Tractor	802	802-0464	2012	MARTINEZ RIDAO CHILE LIMITADA
	EC-KQV	España	Vulcan Air	OTC	444-08/OTC	2008	AIRALT, S. L.
	EC-JRM	España	Air Tractor	802 A	802A-0224	2006	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	EC-LSJ	España	Air Tractor	802	802-0432	2012	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-HXG	España	Air Tractor	802	802-0113	2001	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-HMD	España	Air Tractor	802	802-0088	1999	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-INH	España	Air Tractor	802	802-0139	2002	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-HMZ	España	Air Tractor	802	802-0095	2001	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
EC-LLT	España	Air Tractor	802	802-0392	2011	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.	
2,015	EC-HXG	España	Air Tractor	802	802-0113	2001	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	CC-AIE	Chile	Air Tractor	802	802-0464	2012	MARTINEZ RIDAO CHILE LIMITADA
	EC-JRM	España	Air Tractor	802 A	802A-0224	2006	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	EC-KQV	España	Vulcan Air	802	444-08/OTC	2008	AIRALT, S. L.
	EC-LSJ	España	Air Tractor	802	802-0432	2012	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-LLT	España	Air Tractor	802	802-0392	2011	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-MCV	España	Air Tractor	802 A	802A-0210	2005	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
EC-JLB	España	Air Tractor	802 A	802A-0206	2005	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)	
2,016	EC-MCX	España	Air Tractor	802 A	802A-0286	2008	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	EC-HXG	España	Air Tractor	802	802-0113	2001	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-MCV	España	Air Tractor	802	802A-0210	2005	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	CC-AAF	Chile	Air Tractor	802	802-0339	2009	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)
	CC-AIE	Chile	Air Tractor	802	802-0464	2012	MARTINEZ RIDAO CHILE LIMITADA
	EC-LSJ	España	Air Tractor	802	802-0432	2012	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
	EC-HMZ	España	Air Tractor	802	802-0095	2001	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.
EC-INH	España	Air Tractor	802	802-0139	2002	MARTINEZ RIDAO AVIACION, S.L.	
EC-JRM	España	Air Tractor	802	802A-0224	2006	SERVICIOS AEREOS Y TRATAMIENTOS AGRICOLAS, SL (SAETA)	

- b. **Martínez Rídao Chile tiene pilotos altamente capacitados y mecánicos expertos, quienes reciben entrenamiento en España y que cuentan con varias horas de vuelo únicamente en operaciones de combate y extinción de incendios forestales**

La siguiente nómina corresponde a los pilotos que el año 2015 prestaban servicios para nuestra representada:

Nº	Nombre Completo Piloto	Experiencia				Total Horas Vuelo
		Vigilancia y Coordinación Aéreo	Inspección Vuelo	Incendios Forestales	Campañas en Incendios	
1	AGUADO PALACIOS ANGEL			1.185	20	5.006
2	ALVAREZ HERNÁNDEZ FERNANDO			2.858	21	9.211
3	ALFARO MARTIN ANTONIO			1.100	12	1.807
4	BASTOS VELASCO ALFREDO			1.687	19	2.731
5	FITZ LUNA FLORENCIO			951	10	5.895
6	GARCIA BUERGO JUAN JOSE			4.958	26	8.400
7	GONZALEZ SANTANGELO FERNANDO			1.270	9	4.775
8	GOMEZ VERDUGO JUAN CARLOS			3.532	29	6.172
9	GONZALEZ CALLEJAS JOSE			781	12	3.400
10	GIL SAEZ HERMUA PEDRO			1.202	12	2.552
11	LABAD HIDALGO FRANCISCO JAVIER			4.434	23	6.924
12	LOPEZ PONCE, JAVIER			652	9	2.191
13	LORENTE SÁNCHEZ JOSE ANTONIO			963	11	2.199
14	PAZ BLANCO ALEJANDRO			619	10	2.794
15	POVEDA ALARCON JAVIER			1.065	13	2.600
16	ROMERO PRADOS JAVIER			1.245	12	3.291
17	ROMERO DORAL EDUARDO			610	12	3.556
18	MARTINEZ MARJENDA FEDERICO			3.804	23	6.303
19	MORENO GONZALEZ DANIEL			795	13	1.606

38

Se trata de pilotos con una vasta experiencia, que han participado de a lo menos 9 campañas de incendios forestales y tienen una gran cantidad de horas de vuelo.

Además, el año 2015 MR Chile contaba con los mecánicos que se individualizan en la siguiente tabla:

Nombre	Nacionalidad	Fecha de otorgamiento de licencia
Boris Ángel Aliaga Veas	Chileno	12 de agosto de 1998
Carlos Agüero Figueroa	Chileno	20 de diciembre de 2001
Cristián González Contreras	Chileno	15 de diciembre de 1998
Danilo Carrasco Flores	Chileno	27 de diciembre de 1999
Israel Antonio Silva Cabrales	Chileno	20 de enero de 2006
Joel Enrique Pérez Chávez	Chileno	4 de junio de 1991

³⁸ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 5 del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE en la ruta "VPD - Archivos Digitales. MR Chile. DVD N°2\Tomo II\141. Respuesta MR a oficio 0597\1. Anexo_VP (nueva VPP 2)..pdf", página 713.

Moisés Enrique Rebolledo Romero	Chileno	6 de diciembre de 1995
Rene Antonio Contreras González	Chileno	20 de noviembre de 2006
Sergio Alejandro Morales Cárdenas	Chileno	15 de noviembre de 1999

39

Se trata de mecánicos que cuentan con una dilatada experiencia, y que al día de hoy cuentan con, a lo menos, 15 años desarrollando sus actividades en el rubro.

- c. **Martínez Ridao Chile desarrolló un centro de mantenimiento aeronáutico en Panguilemu, situado estratégicamente cerca de los predios de los clientes para un mejor servicio y rápida actuación, en el cual se mantienen sus aviones y una plana mayor altamente capacitada, experimentada y comprometida con las necesidades de los clientes.**

A este respecto, por ejemplo, don Alfredo Mascareño, quien fuera jefe del departamento de control de incendios de CONAF en las regiones de La Araucanía y Metropolitana, **destacó las características que diferencian a MR Chile respecto de otros actores en el mercado, refiriéndose a nuestra representada como “una empresa consolidada”:**

“MINISTRA: (...) ¿Cómo se puede reflejar que una empresa esté consolidada?”

TESTIGO: Bueno, en el caso de Martínez Ridao **tiene instalaciones en Panguilemu. Instalaciones que implican un gran galpón, un gran centro de mantenimiento, con una planta de pilotos, una planta de mecánicos, con un gerente activo, con instalaciones y con... en distintos lugares del país, y que asegura que cuando uno tiene un problema siempre nos da solución. Da solución digamos, a la operación. Que es lo que nos interesa a nosotros digamos, que una máquina esté una hora, o dos horas detenida, hacen mantenimiento de noche. Hacen, buscan alternativas para que el servicio que se brinda sea posible, digamos, continuar dándolo al día siguiente. Nosotros eso es muy, muy fuerte para nosotros, o sea que tengamos una gran empresa que no tenga esas capacidades, a nosotros nos complicaría muchísimo.**⁴⁰

- d. **Martínez Ridao Chile profesionalizó y desarrolló el servicio de combate de incendios mediante aviones cisterna AT 802 entre 2009 y 2015**

Otra relevante circunstancia que omite la Sentencia es que MR Chile MR Chile profesionalizó y desarrolló el servicio de combate de incendios mediante aviones cisterna AT 802, lo que determinó que tanto las forestales privadas como CONAF prefirieran contratar sus servicios por sobre los de terceros.

³⁹ Listado de elaboración propia en base al documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 5 del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE en la ruta "F:\Documentos 358\Cuaderno de Versiones Públicas FNE (fs. 735) [Completo]\VP 5 C 358-18 (fs. 5)\VPD - Archivos Digitales. MR Chile. DVD N°2\Tomo II\141. Respuesta MR a oficio 0597\1. Anexo_VP (nueva VPP 2)..pdf", pp. 780-788.

⁴⁰ Testimonio de Alfredo Mascareño Domke, agregado a fojas 1.137 y siguientes de autos, página 35. Énfasis agregado.

No lo decimos nosotros, sino que los propios ejecutivos de las forestales privadas y de CONAF que declararon con ocasión de este proceso.

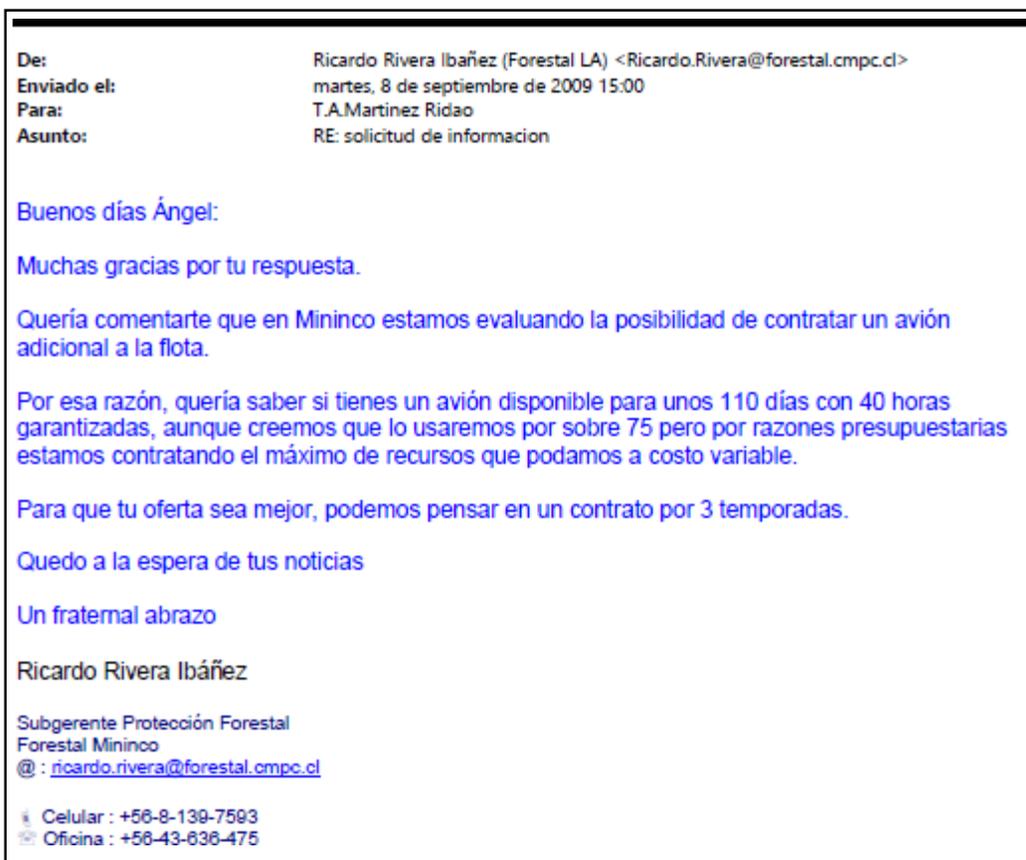
Don Patricio Santibáñez, ex gerente de protección contra incendios forestales de MININCO, señaló: *“las empresas españolas llegaron al, al, al mercado chileno y yo creo que fueron, fueron eficaces, sabían hacer su pega, a precios competitivos y, obviamente, que, que **eso era una opción que las empresas y las, todas las organizaciones en Chile, públicas y empresas privadas, fueron tomando estas opciones.**”*⁴¹

Don Pedro Villar, subgerente de protección de CELCO norte, al momento de declarar ante la FNE señaló que **el ingreso de las empresas españolas se debió a malas experiencias con otros operadores que trabajaban en Chile**, ya que señaló: *A ver... 2010 podrán haber aparecido [MR Chile y FAASA Chile]... 2009 una cosa así, 2009, 2010 y capaz que un poquito antes, capaz que un poquito antes, 2007 pudiese ser... no recuerdo antes porque antes nosotros acá en el norte, en el norte me refiero a la séptima, ocupábamos prácticamente solo helicópteros. En el sur ocupábamos, **porque la verdad es que tuvimos una muy mala experiencia con unos aviones chicos, unos Dromader... algo así se llamaban, que hacían poquito y eran aviones viejos entonces... pero del 2007 pudiese ser... 2007.**”*⁴²

- **El ingreso de nuestra representada al mercado nacional se debió a solicitudes expresas de MININCO y CELCO.** El siguiente correo electrónico enviado con fecha 8 de septiembre de 2009 por don Ricardo Rivera Ibáñez, de MININCO, a don Ángel Martínez Rídao, muestra lo expuesto:

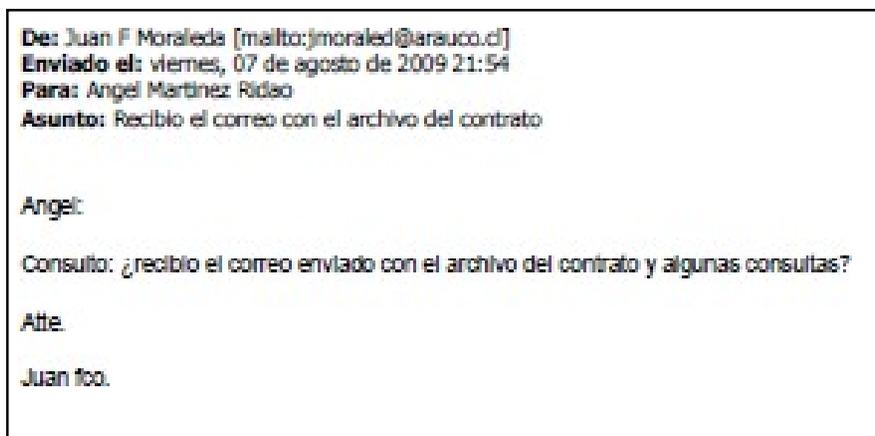
⁴¹ Página 16 declaración rola a fojas 2.493 y siguientes. Énfasis agregado.

⁴² Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 2 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "Tomo III\27. Transcripción Declaración Pedro Villar (04-09-2017).pdf", p. 9. Énfasis agregado.



43

A su vez, en el mes de agosto de 2009 CELCO se comunicó con nuestra representada para que viniese a Chile a prestar sus servicios, como da cuenta el siguiente correo electrónico:



Lamentablemente este aspecto relevante tampoco fue considerado por la Sentencia al resolver este caso.

e. **MR Chile ofreció sus servicios a precios más bajos que aquellos propuestos por la competencia**

Esto es así gracias al modelo de doble estacionalidad o “contratemporada”, en el que los

⁴³ Documento acompañado bajo el N° 4 de la presentación de fojas 3.432.

principales costos operacionales son distribuidos entre las actividades desarrolladas en España y en Chile, cuyas temporadas se alternan por su ubicación geográfica.

El siguiente cuadro contenido en el Considerando Nonagésimo Primero acredita lo expuesto:

			Emergencia					
4	Mininco	2012-2013 a 2014-2015	110 días y 40 horas	Faasa	259.500	1.350 (hasta 130), 3.000 (día 131 en adelante)	950	Faasa
				MR	258.000	1.340 (hasta 130), 3.000 (día 131 en adelante)	950	MR
				Espejo	265.000	1.050	1.350	-
5	Celco	2012-2013 a 2016-2017	120 días y 0 horas	MR	240.600 (278.600 comparable a Avialsa)	1.350	950	MR
			120 días y 40 horas	Avialsa	345.000	1.800	1.300	-
6	Conaf	Araucanía 2014-2015	100 días y 100 horas (contrato de emergencia)	MR	390.000	2.200	1.200	MR
				Alazán	430.000	3.960	3.960	-
				Aerotech	1.242.802	7.050	3.496	-
		Valparaíso 2014-2015	100 días y 100 horas (contrato de emergencia)	MR	375.000	2.000	1.200	MR
				Alazán	430.000	3.960	3.960	-
				Aerotech	1.242.802	7.050	3.496	-
				Aeroglobo	395.000	995	1.680	-
Aéreos Viña	375.000	1.500	2.250	-				

La propia declaración de los ejecutivos (o ex ejecutivos) de las forestales privadas y CONAF lo confirman. Por ejemplo:

- Raúl Ramírez Figueroa, quien trabajó en CONAF desde el 2006 hasta el 2017, para luego prestar asesoría a una empresa dedicada al rubro de combate de incendios forestales por medios aéreos, llamada Ramírez Aviación:

“ABOGADO FAASA: Pero lo que no me queda claro don Raúl, las condiciones que estas compañías ofrecieron en Chile en el periodo en que usted actuaba, ¿los precios eran más altos o eran más bajos que los que ustedes tenían?”

TESTIGO: Mas bajos.

Luego agregó el testigo: *“TESTIGO: Mire eh, a ver si ... nosotros consideramos, si una empresa digamos, en este caso una empresa nacional, consideraba un contrato que costaba 250 dólares, ellos podían colocarlo a 210, 250.000 mil dólares, digamos, la temporada ellos podían ponerlo a 210 o 190, o te lo damos con horas fijas baratas y horas extras caras, porque*

⁴⁴ Énfasis agregado

esa es una de las modalidades, entonces se vende barato, pero cuando te pasas sale caro, pero para las empresas no es problema porque entran en el periodo, en el área de las emergencias, entonces ellos, el contrato en sí mismo es bajito, cuando ocurre algo grave, claro se dispara pero es una emergencia, tiene otra connotación.”⁴⁵

- Esto fue ratificado por don Ricardo Rivera, ex MINCO, quien afirmó: **“Aún así, las empresas españolas eran más, eran más baratas.** Y yo creo que era por esta doble temporada.”⁴⁶

Conforme revisamos, no fue el -supuesto- acuerdo colusorio lo que determinó que MR Chile se adjudicara los contratos cuestionados, sino que ello se produjo porque nuestro representado (i) contaba con los aviones cisterna AT-802 requeridos por los clientes, además de la infraestructura y los medios humanos para prestar el servicio; (ii) profesionalizó este servicio de combate de incendio forestales; y (iii) los ofreció a precios más convenientes para las forestales privadas y CONAF.

Especialmente clara es la declaración de don Patricio Santibáñez, ex MININCO, quien señaló ante el TDLC que: **“Y en ese contexto, las empresas españolas llegaron al, al, al mercado chileno y yo creo que fueron, fueron eficaces, sabían hacer su pega, a precios competitivos y, obviamente, que, que eso era una opción que las empresas y las, todas las organizaciones en Chile, públicas y empresas privadas, fueron tomando estas opciones.”**⁴⁷

Tan cierto es lo expuesto, que incluso la Sentencia recurrida reconoce en su Considerando Ducentésimo octogésimo sexto que la empresa Alazán mantuvo una baja participación porque no contaba con aeronaves propias (AT-802), no tenía centro de mantenimiento como el de MR Chile ni contaba con tripulación propia:

“Ducentésimo octogésimo sexto: Que, la tercera empresa que prestó servicios de extinción de incendios en las temporadas 2013-2014 y 2014-2015 fue Alazán, al obtener un contrato de emergencia con Conaf en cada una de esas temporadas. Es decir, esta empresa entró al mercado solo para atender emergencias luego de que los recursos contratados de manera planificada habían sido superados. Su baja participación se explica principalmente porque, en palabras de Alfredo Mascareño, “Alazán no tiene un centro de mantenimiento del nivel como tiene FAASA o del nivel como tiene Martínez Ridao, o sea, el nivel de permanencia que tienen ellos, son empresas mucho más consolidada[s]” (declaración testimonial de Alfredo Mascareño, fojas 1170). Lo anterior se fundamenta en que esta empresa, en el período requerido, no contaba con aeronaves propias ni la certificación de operador aéreo exigida para operar en Chile, no tenía centros de mantenimiento de su propiedad ni contaba con tripulación propia.”⁴⁸

⁴⁵ Testimonial de Raúl Ramírez Figueroa, agregada a fojas 1.988 y siguientes de autos, página 34. Énfasis agregado.

⁴⁶ Testimonial de Ricardo Rivera, agregada a fojas 2.811 y siguientes de autos, página 85. Énfasis agregado.

⁴⁷ Testimonial de Patricio Santibáñez, agregada a fojas 2.493 y siguientes de autos, página 16. Énfasis agregado.

⁴⁸ Énfasis agregado.

Es decir, una empresa como Alazán mal podía desafiar a MR Chile en la adjudicación de estos contratos. Ello, incluso, con independencia de la -supuesta- colusión sancionada.

No obstante la relevancia de este asunto y que determina la pertinencia de la tesis alternativa planteada por esta parte referida a que no existió colusión y, especialmente, que la adjudicación de los contratos cuestionados no fue el resultado de ésta, la Sentencia simplemente prefirió omitir toda referencia y enfocarse exclusivamente en determinada prueba que, a su entender, sería suficiente para acoger el requerimiento de autos.

3.4. La sentencia es errada, porque la conducta de MR Chile no configura los presupuestos del ilícito de colusión.

3.4.1. Del ilícito de colusión – Presupuestos exigidos en el artículo 3° del DL 211 vigente a la época de los hechos denunciados y por la jurisprudencia nacional

El artículo 3° en su inciso 2° letra a) del DL 211 vigente entre 2009 y 2015, disponía que: *“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) **Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos; que les confieran poder de mercado y que consisten 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 al resultado de procesos de licitación.**”*⁴⁹

Por su parte, la Excm. Corte Suprema estableció recientemente *“Que conforme al contenido de la disposición reproducida más arriba cabe consignar que, como se ha expresado en fallos anteriores sobre la materia, **los elementos esenciales del tipo de colusión son los siguientes: i) la existencia de un acuerdo; ii) su objeto; iii) la aptitud objetiva de dicho acuerdo para producir algún efecto contrario a la libre competencia, pudiendo ser éste concreto o sólo potencial; y iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.”***⁵⁰

Conforme a lo establecido en la citada norma y lo establecido por el Máximo Tribunal, para sancionar un acuerdo colusorio es necesario que concurren **copulativamente** los siguientes supuestos:

- La existencia de un acuerdo entre competidores
- La aptitud objetiva de ese acuerdo para producir un resultado contrario a la libre competencia en el mercado relevante.

⁴⁹ Énfasis agregado.

⁵⁰ Sentencia definitiva de fecha 6 de enero de 2020, dictada en el denominado caso de “Colusión del papel tissue”. Considerando Décimo Tercero. Énfasis agregado

- Este acuerdo hubiere otorgado poder de mercado a quienes forman parte.
- Voluntad anticompetitiva.

De hecho, la propia Sentencia recurrida establece en el Considerando Vigésimo que “*Que, asimismo, una interpretación literal de la norma transcrita y la jurisprudencia (V.gr. Sentencia N° 148/2015, cons. 21°), dan cuenta que los elementos que deben concurrir para configurar un acuerdo colusorio son: (i) la existencia de un acuerdo entre competidores; (ii) que dicho acuerdo tenga por objeto afectar una variable competitiva; y (iii) que haya otorgado poder de mercado a quienes participaron de éste;*”

A diferencia de lo establecido por el TDLC, la evidencia aportada en el proceso muestra claramente que no existió un acuerdo ni varios acuerdos entre las requeridas, que éste no tuvo la aptitud objetiva de afectar la competencia en el mercado relevante y que el actuar de las Requeridas no se ajusta a un ánimo anticompetitivo.

Sin perjuicio de lo ya revisado, a continuación, analizaremos cada uno de estos requisitos y mostraremos como ellos no se configuran en la especie.

3.4.2. No es efectivo que haya existido un acuerdo único y permanente, como estableció la Sentencia, lo que incluso es confirmado por el criterio adoptado por el H. Tribunal.

Antes de referirnos en particular a los seis cuestionados procesos de contratación, desde ya debemos señalar que **estos hechos no constituyen un acuerdo ilícito único y permanente entre MR Chile y FAASA Chile durante 7 años, como plantea el Requerimiento y dispuso la Sentencia recurrida.**

Ello, incluso siguiendo el propio criterio adoptado por la Sentencia recurrida en el Considerando Vigésimo Sexto que dispone “*En términos generales, una infracción única y continua puede suponer la ejecución de una serie de actos o conductas anticompetitivas constitutivas de una práctica concertada o un acuerdo colusorio que, si bien podrían calificarse como infracciones aisladas, pueden considerarse plausiblemente como partes de una infracción única porque, en esencia, buscan un objetivo común. En otras palabras, ello implica que las conductas o actos forman parte de un plan global (“única finalidad” o “único objetivo económico”;* véase V.gr. Tribunal General, Caso T-89, §204, Enichem Anic SpA v. Commission, ECLI:EU:T:1991:74; C-411/11 P. Comisión v. Verhuizingen Coppens, EU:C:2012:778, §41);”

Y la razón de ello radica especialmente en que en autos **NO existe un objeto común o una única finalidad en los supuestos episodios sancionados.**

Sobre este punto, es muy relevante lo que dispuso la propia la Excma. Corte Suprema dispuso al sancionar el denominado “Cartel del Pollo” que: “El criterio de la Corte Suprema, distinto del desarrollado por el TDLC, puede tener relevancia en futuros casos de libre competencia, porque no bastaría alegar de modo general la existencia de un acuerdo colusorio, sino que habría que explicar las variables competitivas afectadas, y, **si la colusión ha mutado a lo largo del tiempo en acuerdos que afectan distintas variables competitivas, eventualmente podrían ser distintos acuerdos colusorios, de tal forma que el primero de ellos podría estar prescrito o no ser objeto del requerimiento, a menos que se haya descrito adecuadamente.**”⁵¹

Conforme establece el Máximo Tribunal, si el -supuesto- acuerdo colusorio afecta distintas variables competitivas ello determina que estamos ante distintos acuerdos y no uno único y permanente.

- a. **El propio fallo recurrido reconoce que este -supuesto- cartel habría afectado diferentes variables anticompetitivas lo que determina que no estamos ante un único acuerdo como sancionó:**

Primero, en el Considerando Vigésimo Tercero señala “*Vigésimo tercero: Que, conforme se analizará en las siguientes secciones, la prueba aportada al expediente permite dar por acreditado la existencia de una voluntad común entre Faasa Chile y MR Chile que configuraría un acuerdo de naturaleza colusoria. Respecto del elemento (ii) indicado precedentemente, esto es que dicho acuerdo recaiga sobre una variable competitiva, como se indica en el Requerimiento a fojas 3, el acuerdo imputado en este caso tiene como objetivo asignarse contratos a través de la fijación de precios, las condiciones de comercialización, entre otros mecanismos. **Por ello recae sobre distintas variables de competencia, a saber, la participación de oferentes, el reparto de mercado, la fijación de precios y condiciones de comercialización.** Finalmente, respecto del requisito (iii), esto es, que el acuerdo otorgue poder de mercado a las requeridas, ello se analizará en la sección H de esta sentencia;*”⁵²

Luego, respecto de los Episodios N°2 (CELCO 2010) y N°4 (MININCO 2012), agrega en el Considerando Septuagésimo Quinto que “*se buscó afectar directamente el precio o condiciones comerciales que se estaban negociando con los clientes*”.

Y respecto del episodio N°5 (CELCO 2012), señala en el Considerando Septuagésimo Sexto que “*las Requeridas se coordinaron para efectos de determinar quiénes participarían en ellos*”

⁵¹ Gumucio Juan Cristobal y Astudillo Elías, Doctrina de la C Suprema en la Colusión del Pollo, página 350. Énfasis agregado.

⁵² Énfasis agregado.

Siguiendo el propio razonamiento de la Sentencia recurrida a la luz del criterio señalado por esta y aquel asentado por la Excma. Corte Suprema, resultaba necesario concluir que estamos ante -supuestos- acuerdos destinados a finalidades diferentes y que -eventualmente- habrían afectado variables competitivas diversas.

Ello se origina en que los supuestos hechos denunciados y sancionados tuvieron diversos objetos. Por ejemplo:

- Tratándose del proceso de contratación de CELCO del año 2010, la FNE denuncia y se sancionó que supuestamente FAASA Chile y nuestra representada se habrían puesto de acuerdo para **subir los precios de sus servicios para las temporadas venideras.**
- Mientras que, tratándose del proceso de contratación de CONAF del año 2015, la Sentencia dispone que las Requeridas actuaron coordinadamente en este proceso de contratación y que el retiro de la oferta de FAASA Chile se explica por el acuerdo colusorio que fraguó con MR Chile para que esta última se asignara este contrato con CONAF.

Sin perjuicio que no son efectivos estos acuerdos colusorios, lo cierto es que habrían tenido diferentes finalidades como son “fijación de precios” y “reparto de mercado”.

- b. No obstante lo anterior, la Sentencia infringe el artículo 3° del DL 211 y lo dispuesto por el Máximo Tribunal, ya que realiza una indebida adecuación de los hechos para subsumirlos como un acuerdo único tendiente a alcanzar la única finalidad de repartirse o asignarse los contratos cuestionados**

En el Considerando Octogésimo dispone “*Octogésimo: Que, a la luz de la prueba analizada precedentemente y ponderada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es posible concluir que los episodios acusados por la FNE dan cuenta de la existencia de un acuerdo único entre Faasa Chile y Martínez Rídao, cuyo objeto era determinar condiciones de comercialización, precios y la participación de oferentes en procesos de contratación públicos y privados, con el propósito de repartirse o asignarse contratos para prestar servicios de combate y extinción de incendios forestales, a través de aviones cisterna, entre los años 2009 y 2015, acuerdo que fue implementado a través de comunicaciones realizadas entre un mismo grupo de ejecutivos;*”⁵³

Aquello es una indebida simplificación de este asunto, lo que transgrede el artículo 3° del DL 211 y lo dispuesto por la Excma. Corte Suprema, ya que pretende que por el solo hecho de que estemos ante -supuestos- acuerdos colusorios, ello determinaría per se su identidad en la finalidad.

⁵³ Énfasis agregado.

Aquello es incorrecto, **porque el propio artículo 3° del DL 211 reconoce como ilícitos diferentes aquellos acuerdos destinados a fijar precios de aquellos que buscan asignarse cuotas de mercado**, ya que dispone en lo pertinente:

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

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.”⁵⁴

Precisamente a partir de dicha diferenciación legal, la Excm. Corte Suprema en un reciente fallo al conocer y sancionar el denominado “Cartel de Navieras” estableció “Los carteles duros son acuerdos colusorios entre competidores que suelen clasificarse en cuatro categorías: fijación de precios, restricción de producción, repartos de mercado, y manipulación de licitaciones.”⁵⁵

Es artificioso e incorrecto que la Sentencia considere como un mismo -supuesto- acuerdo, aquellos que incluso responden a una clasificación legal y jurisprudencial diversa, lo que determina que no estamos ante un único acuerdo, como dispuso erradamente la Sentencia.

Lo expuesto, es muy relevante, porque determina que, al menos, **5 de los 6 hechos denunciados se encontrarían prescritos**, y por tanto, sin que pudieren ser objeto de sanción alguna.

c. La evidencia utilizada por el Tribunal es insuficiente para acreditar la existencia de un único acuerdo

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde señalar que la Sentencia apoya su tesis en 6 correos internos de FAASA, en los que no participa nuestra representada, un correo interno de MR Chile y un correo electrónico intercambiado entre el Sr. Pacheco (de FAASA Chile) y Miguel Ángel Martínez de (MR Chile) referido a un lícito contrato de arrendamiento de un avión durante el proceso de contratación de CONAF 2015.

Respecto de ello, como veremos *infra*, tener por acreditados diferentes episodios únicamente en base a correos electrónicos que emanan de FAASA Chile y de los que esta parte no se puede hacer cargo, constituye una infracción a las reglas de la sana crítica y al estándar de prueba clara y concluyente que debe observar el H. Tribunal. En cuanto a los

⁵⁴ Énfasis agregado

⁵⁵ Sentencia de fecha 14 de agosto de 2020, C°27, dictada en los autos Rol N° 15.005-2019. Énfasis agregado

correos electrónicos en que efectivamente nuestra representada tiene participación, todos responden a operaciones lícitas, sin que merezcan reproche en esta sede.

Y, además, le otorgó valor de plena prueba a un documento de mayo de 2012, formato Word, realizado por la propia gente de FAASA y que se refería una supuesta reunión en las Palmas donde se habrían adoptado acuerdos referidos al mercado chileno.

Sobre este documento, podemos señalar que carece de aptitud para acreditar el supuesto cartel único entre 2009 y 2015, al menos por las siguientes consideraciones:

- **No está suscrito por ningún personero de mi representada**, no fue incluido en ningún mail en que hubiere participado algún personero de MR, sino que nuestro representado **jamás reconoció su existencia y/o contenido.**
- **La FNE ni siquiera le consultó a don Miguel Ángel Martínez, representante de MR Chile sobre la efectividad de esta reunión y especialmente de este documento**, no obstante que lo citó a absolver posiciones.
- En cualquier caso, de acuerdo a lo que señala la FNE, se trataría de un documento del año 2012, por lo que, a lo sumo, puede producir efectos para el futuro, lo que **descarta que pueda ser utilizado, y menos constituir prueba clara y concluyente para determinar la existencia de un acuerdo único hacia el pasado, es decir, entre 2009 y mayo de 2012.**

Sin perjuicio de lo ya expuesto, entendemos que esta prueba documental es insuficiente para acreditar una cuestión tan relevante, especialmente si consideramos que el estándar de prueba exigido es de prueba clara y concluyente, lo que no puede ser sorteado con una conveniente apreciación holística como ha pretendido el fallo recurrido.

3.4.3. En subsidio, si se estima que el supuesto acuerdo único tuvo por objetivo final repartirse los contratos cuestionados, ello carece de toda razonabilidad al verificar que durante el período concernido hubo una gran oscilación en las participaciones de mercado de las requeridas.

Sobre este particular nos remitimos a lo señalado *supra*, en cuanto a la competencia que desplegó Martínez Ridao Chile y como ello alteró sustancialmente la realidad del mercado relevante en Chile, afectando a aquel que detentaba un cuasi monopolio.

3.4.4. Martínez Ridao no intervino en acuerdo alguno con FAASA Chile entre 2009 y 2015

Además de lo referido en el apartado anterior, en cuanto a la inexistencia de un acuerdo único y permanente, somos enfáticos en sostener que no existieron los distintos acuerdos ilícitos o “episodios” como los denomina la Sentencia.

3.4.4.1. Primer Episodio: MR Chile no se concertó con FAASA Chile para fijar de manera conjunta las condiciones de comercialización de los contratos celebrados respectivamente con MININCO para las temporadas 2009-2010, 2010-2011 ni 2011-2012 – Nuestra representada acordó con MININCO las condiciones comerciales y precios en forma independiente

La FNE imputó a nuestra representada haber coordinado el suministro de los servicios solicitados por MININCO para las temporadas 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012, fijando supuestamente de manera conjunta las condiciones de comercialización de los contratos celebrados con la aludida forestal. Así, ambas Requeridas habrían celebrado, en el año 2009, contratos con MININCO con, supuestamente, iguales condiciones comerciales.

Sobre este “episodio”, la Sentencia del H. Tribunal establece en el considerando octogésimo quinto: *“Que, al respecto, la prueba aportada al expediente permite acreditar la acusación de la FNE, demostrando, en definitiva, que uno de los hechos que conforman el acuerdo único y continuo alcanzado por las Requeridas se refiere a las negociaciones que estas sostuvieron con ocasión de los contratos con Mininco para la temporada 2009-2010.”*

a. El H. Tribunal tiene por acreditado este episodio en base a un solo correo electrónico intercambiado entre ejecutivos de FAASA Chile en el que nuestra representada no tiene ninguna participación

En primer lugar, para tener por acreditado este “episodio”, el H. Tribunal cita en el Considerando 87° de la Sentencia un correo electrónico intercambiado entre los Sres. Héctor Tamarit, Ricardo Pacheco y Manuel González, todos ejecutivos de FAASA Chile.

Así, **en base a un correo en el que nuestra representada no es parte, ni como remitente ni como destinataria**, el H. Tribunal concluye: *“Que, atendido el contexto expuesto, del correo transcrito en el considerando 87° es posible colegir que: (i) para el 30 de julio de 2009, esto es, con anterioridad al Addendum del 2009 y al Contrato MR Chile – Mininco 2009, las Requeridas ya se habían contactado e intercambiado información relativa a las condiciones comerciales que presentarían al cliente Mininco (“He hablado con martinez [...] me ha confirmado que el avión para mininco nos lo cede”); y (ii) la comunicación entre las Requeridas era continua y no limitada a ese correo en particular, en tanto Héctor Tamarit agregó que [Martínez] le “dirá algo de la propuesta en los próximos días”; y (iii) **en la referida comunicación participaron Héctor Tamarit, Ricardo Pacheco y Manuel González**, siendo el primer de ellos quien tomó contacto con ejecutivos de MR Chile, circunstancia que, como se desarrollará en las siguientes consideraciones, constituye un patrón en otros procesos de contratación con otros clientes;”*⁵⁶

⁵⁶ Considerando nonagésimo sexto de la Sentencia. Énfasis agregado.

La propia Sentencia reconoce que en este correo electrónico no tuvo ningún tipo de participación algún ejecutivo de MR Chile, sino que se basa solamente en dichos de personeros de FAASA Chile.

En la respetuosa opinión de esta parte, resulta completamente insuficiente la existencia de un solo correo electrónico, en el que además participa solamente una de las Requeridas, para tener por acreditado un acuerdo para este proceso de contratación.

Se trata de un correo electrónico del cual esta parte no se puede hacer cargo, toda vez que desconoce el contexto en el que fue enviado, las respuestas a dicho correo y, por supuesto, si lo señalado en el correo electrónico es veraz.

Ello va en contra de la exigencia probatoria para este tipo de casos, en los que **debe existir una prueba clara y concluyente** para sancionar el ilícito de colusión.

Este error es mucho más grave cuando nos detenemos en el hecho que este sería el primer “episodio” de un supuesto acuerdo único y continuo entre nuestra representada y FAASA Chile.

b. Respetto de la similitud entre las condiciones comerciales pactadas por las partes con MININCO en este proceso de contratación – Son condiciones que derivan de un contrato anterior celebrado por la Forestal con FAASA Chile

En segundo lugar, la Sentencia discurre sobre la identidad en las condiciones comerciales establecidas en los contratos celebrados por FAASA Chile y MR Chile con MININCO para sostener que, tal identidad, únicamente respondería al supuesto acuerdo existente entre nuestra representada y la otra requerida.

Sin embargo, no sólo no es efectivo lo que señala la Sentencia, sino que refleja un cabal desconocimiento acerca de la forma en que se prestan los servicios de que trata esta causa.

La identidad entre las condiciones comerciales acordadas por MININCO con FAASA Chile y MR Chile, respectivamente, **responde a que se trata de un mismo cliente que se abastece de un mismo servicio.**

Recordemos en el período abarcado por el Requerimiento de la FNE, esto es, desde los años 2009 a 2015, los clientes de nuestra representada únicamente buscaban la provisión de estos servicios a través de aviones AT-802, que son aquellos que MR Chile y FAASA Chile ofrecían en el mercado. Es más, **en este proceso de contratación, MININCO especificó que estas eran las aeronaves que requería para su operación.**

Además, MININCO, integrante del Grupo CMPC, es una empresa con alto poder de compra, con lo que disciplina el actuar de aquellas empresas a las que contrata sus servicios, como lo son MR Chile y FAASA Chile. En esta línea, son **en realidad las empresas forestales quienes definen las tarifas que cobrarán a las empresas de combate de incendios forestales, lo que se ve reflejado en las intensas negociaciones que llevan adelante para tales efectos.**

Ello otorga plena razonabilidad a que las condiciones comerciales acordadas por ambas Requeridas con MININCO hayan sido iguales. Más aún si consideramos que se basaron en las condiciones comerciales de los contratos que previamente MININCO había celebrado con FAASA Chile para las temporadas 2007-2008 y 2008-2009.

Así, **los contratos celebrados por ambas Requeridas con MININCO corresponden a una continuidad en los valores que ya se encontraban reflejados en tales contratos, considerando las diferencias correspondientes en el IPC.**

Es más, el testigo Patricio Santibáñez, quien fuera gerente de protección de MININCO, señaló ante el H. Tribunal que dicha forestal fijaba los precios en base a los contratos que hasta el momento había celebrado:

“Perfecto, en términos generales, cuando ustedes desarrollaban un proceso de contratación con una empresa y tenían un contrato vigente con otra empresa, en el contexto de la negociación, ¿utilizaban como benchmark el precio que estaban pagando a la que ya tenían andando?”

Patricio Santibáñez: Es decir, es decir, ¿utilizarlo frente a la?

Tomás Pérez (Abogado Faasa): No, internamente me refiero.

Patricio Santibáñez: Sin duda, no sé si eso es benchmark. Si yo estoy pagando A por el arriendo de una casa, obviamente que es un dato pa mí cuánto me va, cuánto voy a pagar en la casa siguiente, no, no, es un dato que lo tengo arriba de la mesa, no.”⁵⁷

Al respecto el H. Tribunal señala que este no sería el caso, puesto que habría existido un incremento real entre el contrato FAASA Chile – MININCO 2008 y el que posteriormente celebraron en 2009, cuyas condiciones comerciales son idénticas a las de nuestras representadas.

Rechazamos tal aseveración de forma categórica, ya que los cálculos hechos por el H. Tribunal en el Cuadro N° 1⁵⁸ **no consideran la estructura de costos y como ésta impacta en la estructura de precios cobrados por las empresas operadoras de aviones para el combate y extinción de incendios forestales.**

⁵⁷ Testimonial de Patricio Santibáñez, agregada a fojas 2.493 y siguientes de autos. Página 28. Énfasis agregado.

⁵⁸ Véase página 86 de la Sentencia.

El H. Tribunal soslaya que **los días y horas garantizadas establecidos en cada contrato corresponden al valor garantizado del mismo, es decir, el riesgo que asumirá el operador de estos servicios.** Ello, por cuanto los días y horas extras son meramente eventuales.

Por lo tanto, **para hacer frente a sus costos en la operación en Chile, tales como ferry de las aeronaves, contratación de pilotos, mecánicos, centro de mantenimiento, seguros para las aeronaves, logística para la operación, entre otras partidas, debe hacerse con cargo al ingreso garantizado del contrato.**

Atendida dicha necesidad, ante la baja de horas garantizadas, como ocurre en el contrato celebrado entre FAASA Chile con MININCO en 2009, **la rebaja del precio garantizado no necesariamente será proporcional, porque existen costos que necesariamente deben cubrirse con este monto garantizado;** de lo contrario la operación se hace inviable.

Esto explica la razonabilidad de los precios cobrados tanto por FAASA Chile y MR Chile a MININCO en el proceso de contratación del año 2009 y, por ende, descartan cualquier posible hipótesis de colusión, incluso aquella sostenida por la FNE y a la que arriba la Sentencia.

c. **Respecto de la racionalidad de la conducta de MR Chile como entrante al mercado chileno – MR Chile disputó efectivamente a FAASA Chile la participación en MININCO. lo que derivó en que finalmente, terminó operando con tres aviones para la Forestal en la temporada 2011-2012. tal como lo reconoce la Sentencia**

En tercer lugar, el H. Tribunal hace un análisis de la conducta de MR Chile, en su calidad de entrante al mercado nacional, sosteniendo que no tiene una lógica competitiva el haber arrendado un avión a FAASA Chile para que ésta prestase servicios a MININCO, en circunstancias que (i) contaba con una aeronave adicional para tales efectos; y (ii) obtuvo solamente un 5% de los ingresos por el avión que en definitiva operó FAASA Chile para MININCO.

Además, agrega la Sentencia, que en ese mismo período MR Chile ofreció y se adjudicó sus servicios con CELCO a precios muy inferiores a aquellos pactados con MININCO, lo que demostraría que podría haber ofrecido estos mismos precios a esta última para así adjudicarse los servicios en desmedro de FAASA Chile.

Disentimos de lo expresado en la Sentencia a este respecto. La conducta de MR Chile fue a tal punto racional que:

- (i) En el período concernido arrebató constantemente participación de mercado a FAASA Chile, cuestión que no se condice con un acuerdo colusorio; y
- (ii) En el caso concreto de MININCO, pasó de operar un avión en la temporada 2009-2010 a dos aviones en la temporada 2010-2011 llegando finalmente a operar 3 aviones en la temporada 2011-2012.

c.1. MR Chile arrebató participación de mercado a FAASA Chile, lo que demuestra que su intención siempre fue competir con la otra Requerida

En efecto, conforme señala la FNE en el Requerimiento, y es corroborado por la Sentencia, Martínez Ridao Chile ingresó en el año 2009 al mercado nacional, momento en el que FAASA Chile concentraba el 100% de las ventas de estos servicios en el país. Sin embargo, **luego del ingreso de nuestra representada al mercado, la participación de mercado de FAASA Chile disminuyó drásticamente, alcanzando en algunos períodos de tiempo a ser menor que la de nuestra representada.** Así se evidencia en el Gráfico N° 1 de la Sentencia, al que ya nos referimos.

Es decir, conforme a la misma información avalada por el H. Tribunal, **no es efectivo que la estrategia de MR Chile no se condijera con un entrante al mercado que pretendiese arrebatar clientela a su competidor directo.**

Es cosa de verificar que durante las temporadas 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015, **la participación de mercado de MR Chile fue mayor que la de FAASA Chile y la adquirió justamente arrebatándosela a la otra Requerida.**

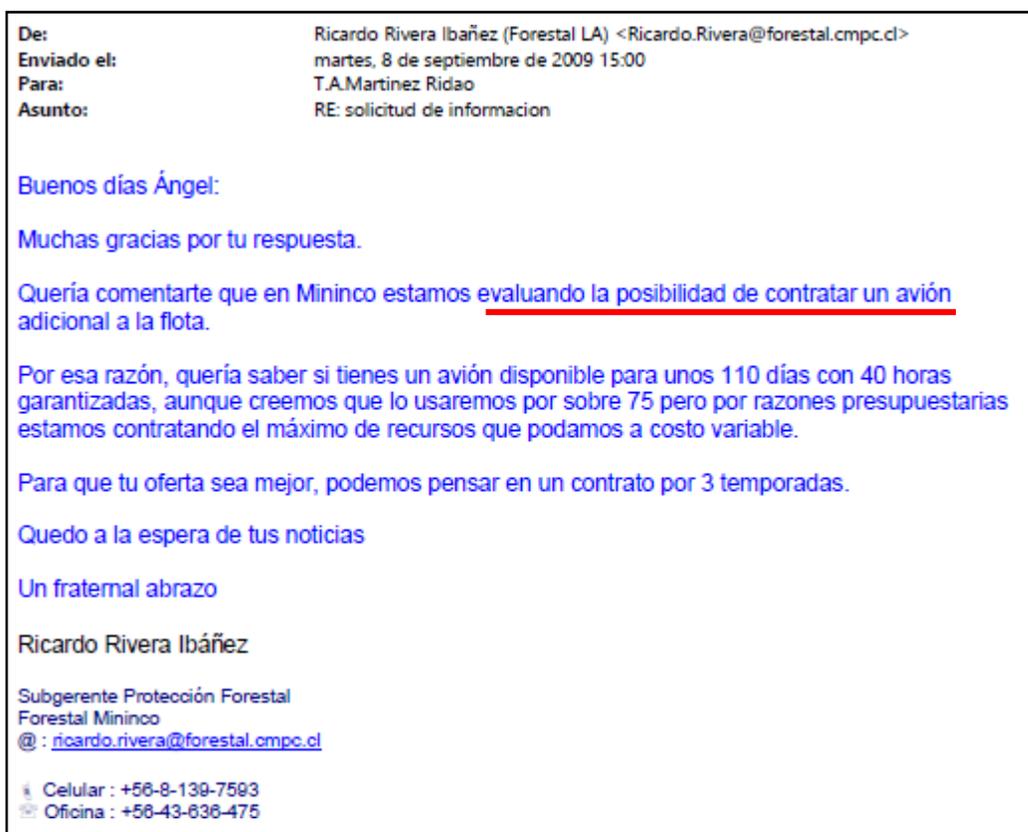
Sobre dicho particular la Sentencia no se pronuncia.

c.2. MININCO solamente solicitó oferta por un avión a MR Chile, y sin perjuicio de ello nuestra representada logró que la forestal contratara más aeronaves para las siguientes temporadas

Lo antes señalado aplica para el caso particular del proceso de contratación con MININCO, caso en el que MR Chile, como entrante en la industria nacional, **logró la contratación de un avión con la mentada forestal en desmedro de FAASA Chile.**

Se trata de un solo avión porque MININCO solicitó a MR Chile una oferta únicamente por un avión, tal como da cuenta el siguiente correo electrónico aportado al proceso:

- Correo electrónico enviado con fecha 8 de septiembre de 2009 por don Ricardo Rivera Ibáñez, de MININCO, a don Ángel Martínez Ridao:



59

Nuestra representada no podía ofrecer más aeronaves si el requerimiento era por una sola.

Pero además de ello, **arrendó un avión a la otra Requerida, en una operación completamente lícita, que le permitía evaluar de mejor forma cuál sería el modelo de negocio que llevaría en adelante en nuestro país.** No vemos que exista contradicción alguna entre ello y la entrada de un nuevo oferente al mercado.

Elo se ratifica cuando vemos el comportamiento de MR Chile con MININCO luego de la temporada 2009-2010, ya que para la temporada 2010-2011 logró agregar un avión más a la flota que operaba para MININCO y para la temporada siguiente ya operaba con tres aviones para esta forestal.

Así lo reconoce la propia Sentencia cuando dispone que *“De hecho, MR Chile prestó servicios de extinción de incendios a Mininco mediante uno, dos y tres aviones en las temporadas 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012, respectivamente,”*⁶⁰

Es decir, luego de tomar la determinación de que su actividad se vincularía con la prestación directa de estos servicios a los clientes forestales, **MR Chile apostó toda su flota para trabajar con MININCO**, en claro perjuicio de su único competidor, FAASA Chile.

Nos preguntamos si es aquello un signo de colusión. Creemos que no.

⁵⁹ Documento acompañado bajo el N° 4 de la presentación de fojas 3.432. Énfasis agregado.

⁶⁰ Considerando centésimo cuarto de la Sentencia.

c.3. Los precios acordados con CELCO son fruto de las negociaciones particulares mantenidas entre MR Chile y la forestal, por lo que no son comparables con los acordados con MININCO

En cuanto a los precios cobrados por MR Chile a CELCO, ello dice relación con las particulares negociaciones que se dieron entre esta forestal y nuestra representada, las que determinaron un precio menor a pagar por estos servicios. Pero una cuestión es clara, **MININCO estuvo dispuesta a pagar los precios señalados en el contrato con nuestra representada de forma independiente y en conformidad con lo que había sido su modelo de contratación en períodos anteriores.**

Además, se debe tener en cuenta que **la contratación con CELCO fue desde un principio por tres aeronaves**, a diferencia de la contratación con MININCO, la que en un comienzo sólo consideró un avión AT-802.

Esta diferencia determina evidentemente una posible rebaja en el precio a CELCO, por cuanto **los costos fijos en que incurre nuestra representada para prestar sus actividades en Chile son soportados por el importe pagado por cada una de las aeronaves arrendadas.**

Así, **no existe nada de irracional en la conducta de MR Chile que haga siquiera sospechar la existencia de un acuerdo colusorio, y mucho menos uno que se construye en base a un solo correo electrónico que no emana de la Empresa ni fue recibido por ésta.**

d. La prueba rendida en autos demostró la plausibilidad de las explicaciones e hipótesis alternativas planteadas por esta parte, las que no pudieron ser refutadas por la FNE ni por el H. Tribunal en su Sentencia

En particular, acreditamos en autos que:

- **MININCO determina ex ante las condiciones de comercialización de los servicios a contratar y define el presupuesto al efecto, al igual que todas las forestales de nuestro país y CONAF⁶⁴.** Sobre este particular, nos remitimos a lo ya señalado *supra* y a la prueba indicada en su lugar.

Esta circunstancia determina que en ningún caso MR Chile y/o FAASA Chile hayan podido determinar de manera conjunta las condiciones de comercialización de los servicios prestados a MININCO, puesto que **dicha forestal ostenta un poder de compra tan**

⁶⁴ Ver escrito de observaciones a la prueba de MR Chile, fojas 4.112 y siguientes.

elevado que, para una empresa subcontratista como las Requeridas, les resulta imposible hacer tal imposición.

Esto sería lo mismo que pretender que un acuerdo entre dos marcas de aceites de oliva pueda determinar los precios a los que venderán sus productos a las cadenas de supermercados más importantes del país. Un absurdo total.

- El poder de compra de las empresas forestales es tan evidente, que **los contratos que celebra MININCO con los proveedores de estos servicios son, en realidad, contratos tipo elaborados por la propia forestal y que a las empresas del rubro no les queda otra opción que aceptar**⁶².

Así lo señaló don Patricio Santibáñez, funcionario de MININCO que participaba en la firma de los contratos:

“Rubén Urrutia (Abogado Martínez Ridaó): Perfecto. Y lo último que le quiero preguntar es ... cuando se refirió que participaba también de la firma de, de, de los contratos, que eran contratos formato o formatos de contrato, ¿estos eran de, de Forestal Mininco?”

Patricio Santibáñez: Sí.⁶³

Esta circunstancia también determina que sea **imposible para nuestra representada o para FAASA Chile, o incluso ambas, determinar ex ante las condiciones de comercialización de sus servicios frente a Forestal MININCO**, como erradamente lo entiende la Sentencia.

- Acreditamos que las comunicaciones que efectivamente se dieron entre las partes dicen relación con la **celebración de un lícito contrato de arrendamiento de una aeronave para que FAASA Chile pudiese prestar sus servicios a MININCO**⁶⁴, **situación de la que esta última estaba en conocimiento.**

Este contrato se celebró prácticamente tres meses después de que las partes celebraran sus respectivos contratos con MININCO, el día 30 de diciembre de 2009, y en virtud de éste MR Chile arrendó a FAASA Chile el avión AT-802 Matrícula CC-AAF, número de serie 802-0339, con su debida tripulación, combustible, etc, por medio del cual FAASA prestaría los servicios contratados con MININCO en su renovación de contrato acordada en el año 2009. La existencia de este contrato no es un hecho controvertido, más sí sus efectos e intencionalidad.

Al respecto, como ya señalamos, el H. Tribunal sostiene que este contrato de arrendamiento carece de lógica para un entrante a la industria nacional, puesto que podría

⁶² Ver escrito de observaciones a la prueba de MR Chile, fojas 4.106 y siguientes.

⁶³ Testimonial de Patricio Santibáñez, agregada a fojas 2.493 y siguientes de autos. Páginas 14-15. Énfasis agregado.

⁶⁴ Ver escrito de observaciones a la prueba de MR Chile, fojas 4.112 y siguientes.

haber ofertado este avión por su propia cuenta y adjudicárselo con MININCO. Sin embargo, como hemos señalado *supra*, en este momento nuestra representada todavía no decidía qué modelo de negocios seguir en nuestro país y, además, CELCO solicitó a MR Chile oferta solamente por UN avión.

Además de ello, el H. Tribunal **sostiene que esto determinó que MR Chile no se llevase todo el importe de los servicios contratados**, puesto que el precio se fijó en la cantidad anual de US\$195.000 + IVA, con un mínimo de 40 horas de vuelo y 110 días de duración, pero que FAASA Chile recibiría un 5% de dicha suma.

Sin embargo, **la Sentencia no considera que ese 5% dice relación con gastos que la operación generaba, tales como logística, organización, habitaciones para los pilotos, todos de cuenta y riesgo de FAASA Chile**. Además, se tuvo que hacer una boleta bancaria de garantía por un monto de USD \$ 10.000, cuestión que también genera gastos financieros.

Así, en los hechos, MR Chile recibió todos los ingresos que decían estricta relación con la operación de la aeronave arrendada, y no aquellos referidos a los gastos que tuvo que solventar FAASA Chile, por ello se produjo esta diferencia económica.

Tan lícito era este contrato de arrendamiento que la propia MININCO estaba en conocimiento de éste. Así queda acreditado, entre otros antecedentes, en el correo electrónico de fecha 15 de diciembre de 2010, en el que el Sr. Ricardo Rivera, administrador del contrato por parte de MININCO, le señala a Miguel Ángel Martínez Bonilla: “En relación al inicio de las operaciones y tal como les indique en mail del pasado 10 de diciembre, debido a la presencia de precipitaciones, hemos postergado el inicio del avión de Angol para el día 29 de diciembre y hemos informado a FAASA la postergación del avión de María Dolores hasta el 22 de diciembre./ Entiendo que el avión de María Dolores es el avión de Uds.”⁶⁵

La existencia de este lícito contrato de arrendamiento justifica la existencia de comunicaciones entre las partes en este período, las que por lo demás no son utilizadas por el H. Tribunal para tener por acreditado este “episodio”.

Así, descartadas las objeciones del H. Tribunal a las explicaciones e hipótesis alternativas presentadas por esta parte, y existiendo prueba contundente que las acredita, no puede tenerse por establecido que FAASA Chile y MR Chile hayan acordado las condiciones de comercialización para el proceso de contratación de MININCO en 2009.

⁶⁵ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 24 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE bajo el nombre “12. Mininco[56653]”. Énfasis agregado.

3.4.4.2. Segundo Episodio: MR Chile no se concertó con FAASA Chile para aumentar los precios de los servicios contratados con CELCO para las temporadas 2010-2011 y 2011-2012 – MR Chile acordó contractualmente con CELCO modificar el precio por avión conforme a la variación del IPC.

La FNE imputó a las Requeridas que, frente a la temporada 2010-2011, habrían sostenido negociaciones con CELCO, que se materializaron en modificaciones a los contratos que ya tenía cada una de éstas con dicho cliente. Con ocasión de dichas negociaciones, nuestra representada y FAASA Chile se habrían comunicado para fijar los precios que ofertarían a la forestal, logrando –supuestamente– un alza en sus respectivos contratos.

A este respecto, el H. Tribunal establece en el considerando centésimo quinto de su Sentencia: *“Que, como se verá, los antecedentes probatorios aportados incluyen prueba directa que muestra la concordancia de voluntades de las Requeridas para fijar los precios cobrados a Celco en 2010. En efecto, la prueba allegada al expediente demuestra la existencia de este episodio, a lo menos, desde agosto de 2010. En particular, dicha evidencia acredita (i) la existencia de llamadas telefónicas entre los ejecutivos de las Requeridas, Héctor Tamarit y Miguel Ángel Martínez; (ii) que dichas comunicaciones tuvieron por objeto intercambiar información y fijar los precios de sus servicios para las negociaciones que estaban llevando con Celco; y (iii) que los precios acordados se vieron reflejados en aquellos finalmente ofrecidos y convenidos con dicho cliente.”*

Como veremos a continuación, **el H. Tribunal incurre en múltiples errores al tener por acreditado este “episodio” y desestimar las explicaciones e hipótesis alternativas dadas en la contestación**, las que han sido acreditadas por abundante prueba en el proceso.

a. Nuevamente el H. Tribunal tiene por acreditado un acuerdo en base únicamente a correos que emanan y son recibidos por ejecutivos de FAASA Chile, sin intervención de MR Chile

En el considerando centésimo decimonoveno, el H. Tribunal cita cuatro correos electrónicos en los que se basa para dar por establecido este “episodio”, consistente en un supuesto acuerdo para aumentar los precios de los contratos que ambas Requeridas ya tenían con CELCO.

Es del caso señalar que **dichos correos electrónicos son intercambiados únicamente entre los Sres. Héctor Tamarit y Ricardo Pacheco, ambos ejecutivos de FAASA Chile, y en ellos no existe ninguna intervención, ni como remitente ni como destinatario, de algún personero de MR Chile.**

En base a estos correos electrónicos el H. Tribunal concluye: “*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;*”⁶⁶

Es imposible que el H. Tribunal determine, en base a correos que no emanan de MR Chile, un “compromiso consciente de las Requeridas hacia un esquema común en este proceso de contratación”. **Los correos citados únicamente dan cuenta de lo que serían intenciones de FAASA Chile, más en ningún caso de cuál fue el comportamiento de MR Chile en este proceso de contratación.**

Debemos llamar la atención nuevamente en lo **grave que, ahora este segundo “episodio”, el H. Tribunal tenga por acreditada una conducta en base únicamente a correspondencia intercambiada entre personeros de la otra Requerida, que esta parte no puede reconocer y mucho menos hacerse cargo de su contenido, por desconocer el contexto en el que fueron enviadas, las verdaderas intenciones de sus remitentes y si aquello que señalan es veraz.**

Y pese a ello el H. Tribunal sostiene que “*se examinarán las explicaciones que ambas Requeridas expusieron y como se demostrará, ninguna de ellas entregó una justificación que pudiera dar una respuesta razonable a las expresiones contenidas en los correos expuestos. Más aun, se verá que dichas explicaciones no son plausibles y no permiten desvirtuar la hipótesis colusoria;*”⁶⁷

¿Cómo esta parte va a explicar las expresiones del Sr. Pacheco o del Sr. Tamarit, siendo que son ejecutivos de FAASA Chile y no de MR Chile?

Al parecer, **el H. Tribunal entiende que esta parte debe hacerse cargo de expresiones de terceras personas, con independencia de no ser partícipe de los correos en los que dichas expresiones fueron vertidas ni conocer lo que pretendían las personas que los emitieron.**

Para salvar esta circunstancia, el H. Tribunal expresa: “*Que, finalmente, si bien MR Chile arguye que dichos correos serían comunicaciones internas entre ejecutivos de Faasa Chile que no deberían vincularla (MR Chile, observaciones a la prueba, fojas 4131), ello no impide demostrar la existencia de un acuerdo entre las Requeridas a fin de eliminar la competencia entre ellas. En este sentido, como ha sido resuelto anteriormente, es posible acreditar la existencia de acuerdos colusorios entre competidores en base a comunicaciones internas de uno de ellos (véase sentencia 165/2018, cons. 26°). Asimismo, si bien **no existen antecedentes que permitan acreditar que***

⁶⁶ Considerando centésimo vigésimo tercero de la Sentencia.

⁶⁷ Considerando centésimo vigésimo quinto de la Sentencia.

efectivamente dichos ejecutivos se hubieren reunido presencialmente, como sugieren algunos de ellos (V.gr. “para vernos y hablar” o “para tu reunión con Martínez”), como se ha señalado (cons. 64°), no se requieren encuentros presenciales o la utilización de un medio de comunicación en particular para acreditar un acuerdo colusorio.⁶⁸

A continuación, señalaremos **los argumentos que desvirtúan a la Sentencia a este respecto:**

- En primer lugar, en cuanto a la posibilidad de acreditar la existencia de acuerdos entre competidores en base a comunicaciones internas de uno de ellos, **ello no ha sido resuelto previamente así por el H. Tribunal.**

En el caso que se cita, se señala expresamente: “Vigésimo sexto: *Que este antecedente es además consistente con los siguientes **correos electrónicos intercambiados internamente entre ejecutivos de cada una de las requeridas**, todos los cuales dan cuenta que el objeto del acuerdo era, precisamente, afectar licitaciones de ampollas convocadas por Cenabast...*”⁶⁹

En el caso citado se acreditó la conducta colusoria a través de correos electrónicos intercambiados internamente por “cada una de las requeridas”. Es decir, existían correos electrónicos internos de todas las requeridas que daban cuenta del acuerdo, **pero en este caso son correos electrónicos de una sola requerida y de los que MR Chile no se puede hacer cargo.**

- En segundo lugar, la Sentencia reconoce que “**no existen antecedentes que permitan acreditar que efectivamente dichos ejecutivos se hubieren reunido presencialmente**”.

Este es un antecedente de suma relevancia porque, todos los correos electrónicos que cita el H. Tribunal, ajenos a esta parte, **se refieren a supuestas reuniones presenciales para adoptar un supuesto acuerdo, pero no existe evidencia que acredite tales reuniones**, porque sencillamente no existieron.

Además, no hay ninguna prueba que acredite que efectivamente hayan existido conversaciones telefónicas entre los ejecutivos de MR Chile y FAASA Chile, como erróneamente lo plantea la Sentencia.

- En tercer lugar, la Sentencia señala que no se requieren acuerdos presenciales o la utilización de un medio de comunicación en particular para acreditar un acuerdo colusorio, **pero lo que sí es requerido, es prueba clara y concluyente al respecto, lo**

⁶⁸ Considerando centésimo trigésimo sexto de la Sentencia.

⁶⁹ H. Tribunal, Sentencia 165/2018, considerando vigésimo sexto. Énfasis agregado.

que exige, al menos, que exista evidencia en el proceso de la existencia de comunicaciones por parte de MR Chile que den cuenta del acuerdo acusado, lo que no existe en autos.

Así, la Sentencia incurre en un error manifiesto, puesto que no logra dar con el nivel de prueba clara y concluyente requerida para sancionar este tipo de conductas.

Nos encontramos en el segundo y último episodio del año 2009, año en el que habría comenzado el cartel denunciado por la FNE, y hasta el momento **no existe ninguna comunicación de MR Chile en la que se pueda siquiera presumir la existencia de un acuerdo con FAASA Chile.**

b. Acreditamos que el alza de precios del contrato celebrado entre CELCO y MR Chile correspondió nada más que a un ajuste del IPC, cuestión de la que el H. Tribunal no se hace cargo

Tal como lo hemos señalado a lo largo del proceso⁷⁰, el aumento de precio del contrato con CELCO en ningún caso correspondió a un acuerdo alcanzado con FAASA Chile para tales efectos, sino que nada más a un ajuste del IPC contemplado en el contrato original celebrado en el año 2009.

Ello puesto que el 25 de noviembre de 2010 MR Chile y CELCO acordaron modificar el contrato de prestación de servicios para combate de incendios de fecha 25 de noviembre de 2009, introduciendo las siguientes modificaciones: (i) incorporar un tercer avión; y (ii) **aumentar el valor garantizado del servicio en un 2,82%**⁷¹.

Este aumento correspondió a un ajuste del IPC contemplado en el propio contrato, tal como lo acreditamos en autos. Así lo dispone expresamente el Anexo N° 7 del contrato denominado "Procedimiento de actualización de precios del contrato":

⁷⁰ Ver escrito de observaciones a la prueba de MR Chile, fojas 4.123 y siguientes.

⁷¹ Tal como lo reconoce el H. Tribunal en el considerando centésimo decimotercero.

ANEXO N° 7 (Procedimiento de actualización de precios del contrato)

En el caso de modificación de precios del combustible de los aviones se procederá a variar los precios según la siguiente fórmula:

Calculo de precios para la temporada 2010-2011

Precio de la parte garantizada del servicio:

$$\text{Componente fija} = \text{US\$ } 180.000 + (\text{US\$ } 180.000 \times \% \text{ Variación del IPC de Chile 12 meses }).$$

$$\text{Valor hora extra} = \text{US\$ } 760 + (\text{Variación de precios combustible 12 meses} \times \text{gasto de combustible por hora})$$

Calculo de precios para la temporada 2011-2012

Precio de la parte garantizada del servicio:

$$\text{Componente fija} = \text{US\$ } 180.000 \times X + (\text{US\$ } 180.000 \times \% \text{ Variación del IPC de Chile 24 meses }).$$

$$\text{Valor hora extra} = \text{US\$ } 760 + (\text{Variación de precios combustible 24 meses} \times \text{gasto de combustible por hora})$$

Donde:

Valor hora extra = US\$ 760

Gasto de combustible por hora = 300 litros

X = Multiplicado por.

Variación de precios del combustible 12 meses (US\$)= Precio Octubre de 2010 – Precio Noviembre de 2009.

Variación de precios del combustible 24 meses (US\$)= Precio Octubre de 2011 – Precio Noviembre de 2009.

Período variación del IPC de Chile 12 meses (%)= Noviembre 2009 a Octubre 2010.

Período variación del IPC de Chile 24 meses (%)= Noviembre 2009 a Octubre 2011.

72

Conforme a este Anexo, **el precio del contrato debía reajustarse para la temporada 2010-2011 conforme al IPC experimentado en los últimos 12 meses**, justamente el período para el que las partes modificaron el contrato.

Pues bien, la modificación del IPC acumulado en dicho período fue precisamente de un 2,8%, según demuestra la información del Servicio de Impuestos Internos:

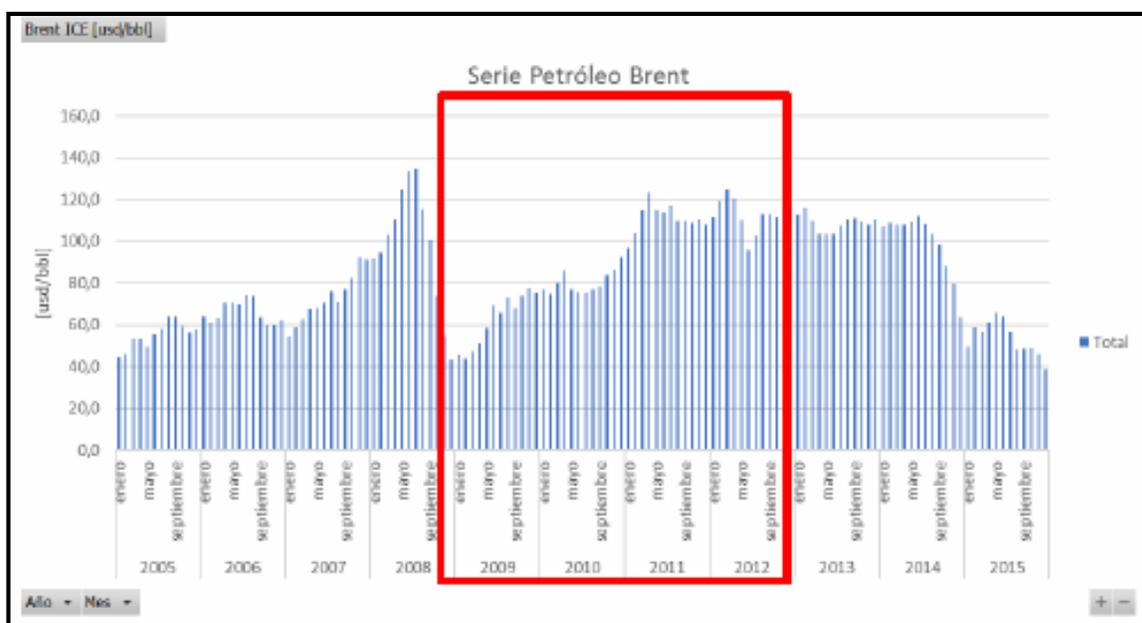
⁷² Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 44 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE, en la ruta "Tomo II/35. Respuesta MR oficio 0368/Anexos MRCH 25-8-17/Anexo G/15.pdf." Página 25. Énfasis agregado.

2010	UTM (1)	UTA (2)	Indice de Precios al Consumidor (IPC)	Variación Porcentual		
			Valor en puntos (6)	Mensual (3)	Acumulado 2010 (4) (7)	Ultimos 12 meses (5) (7)
Enero	36.679	440.148	100,03	0,5	0,5	-0,1
Febrero	36.569	438.828	100,31	0,3	0,8	0,5
Marzo	36.752	441.024	100,39	0,1	0,9	0,2
Abril	36.862	442.344	100,86	0,5	1,4	0,9
Mayo	36.899	442.788	101,22	0,4	1,7	1,5
Junio	37.083	444.996	101,22	0,0	1,7	1,1
Julio	37.231	446.772	101,87	0,6	2,4	2,2
Agosto	37.231	446.772	101,77	-0,1	2,3	2,5
Septiembre	37.454	449.448	102,18	0,4	2,7	1,9
Octubre	37.417	449.004	102,28	0,1	2,8	2,0
Noviembre	37.567	450.804	102,35	0,1	2,9	2,5
Diciembre	37.605	451.260	102,47	0,1	3,0	3,0

73

Es decir, conforme al propio contrato firmado por MR Chile con CELCO en el año 2009, **correspondía este ajuste en el precio, lo que incluso fue reconocido por la propia Angeline Castillo**, funcionaria de CELCO a la época de los hechos, quien señaló que el acuerdo con MR Chile fue “*solamente sumar un avión bajo la misma tarifa más el ajuste del IPC*”⁷⁴

Ello sumado al **aumento de los precios del combustible**, según da cuenta el siguiente gráfico elaborado por ENAP:



75

Incluso más, el Sr. Juan Francisco Moraleda, de CELCO, escribió a el Sr. Claudio Alcayaga, de MR Chile, lo siguiente:

⁷³ Información oficial obtenida del sitio web del Servicio de Impuestos Internos. Disponible en: <http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2010.htm>. Énfasis agregado

⁷⁴ Testimonial de Angeline Castillo, fojas 1289.

⁷⁵ Documento acompañado por respuesta de oficio que rola a fojas 1.078 y siguiente y cuyo documento digital está incorporado en el dispositivo electrónico a fojas 1074.

De: Juan F Moraleda	
Enviado el: jueves, 02 de diciembre de 2010 17:22	
Para: 'claudio alcayaga'	
CC: 'mamartinez@martinezridao.com'	
Asunto: RE: Valor combustible	
Estimado Claudio:	
Entiendo de las imágenes que el valor del combustible fue:	
29 de enero 2010	: \$378.33
Actual	: \$395.37
Diferencia	: \$17,04
<u>Variación porcentual</u>	: 4.5%

Sin embargo, pese a la evidencia, el H. Tribunal desestima esta explicación, señalando al efecto: *“Que, sin embargo, nada de esto desvirtúa la prueba analizada anteriormente, que da cuenta de la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre Faasa Chile y MR Chile para afectar este proceso de contratación, y tampoco permite afirmar que el precio de la temporada anterior ajustado por IPC constituya un escenario contrafactual válido, tal como se mencionó en el considerando 109°. Adicionalmente, en virtud del acuerdo alcanzado entre las Requeridas el precio base de los servicios ofrecidos por Faasa Chile a Celco experimentó un aumento de 14,8% en la temporada 2012-2013 respecto de la temporada anterior, muy superior al IPC acumulado entre finales de 2010 y 2012 correspondiente a un 6,6% (información obtenida desde el Instituto Nacional de Estadística, <https://calculadoraipc.ine.cl/>. Última consulta 21 de enero de 2022);”*⁷⁶

Nos hacemos cargo de los argumentos aquí expuestos por el H. Tribunal:

- En primer lugar, estos antecedentes sí desvirtúan la prueba analizada anteriormente, por cuanto **dan cuenta de que el aumento de precio en el contrato de MR Chile con CELCO se debió efectivamente al alza del IPC acumulado en el período, lo que estaba contractualmente estipulado.**

Además de ello, **la prueba a la que se refiere el H. Tribunal no es suficiente para acreditar el acuerdo que se denuncia**, toda vez que se trata de correos electrónicos de una de las partes, tal y como lo hemos señalado. Nos remitimos a lo dicho *supra*.

- En segundo lugar, el H. Tribunal sostiene que la prueba aportada *“tampoco permite afirmar que el precio de la temporada anterior ajustado por IPC constituya un escenario contrafactual válido”*.

⁷⁶ Considerando centésimo trigésimo tercero de la Sentencia.

Esta aseveración es completamente errónea, por cuanto, para que los precios cobrados a CELCO en la temporada anterior no fuesen un escenario contrafactual válido, tendría que ser el caso que dichos precios hayan sido resultado de un acuerdo colusorio, lo que no se ha denunciado por la FNE en este proceso y tampoco ha sido declarado por el H. Tribunal. Tanto así que el propio H. Tribunal, con ocasión del episodio anterior, tomó como referencia los precios cobrados por MR Chile en su contrato con CELCO, dándolos por válidos y propios de mercado.

Así, como no se ha hecho tal denuncia ni declaración, **se debe presumir que los precios cobrados por MR Chile para la temporada 2009-2010 a CELCO son un escenario contrafactual válido, y por tanto corresponde su incremento según IPC de conformidad al contrato.**

- En tercer lugar, es improcedente desestimar el argumento de MR Chile en cuanto a que el aumento de precio de nuestra representada sea legítimo en base al aumento de precio del contrato de FAASA Chile.

Desconocemos las razones por las que FAASA Chile aumentó en un 14,8% el valor de sus servicios o si aquello es coherente con el IPC acumulado. Pero **lo cierto es que el alza del precio del contrato de MR Chile con CELCO sí respondió al aumento del IPC acumulado en el período.**

Lamentamos que el Tribunal no haya querido evaluar esta circunstancia irrefutable.

Es más, **esta diferencia en las alzas da cuenta de que no existe acuerdo colusorio alguno**, toda vez que los comportamientos entre ambos agentes son completamente disímiles: (i) por un lado MR Chile aumenta sus precios de conformidad al IPC acumulado y al contrato celebrado con CELCO; y (ii) por el otro, FAASA Chile aumenta sus precios más allá del IPC acumulado.

- c. **Completa falta de razonabilidad de un acuerdo colusorio que tenga por finalidad afectar diferentes temporadas de extinción de incendios.**

Hemos señalado en el proceso⁷⁷ que resulta extraña y poco conducente la existencia de un acuerdo para alzas de precios que se materialicen en diferentes temporadas de operación, ya que, tratándose de nuestra representada, dicha alza fue para las temporadas 2010-2011 y 2011-2012, mientras que la de FAASA Chile fue para las temporadas 2011-2012 y 2012-2013.

⁷⁷ Escrito de contestación de MR Chile, foja 387.

Frente a esto, el H. Tribunal sostiene en su Sentencia: *“Que, por su parte, MR Chile también refutó las imputaciones referidas a este episodio, señalando que no tendría sentido un eventual acuerdo con Faasa Chile que genere alzas de precios en temporadas distintas. Sin embargo, esta Requerida no aportó evidencia alguna que permita descartar la prueba clara y concluyente que se analizó en los considerandos anteriores, la que, como se ha razonado, acredita que las Requeridas se comunicaron para acordar los precios que ofertarían respectivamente a Celco. 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;”*⁷⁸

Respecto a este argumento el H. Tribunal prefirió no hacerse cargo de la argumentación de esta parte y solamente remitirse a la supuesta prueba “clara y concluyente” que acreditaría la ocurrencia de este episodio.

Reiteramos, tal prueba clara y concluyente no existe, puesto que se trata solamente de comunicaciones internas de ejecutivos de FAASA Chile en las que MR Chile no tuvo ninguna participación. **Prácticamente se está condenando a nuestra representada en base a dichos de terceros.**

Así, a esta parte aún le asalta la duda de la razonabilidad de un acuerdo colusorio que esté pensado para afectar temporadas de operación distintas, duda que no fue resuelta por la FNE ni por el H. Tribunal en su Sentencia y que demuestra lo falso de esta acusación.

d. **MR Chile planteó a CELCO el incremento del precio garantizado según IPC mucho antes de las comunicaciones a que se refiere el H. Tribunal en su Sentencia. De hecho, ello formó parte de las tratativas comerciales que concretaron la celebración del contrato original en el año 2009.**

Por medio carta de fecha 13 de agosto de 2009, **MR Chile ya comunicaba a CELCO la necesidad de ajustar el precio garantizado en el contrato de conformidad al IPC que se acumulase para las temporadas futuras.** Así consta de la siguiente carta:

⁷⁸ Considerando centésimo trigésimo cuarto de la Sentencia.

CELCO
A LA ATENCIÓN DE D. JUAN FRANCISCO MORALEDA

En contestación a su email de fecha 11-03-09 seguidamente le damos a conocer nuestra cotización para realizar trabajos de prevención y extinción de incendios forestales con el avión AT-802 según sus indicaciones:

1er. SUPUESTO

- 1 avión AT-802 por un periodo de 120 días y 40 horas garantizadas

IMPORTE..... 190.000,00\$ (CIENTO NOVENTA MIL DOLARES)

El precio de la hora que sobrepase las 40 horas garantizadas es de: 750,00\$/hora (SETECIENTOS CINCUENTA DOLARES/HORA)

2° SUPUESTO

- 2 aviones AT-802 juntos, por un periodo de 120 días y 40 horas garantizadas cada avión

IMPORTE..... 185.000,00\$ (CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL DOLARES) por avión

El precio de la hora que sobrepase las 40 horas garantizadas por avión es de: 750,00\$/hora (SETECIENTOS CINCUENTA DOLARES/HORA).

Esperando que nuestra cotización sea de su interés, quedamos a su disposición y aprovechamos para saludarle muy atentamente.

Angel Martínez Ridao

79

Ello demuestra irrefutablemente que el aumento de precio de este contrato no se debió a un acuerdo colusorio entre las Requeridas, ya que todas las comunicaciones que el H. Tribunal cita en el considerando centésimo decimonoveno son de 3 de agosto de 2010, es decir, **más de un año después de que MR Chile planteara y luego acordara con Celco el aumento de precio por alza del IPC.**

Recordemos que, conforme a dichas comunicaciones –todas emitidas y recibidas por FAASA Chile, por cierto– los ejecutivos de FAASA Chile tenían la intención de conversar con MR Chile para aumentar los precios de los contratos. **Pero a esas alturas ya hacía un año que MR Chile, de forma independiente, ya había hecho esta solicitud a CELCO.**

Esto demuestra que esta alza de precio se debió a un ajuste del IPC acumulado del período y a lo establecido en el contrato celebrado entre MR Chile y CELCO en 2009 y fue a iniciativa propia e independiente de MR Chile.

Al efecto, el H. Tribunal sostiene que este antecedente *“tampoco desvirtúa la conclusión a la que este Tribunal ha allegado, ni se hace cargo de explicar el contenido y alcance de los correos*

⁷⁹ Documento acompañado bajo el N° 1 de la presentación de fojas 3.419.

*transcritos precedentemente, enviados el 3 de agosto de 2010, en los que se muestra la coordinación entre las Requeridas precisamente para este episodio;*⁸⁰

Esta conclusión del H. Tribunal es completamente errada. Si MR Chile requirió a CELCO subir los precios de conformidad con el aumento del IPC antes de las comunicaciones de FAASA Chile, ello claramente demuestra que tal solicitud no se debió en ningún caso a un acuerdo con la otra Requerida.

Por lo demás, reiteramos que para esta parte es imposible hacerse cargo de correos electrónicos que no emanan de MR Chile ni fueron recibidos por sus ejecutivos, como ya hemos señalado.

3.4.4.3. Tercer Episodio: MR Chile no se coordinó con FAASA Chile para la presentación de la oferta de servicios requerida por CONAF en 2012, ni estipuló que ésta no participara de dicha licitación – MR Chile se adjudicó el Contrato al llegar a acuerdo en las condiciones comerciales requeridas.

La FNE imputa que con ocasión de un proceso de contratación de aeronaves de emergencia convocado por CONAF durante la temporada de incendios forestales 2011-2012, nuestra representada habría compartido con FAASA Chile el precio y otras condiciones comerciales a ofertar y que FAASA Chile se habría abstenido de participar.

El H. Tribunal tuvo por acreditado este “episodio”, señalando al efecto que *“la evidencia aportada al expediente permite acreditar que las Requeridas, en este tercer episodio, nuevamente se comunicaron y coordinaron, para efectos de la provisión de los servicios que solicitó Conaf. En particular, dicha prueba acreditó lo siguiente: (i) que las comunicaciones tuvieron lugar en enero de 2012; (ii) que esta actuación se gestó a través de comunicaciones directas que tuvieron por objeto coordinar la actuación comercial conjunta de las Requeridas, así como intercambiar información comercialmente sensible y útil para el proceso de contratación convocado por Conaf; y (iii) que esta coordinación y actuación conjunta de las Requeridas permitió a MR Chile adjudicarse la provisión de servicios de Conaf sin enfrentar competencia por parte de Faasa Chile;*⁸¹

Como veremos, la conclusión a la que arriba el H. Tribunal es errada, pues pondera incorrectamente la prueba allegada al proceso y, en base a ello, descarta las explicaciones e hipótesis alternativas dadas por esta parte y tiene por acreditado el acuerdo en este episodio.

Como ha sido la tónica de la Sentencia dictada, el H. Tribunal tuvo por acreditado este “episodio” únicamente en base a correos electrónicos intercambiados entre ejecutivos de

⁸⁰ Considerando centésimo trigésimo quinto de la Sentencia.

⁸¹ Considerando centésimo trigésimo noveno de la Sentencia.

FAASA Chile, específicamente los Sres. Héctor Tamarit, Ricardo Pacheco y Manuel González.

En el considerando centésimo cuadragésimo señala: *“Que, en esta materia, resultan particularmente relevantes los siguientes correos electrónicos del 6 de enero de 2012, intercambiados entre los mismos ejecutivos de Faasa Chile que intervienen en todos los episodios del acuerdo único imputado en autos, esto es, Héctor Tamarit, Ricardo Pacheco y Manuel González (ver: documento singularizado como “89, Re_Conaf [177495].msg” ubicado en el dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 24 del cuaderno de documentos públicos de la FNE, que contiene una cadena de correos electrónicos intercambiados entre Héctor Tamarit y Ricardo Pacheco, con copia a Manolo González). En específico, estas comunicaciones dan cuenta que las Requeridas coordinaron su actuar en la presentación de ofertas para el proceso de contratación convocado por Conaf para el combate y extinción de incendios forestales, eliminando la competencia entre ellas.”*

Hemos señalado en reiteradas ocasiones que el H. Tribunal no puede tener por establecido un acuerdo colusorio solamente en base a correos electrónicos de una de las partes, ya que nuestra representada no se puede hacer cargo de su contenido y no pueden constituir prueba clara y concluyente como se exige para sancionar este tipo de conductas. Sobre el particular nos remitimos a lo señalado *supra*.

Pero otra cuestión que echa por tierra este supuesto acuerdo colusorio es que los correos citados por el H. Tribunal para acreditarlo en ningún caso dan cuenta de la existencia de un acuerdo.

En efecto, en los correos en cuestión los ejecutivos de FAASA Chile señalan dos circunstancias:

- ✓ Que en caso de que MR Chile hubiese ofertado a CONAF, ellos no lo harían, buscando su apoyo “en donde sea”.
- ✓ Que MR Chile ya había ofertado a CONAF, y señalan las condiciones comerciales de tal oferta.

Es decir, conforme a estos correos:

(i) FAASA Chile había decidido, previo a comunicarse con MR Chile, que no participaría en este proceso de contratación en caso de que nuestra representada hubiese presentado ya una oferta.

Desconocemos las razones de FAASA Chile para tomar tal determinación, pero **lo cierto es que en ningún caso se debió a un acuerdo con nuestra representada**, ya que a la fecha no había tenido contacto con MR Chile para conocer su oferta.

Según tenemos entendido, si FAASA Chile no participó es porque no contaba con los elementos necesarios para ello, en particular, porque no tenía disponibilidad de aviones AT-802 ni la tripulación requerida para operarlos y, en el marco de un proceso de contratación de emergencia, no había un espacio de tiempo suficiente para conseguirlos.

(ii) MR Chile ofertó a CONAF previo a que FAASA Chile supuestamente tomase contacto con nuestra representada, por lo que su oferta tampoco respondió a ningún tipo de acuerdo colusorio.

Posteriormente esta oferta se materializó formalmente el día 8 de enero de 2012 e incluso tuvo ciertas variaciones respecto de lo que MR Chile habría informado a FAASA, **incorporando 15 días garantizados adicionales por exactamente el mismo valor de USD \$300.000**. Es decir, una rebaja sustancial de precio.

En este sentido ¿tiene lógica que MR Chile, conociendo supuestamente que su competidor en el mercado nacional no va a participar de este proceso de contratación, haga tal rebaja en el precio? **No tiene sentido ni lógica alguna, y menos puede vincularse con algún patrón colusorio.**

Es más, uno de los correos electrónicos a los que se refiere el H. Tribunal deja en evidencia que se trata solamente de una idea de los ejecutivos de FAASA Chile. En el correo enviado por don Ricardo Pacheco a don Héctor Tamarit el 6 de enero de 2012 a las 12:52:26 se indica:

“Conociendo a patricio, ya deberían estar cotizando con Martinez, tu deberías hablar con Martinez al respecto, si le están cotizando nosotros no cotizamos y el cobre lo que quiera a cambio de su apoyo en Chile España o donde sea.

Esa puede ser una idea.

Ahora si no estuvieran cotizando con Martinez que te lo dirá... se hace lo que sugieres.....?

Te parece.

PD: deberíamos pensar en comprar aviones...? A lo menos lo que no hemos repuesto.

Un saludo”⁸²

⁸² Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 24 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FN, nombre “89.Re_Conaf[1477495]”. Énfasis agregado.

Conforme a este correo electrónico, **aquello que plantea el Sr. Pacheco es solamente una idea, nada más que eso, no un acuerdo que haya sido adoptado con MR Chile**, por lo que malamente se puede tener por acreditado un acuerdo colusorio en base a él.

En segundo lugar, este correo electrónico deja de manifiesto la falta de aviones de la que adolecía FAASA Chile en ese momento y que, al parecer, era aquello que le impedía postular a este llamado de emergencia convocado por CONAF.

Lo anterior se ve ratificado por el correo electrónico que el H. Tribunal cita en el considerando centésimo cuadragésimo, en el que Héctor Tamarit, ejecutivo de FAASA Chile, señala: ***“No nos interesa entrar en una pelea ahora por los aviones que además no tenemos...”***

Así, no existe prueba clara y concluyente en el proceso que permita acreditar el acuerdo imputado para este proceso de contratación, como erróneamente lo estableció el H. Tribunal en su Sentencia.

3.4.4.4. Cuarto Episodio: No es efectivo que MR Chile se hubiere concertado con FAASA Chile para acordar precios y repartirse la provisión de servicios solicitada por MININCO en 2012

La FNE acusa que, en julio de 2012, MININCO inició un proceso de licitación privada para contratar servicios de combate y extinción de incendios forestales mediante aviones AT-802, invitando a FAASA Chile, MR Chile y Espejo y que, en el marco de dicho proceso de contratación, nuestra representada y la otra Requerida habrían acordado los precios y la cantidad de aviones a ofertar y que, además, habrían presionado conjuntamente a Espejo para que retirase la oferta que ya había formulado en dicho proceso.

A este respecto, el H. Tribunal concluye en el considerando centésimo quincuagésimo octavo: *“Que, analizada la prueba rendida en autos, como se detallará a continuación, es posible concluir (i) que en julio de 2012 se materializó el actuar conjunto entre las Requeridas respecto del proceso convocado por Mininco en dicho año, episodio que forma parte del acuerdo único imputado por la Requirente; (ii) que, respecto de este proceso de licitación, las Requeridas se comunicaron a través de correos electrónicos; y (iii) que estas comunicaciones tuvieron por objeto acordar los precios y la cantidad de aviones que Faasa Chile y MR Chile ofertarían, como también presionar a Espejo para que se retirase del proceso;”*

A continuación, veremos cómo son efectivas las explicaciones e hipótesis alternativas otorgadas por esta parte en el proceso y las razones por las que el H. Tribunal erra al considerar que en este “episodio” existió un acuerdo colusorio.

- a. **MININCO requería ofertas por un mínimo de 5 aviones y un máximo de 6 aviones – Así lo estableció la propia forestal al enviar las invitaciones para participar de este proceso de contratación**

En primer lugar, debemos hacer presente que **en este proceso de contratación MININCO requería ofertas por un mínimo de 5 y un máximo de 6 aviones por temporada**, tal como lo indicó en el correo electrónico en el que invitó a MR Chile a participar en este proceso de contratación:

Estimado Claudio:

Estamos cotizando la flota de aviones cisterna para el combate de incendios, de la próxima temporada 2012 -2013.

Por lo anterior solicitamos, si es de su interés, nos coticen el servicio que más adelante se detalla.

Ajunto al presente e-mail, podrán encontrar las Bases Técnicas Específicas, del servicio de combate con aviones cisterna y además las Bases Generales de Mininco.

El plazo máximo, para hacernos llegar vuestra propuesta es el 23 de julio de 2012 , sin embargo y si es posible, les agradeceremos que nos hagan llegar su respuesta a la mayor brevedad y antes de la fecha solicitada.

Deseamos dar respuesta antes del 10 de agosto a su propuesta.

Un requisito esencial del requerimiento, dice relación con las aeronaves requeridas, las que deseamos sean aviones Air Tractor 802 F

Se deberán cotizar los valores por unidad para la temporada, y el costo del día extra y de la hora adicional.

Considerar en la cotización que el costo de hora adicional debe ser lo más parecido posible al costo variable de operación, por lo que las utilidades y gastos fijos de la temporada deberán estar considerados en la oferta por unidad en el periodo y horas bases de la propuesta.

Considerar que en el caso que las horas efectivas que se ejecuten sean menores a las horas bases consideradas, serán descontadas en la misma temporada, al valor de costo de hora variable u hora adicional que considere la propuesta.

Agradeceremos considerar vuestra oferta para 1 , 2 y 3 temporadas.

Considerar además que el requerimiento de Mininco es de un mínimo de 5 y un máximo de 6 aviones cisterna

83

Así también lo declaró don Ricardo Rivera Ibáñez, a la época funcionario de MININCO, quien señaló:

“FNE: Entonces, de esto... para nosotros entender, ¿era posible postular con solo un avión hasta los seis o requería que cada postulante postulara con los seis aviones?”

*Declarante: **Seguramente estábamos buscando que postularan con todos los aviones.***

FNE: ¿Era requisito o podía haber alguien con uno? Una persona que se adjudicara uno y cinco, dos y tres, porque era con cualquier convención.

Declarante: Esto era seguramente una cotización para saber cuántos nos iban a cobrar considerando un paquete de esa cantidad de aviones por tres temporadas porque eso podía ser más ventajoso para nosotros, o sea si yo le pido a un tipo por un avión que venga, probablemente todos sus costos se eleven y sea más caro, pero sí tiene cinco aviones puede ser más atractivo, cinco o seis aviones.

FNE: ¿No era posible, digamos, postular con...?”

Declarante: No me acuerdo si ese año hicimos una postulación.

FNE: Ya, pero usted nos dice que la intención era lograr ‘paquetizar’ esto lo más posible.

⁸³ Documento N° 30 acompañado en la presentación de MR Chile de fojas 3.419. Énfasis agregado.

Declarante: Sí, o sea, entiendo que un contrato por tres temporadas con cinco aviones podía ser más barato que comprar, arrendar de a uno por temporada, digamos. Normalmente eso dicen las empresas, que les interesa los paquetes más grandes de recursos.”⁸⁴

Sin embargo, erróneamente el H. Tribunal decidió desestimar esta prueba, señalando que las bases de licitación indicaban que las empresas participantes podían postular con una o más aeronaves y temporadas propuestos por MININCO y que incluso hubo empresas que ofertaron con menos aeronaves, como fue el caso de FAASA Chile y Espejo.

Pese a que ambas afirmaciones son efectivas, lo cierto es que ello en ningún caso conlleva a que en este proceso de contratación se pudiese postular con menos aeronaves. **Las instrucciones de MININCO fueron claras al señalar que se podía postular con un mínimo de 5 y un máximo de 6 aviones. De lo contrario, no lo hubiesen señalado así en el correo citado *supra*.**

b. **MR Chile y FAASA Chile no contaban con la cantidad de aeronaves requeridas por MININCO por lo que idearon un consorcio para postular en este proceso de licitación, previo a que MR Chile intentara arrendar las aeronaves a FAASA Chile**

La Sentencia no considera que en la fecha en que MININCO envía la invitación para participar de este proceso de contratación, MR Chile no contaba con los aviones para responder a los requerimientos del cliente, por lo que en un principio buscó arrendar las aeronaves faltantes a FAASA Chile. Ello por cuanto las bases de licitación admitían expresamente el arrendamiento de aeronaves para esta operación.

Sin embargo, tal acuerdo no fue posible, lo que determinó que las partes **idearan un consorcio para participar juntas en este proceso**. Esta es la única razón por la que las partes intercambiaron sus ofertas, para así verificar que fueran comercialmente equivalentes para efectos del consorcio.

Si bien esta situación no le fue comunicada a MININCO, lo que reconocemos como un error –y en ningún caso un indicio de colusión–, **este tipo de asociaciones es completamente lícita. Es más, lo que se buscaba replicar era una UTE, figura de común aplicación en el mercado de extinción de incendios forestales en España.**

Sobre este punto, finalmente debemos señalar que en ningún caso existe una consciencia de ilicitud en el actuar de MR Chile por no transparentar esta situación a MININCO, sino que solamente un error en la forma de proceder en este proceso de contratación, **cuestión**

⁸⁴ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 3 del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE en la ruta “Tomo III/29. Transcripción Declaración Ricardo Rivera (30-08-2017)_VP”, pp. 43-44. Énfasis agregado.

que incluso fue reconocida por don Miguel Ángel Martínez Bonilla antes de que la FNE dedujera su Requerimiento⁸⁵.

- c. **El consorcio con FAASA Chile no tuvo sus resultados, puesto que finalmente MININCO decidió contratar tres aviones a nuestra representada, más uno “al llamado, el que debía estar disponible en caso de ser necesario**

Luego de presentadas las ofertas, MININCO decidió continuar negociaciones en forma directa con MR Chile renunciando a las 5 o 6 aeronaves pretendidas, sino que ahora solo 4, 3 en forma permanente y una “al llamado”.

Esto es de suma relevancia, ya que acredita que cualquier eventual comunicación entre las requeridas no tuvo la aptitud objetiva ni menos afectó este proceso de contratación, ya que, en definitiva, **solo se contrataron los aviones que ofertó MR Chile.**

Finalmente, el precio acordado en el contrato por cada aeronave por 110 días consecutivos y 40 horas garantizadas por cada temporada fue de US\$ 245.000 más IVA, es decir, US\$ 13.000 menos que aquello que ofertó nuestra representada por avión por temporada en un principio. Se debe considerar que este valor incluye el costo financiero efectivo del “avión al llamado” que podía ser usado por MININCO, además de su traslado desde España a Chile y posteriormente a España nuevamente, su seguro, su tripulación lista, todo ello con independencia si el avión era utilizado por la forestal o no.

- d. **MR Chile jamás presionó a Espejo para que no participara en este proceso de contratación – Esta declaración del H. Tribunal se sustenta en prueba no reconocida y testimonios parciales**

El H. Tribunal establece que “*en lo referido a la imputación sobre la exclusión de la empresa Espejo del presente proceso de licitación, la evidencia aportada al proceso también permite tener por acreditada dicha conducta;*”⁸⁶

Sin embargo, como veremos a continuación, **no existen antecedentes probatorios robustos como para que constituyan “prueba clara y concluyente” para acreditar esta imputación.**

Las pruebas utilizadas por el H. Tribunal para dar por acreditada esta conducta son dos (i) correos electrónicos intercambiados entre los Sres. Javier Ortiz, de Espejo, y Osvaldo Vera, de MININCO; y (ii) la declaración testimonial del Sr. Raúl Ramírez.

⁸⁵ Documento incorporado en el dispositivo agregado a fojas 1 del Cuaderno de Versiones Públicas del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE en la ruta “Tomo III/36. Transcripción Declaración Miguel Ángel Martínez Bonilla (17-10-2017_VP.pdf”. p. 48.

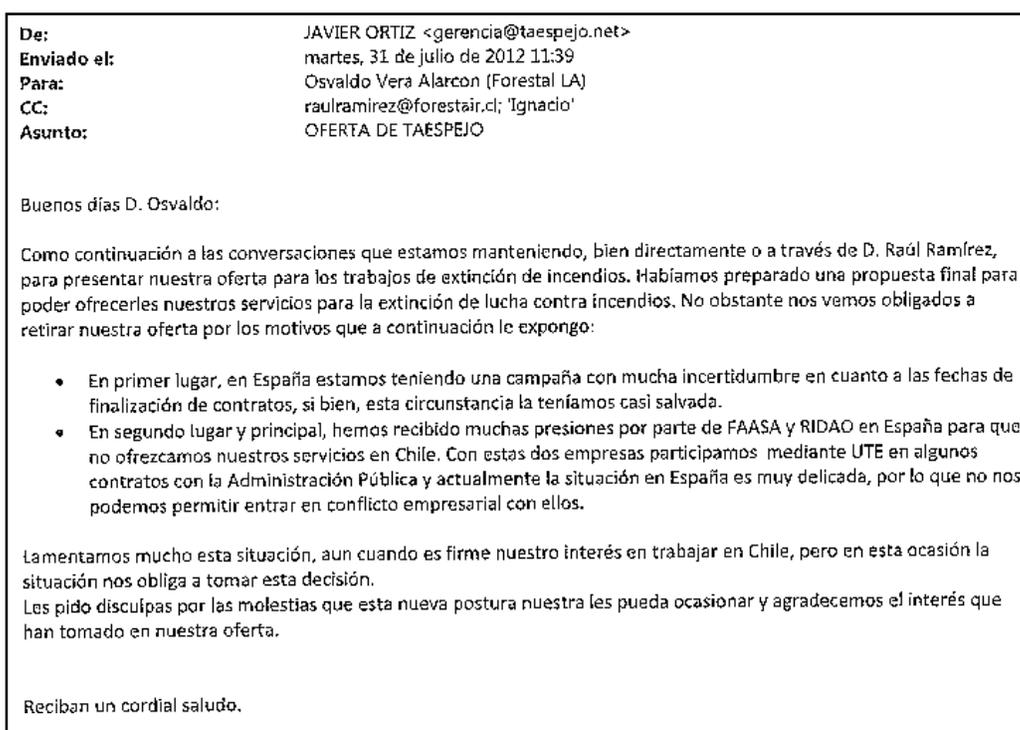
⁸⁶ Considerando centésimo septuagésimo sexto de la Sentencia.

- En cuanto a los correos electrónicos invocados en la Sentencia, estos no pueden ser considerados como prueba clara y concluyente de la conducta imputada, puesto que:

En primer lugar, se trata de correos electrónicos que no fueron reconocidos por sus autores –ya sea el Sr. Osvaldo Vera o el Sr. Javier Ortiz– en estrados, por lo que no se les puede asignar valor probatorio en autos.

Ninguna de las personas señaladas como remitentes y destinatarios de los correos electrónicos que invoca la Sentencia compareció a estrados a reconocer la efectividad de su envío ni la veracidad de su contenido, por lo que no pueden constituirse como prueba “clara y concluyente” de presiones por parte de MR Chile y/o FAASA Chile para que Espejo no participase de este proceso de licitación.

En segundo lugar, porque el contenido de los correos electrónicos no es concluyente. Ello por cuanto el correo electrónico en el que se habrían comunicado estas presiones señala:



87

Como se puede ver, el Sr. Ortiz señala como primera razón para retirar su oferta el hecho que **en España estaban teniendo una campaña con mucha incertidumbre en cuanto a las fechas de finalización de los contratos**, situación que señalan, habrían tenido casi salvada.

Luego de ello, señala que la razón principal sería las presiones de FAASA y MR Chile en España, pero sin señalar cuáles fueron tales presiones. **Dichas presiones podrían haber consistido, por ejemplo, en la negativa de que Espejo trajera sus aviones a Chile**

⁸⁷ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 44 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "Tomo II\60. Pendrive respuesta Mininco a oficio 0381\Anexo N°3.pdf"

porque todavía tenían que cumplir compromisos contractuales con la UTE en España, lo que es completamente legítimo.

Pero, reiteramos, nada permite confirmar la veracidad de las afirmaciones hechas por el Sr. Ortiz en este correo electrónico. **Bien pudo ser el caso que Espejo no estuviese en condiciones reales de prestar el servicio aquí en Chile por la situación de incertidumbre en España y que haya señalado estas supuestas presiones para justificarse frente a un potencial cliente al que ya había formulado una oferta y que le interesaba no ser descartado para próximas invitaciones.**

- En cuanto a la declaración del Sr. Ramírez, esta no puede ser considerada, puesto que **mostró ser un testigo completamente parcial, tener una gran animadversión hacia las empresas Requeridas e incluso señaló estar representando a las empresas de extinción de incendios forestales nacionales.**⁸⁸

Pero más allá de ello, señaló ser solamente un testigo de oídas de lo que le habría comentado el Sr. Javier Ortiz, puesto que **no contaba con antecedentes que acreditaran o de los que le constara que las supuestas presiones ejercidas por FAASA Chile y MR Chile fueran reales:**

“ABOGADO MARTÍNEZ RIDAO: Perfecto. Eh lo voy a llevar a otro tema don Raúl, al episodio que se refirió a esto de la posible venida de Mininco, no perdón de Espejo a Mininco a la oferta del proceso de contratación de Mininco. Usted nos señaló de que Fernando Espejo le había comentado a usted que no podía venir porque la unión de empresas no se lo permitía, yo quería preguntarle, ¿usted conoció los términos de esta unión de empresas que supuestamente existía en España?”

*TESTIGO: **No**, y que además da la impresión que son términos que son conocidos solamente por los interesados, no ... me da la impresión que no son términos que se publiquen.*

ABOGADO MARTÍNEZ RIDAO: Perfecto conoció algún documento o antecedente en el que sindicara que no podía venir Espejo a Chile.

TESTIGO: Lo que me dijo la carta nomás.

ABOGADO MARTÍNEZ RIDAO: Pero usted más allá de lo que le señaló o el propio correo que le envía la misma persona, ¿conoció algún antecedente o documento en que se, se estableciera esto?

*TESTIGO: **Es que eso es muy difícil** porque como le explicara, es forma parte de ordenamientos internos de las empresas en España, ellos tienen esas asociaciones a lo mejor están autorizadas por el estado, **no tenemos idea nosotros no tenemos como hacerlo.** Porque lo único que hace uno, digamos como empresa chilena va hacia allá y dice "yo quiero operar en España" bueno, pero para eso tiene que tener esto, esto y esto otro y no se lo van a dar porque las empresas no lo van a dejar meterse, no es como acá que a tiro se traen la empresa, no allá no se la traen. Entonces obviamente **pa nosotros conocer esas cosas es imposible.**”⁸⁹*

Sin perjuicio que MR Chile jamás presionó a Espejo para que no participara en este proceso de contratación, cualquier conducta en tal sentido, que la negamos, no habría tenido la aptitud objetiva para afectar el mercado, y en especial, el resultado de este proceso de

⁸⁸ Véase declaración de Raúl Ramírez Figueroa, agregada a fojas 1.988 y siguientes, pp. 2, 3, 9 y 11.

⁸⁹ Testimonial de Raúl Ramírez Figueroa, agregada a fojas 1.988 y siguientes de autos, páginas 39-40. Énfasis agregado.

contratación, ya que la oferta de espejo era económicamente más elevada que aquella que presentó MR Chile y especialmente que el definitivo valor del contrato.

Conforme indica el contrato celebrado entre MININCO y MR Chile, **el valor de los servicios se contrató por 245.000 USD por avión por temporada.**

Por su parte, la oferta inicial de MR Chile era de 258.000 usd por avión por temporada, **mientras que la oferta más económica presentada por Espejo era de 265.000 usd a 292.000 por avión por temporada. Es decir, la oferta era ostensiblemente más costosa y que, según señalaron ejecutivos de MININCO, no hubiese sido aceptada.**

3.4.4.5. Quinto Episodio: La celebración del contrato entre MR Chile y CELCO en 2012 fue el resultado del acuerdo alcanzado por dichas empresas sobre las condiciones comerciales, fruto además del buen servicio prestado por MR Chile en temporadas anteriores.

La FNE imputa que con ocasión de un llamado a licitación de Forestal CELCO en 2012 “el patrón colusorio volvió a manifestarse”. Particularmente sostiene que fueron invitadas las empresas requeridas y, además, Avialsa T-35 S.L. (“Avialsa”), y que esta última le habría informado esto a ejecutivos de MR Chile y de FAASA Chile esta situación.

Además, agrega que en virtud de este supuesto acuerdo colusorio:

- FAASA Chile no habría ofertado a Forestal CELCO;
- MR Chile le habría indicado a Avialsa los precios y las condiciones comerciales a ofertar a la aludida Forestal con el objeto de favorecer su oferta;
- Avialsa habría ofertado a Forestal CELCO en los términos indicados por nuestra representada.
- En noviembre de 2012 MR Chile se adjudicó el contrato con CELCO, el que se extendió hasta el año 2015.

A este respecto, el H. Tribunal establece: *“Que, como se explicará, la evidencia aportada permite dar por acreditado este episodio que forma parte de la materialización de un acuerdo único y continuo entre las Requeridas, que en esta ocasión tuvo por objeto favorecer la adjudicación de MR Chile en la licitación de servicios convocada por Celco el 2012. En particular, la evidencia aportada acredita que acordaron manipular la adjudicación del proceso convocado por Celco el 2012, mediante (i) la presentación de una oferta de cobertura por parte de Avialsa, y (ii) la abstención de participación de Faasa Chile.”*⁹⁰

⁹⁰ Considerando ducentésimo noveno de la Sentencia.

A continuación, veremos las hipótesis alternativas que ha sostenido esta parte y cómo la prueba rendida en autos dan cuenta de ella. Además, veremos las razones que esgrimió el H. Tribunal para descartarlas y cómo ellas son erradas.

a. **MR Chile se adjudicó esta licitación como consecuencia del resultado del acuerdo alcanzado con CELCO sobre las condiciones comerciales y fruto del buen servicio prestado por la misma en temporadas anteriores**

Como da cuenta la prueba rendida en el proceso, nuestra representada no se coludió para la adjudicación de este contrato, y particularmente, no incurrió en las conductas que la FNE le imputa y que el H. Tribunal establece en su Sentencia.

La adjudicación del contrato en cuestión fue el resultado del acuerdo alcanzado entre MR Chile y CELCO sobre las condiciones comerciales y fruto del buen servicio prestado por nuestra representada en temporadas anteriores.

En efecto, ya en noviembre de 2009, MR Chile y Forestal CELCO celebraron un contrato de prestación de servicios aéreos de extinción de incendios forestales mediante dos aviones cisterna AT-802, agregándose el año 2010 un tercer avión, todo ello para las temporadas 2009-2010, 2010-2011 y 2011-2012.

Dicho contrato se ejecutó íntegramente, prestando nuestra representada los servicios contratados de excelente manera. La incorporación de este nuevo avión ya ilustraba el grado de satisfacción del cliente respecto del servicio prestado por MR Chile.

En razón al buen servicio prestado por nuestra representada, en julio del año 2012 Forestal CELCO invitó nuevamente a MR Chile para que participara en la licitación privada para la contratación de sus servicios, pero ahora mediante tres aviones cisterna y para las temporadas 2012-2013, 2013-2014 y 2014-2015.

Este proceso se desarrolló de manera formal, transparente y conforme a las exigencias y necesidades de Forestal CELCO.

- o Es más, conforme lo señala don Pedro Villar, subgerente de protección de CELCO Norte en dicha fecha, **a dicho proceso de licitación se invitaron a participar a entre 10 y 12 empresas distintas, contestando solamente a dicha invitación MR Chile y Avialsa:**

“FNE: Perfecto y ¿exploraron digamos en el continente, en el subcontinente, en América Latina otros eventuales proveedores?”

Declarante: Me parece que nos pusimos en contacto con alguien de Argentina también, mira, de lo que recuerdo eran como 10, 10, 12 empresas o una cosa así las que nosotros logramos contactar. Ahora, ustedes tienen que tener más o menos claro que la verdad es que nos contestaron dos, dos empresas que fueron Martínez Ridao y Avialsa y la verdad es que Avialsa nos contestó en

términos de números duros con una diferencia brutal en términos de lo que nos estaba cobrando Martínez Ridao, entonces la verdad es que no nos funcionó mucho ir a vitrinear.”⁹¹

- En similar sentido declaró doña Angeline Castillo ante la FNE, al señalar:

“FNE: Ya. Sabemos que ha pasado harto tiempo, pero ¿se recuerda que empresas se invitó a participar?”

*Declarante: **A todas las que estaban autorizadas por la Dirección General de Aeronáutica porque las bajé de la página de la dirección.***

FNE: Ya. ¿Se acuerda el nombre de estas empresas?

*Declarante: Había muchas, pero estaba **Inaer, Helicopter S.A, FAASA, Martínez Ridao, Fly Service. Todas las que estaban en Chile y, adicionalmente, buscamos en España y ahí mandamos a Avialsa y Hispánica Aviación.***

FNE: Ya, y ¿recibió respuesta [ininteligible 00:55:29]?

Declarante: De casi todas, recepcionando la invitación.

FNE: Ya, correcto.

*Declarante: **Y ofertas, sólo Avialsa y Martínez Ridao.**”*

Lo expuesto es relevante, porque demuestra que aun cuando MR Chile y FAASA Chile hubieren acordado que esta última no participara en este proceso de contratación, tal – inexistente– acuerdo mal podría haber afectado el mismo, porque CELCO había invitado a este proceso, al menos, a otras 10 empresas operadoras.

A este respecto el H. Tribunal estima que no es efectivo que la adjudicación de estos servicios a MR Chile haya sido producto del buen desempeño de nuestra representada en temporadas anteriores, señalando: *“Que, en lo que dice relación con la primera defensa (i) de MR Chile, la declaración de la testigo Angeline Castillo refuta este argumento. En efecto, ella señaló que, a diferencia de oportunidades anteriores en que Celco recurrió a la contratación directa, en 2012 decidió convocar una licitación a fin de diversificar el mercado y bajar los precios, objetivo que no se logró porque únicamente se recibieron dos ofertas, una de Avialsa que fue “demasiado cara” y otra de MR Chile que establecía un precio más caro que el contrato que se vencía...”*⁹²

Sin embargo, más allá de las intenciones de CELCO, lo cierto es que nuestra representada prestó un servicio de primer nivel **en razón del contrato anterior que mantenía con la forestal, lo que, además del precio ofertado por MR Chile, determinaron que fuera contratada nuevamente.** Además, como veremos en el próximo apartado, el alza en precios estuvo completamente justificada, por lo que dichos de Angeline Castillo a este respecto no son suficientes para desacreditar esta circunstancia.

⁹¹ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 2 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "Tomo III\27. Transcripción Declaración Pedro Villar (04-09-2017).pdf", p. 19. Énfasis agregado.

⁹² Considerando ducentésimo trigésimo octavo de la Sentencia.

b. **Respecto del alza de precios en el contrato celebrado con CELCO en 2012 – Además del alza en costos, la forestal hizo nuevas exigencias operacionales, las que claramente impactaron en el precio que podía ofrecer MR Chile**

Nuestra representada presentó su oferta en los valores que le resultaban factibles conforme al nuevo régimen y condiciones que exigía la operación que requería CELCO para estas tres temporadas y los costos que también habían subido su valor, entre ellos, uno de los principales, el combustible.

En efecto, se aumentó el valor contrato por avión por temporada desde US\$186.000 a US\$235.000, es decir, alrededor de un 25%.

Estas nuevas exigencias o condiciones de Forestal CELCO se materializaron, por ejemplo, en exigir a las empresas invitadas (i) un sistema de gestión de riesgos SMS, (ii) Personal de logística de coordinación de necesidades de los aviones contratados y (iii) Camiones para carga de combustibles.

Estas exigencias se pueden ver en la página 3 de las bases de licitación para este contrato:

El servicio contratado por **Forestal Celco S.A.**, serán administradas por la Unidad de Protección de Incendios, la cual fundamenta su operación y eficiencia en el concepto que **"a menor tiempo de arribo, menores son las pérdidas"**, para lo cual se han fijado los siguientes objetivos:

- Tiempo de Salida Aeronave (Aviso a Despegue) ≤ a 7 minutos.
- Eficiencia en el Uso de las Aeronaves (Salida Avión Capacidad Máxima de Estanque Agua, Eficiencia del Piloto en los Lanzamientos, Entrega Oportuna de Información Aeronaves – Central de Operaciones, etc.)
- Debe incorporar sistema de seguimiento de flota en línea con la central.
- Debe incorporar sistema de monitoreo espacial de lanzamientos en línea.
- Sistema de cámara fotográfica y/o video para envío continuo de imágenes en línea con la central.
- A diciembre de 2012 debe estar certificada SMS.
- El operador aéreo debe contar con centro de mantenimiento acreditado en Chile.

93

o Al declarar, doña Angeline Castillo, jefa de protección de incendios de CELCO, **explicó cómo las exigencias en los contratos de esta forestal se han ido incrementando:**

"ABOGADO DE FAASA: Perfecto. En general, según el conocimiento que usted tiene de las diversas funciones que usted ha ejercido en Celco y Arauco podría explicar cómo han ido evolucionando las exigencias que establece la compañía para las empresas que ofrecen estos servicios aéreos,

*TESTIGO: En general, lo básico, y eso no ha cambiado hasta hoy día, es que para que una empresa aérea pueda dar el servicio tiene que contar con aeronaves que están debidamente autorizadas por la Dirección General de Aeronáutica. Las aeronaves deben contar con su permiso de aeronavegabilidad, en lo básico ¿cierto? Obviamente pasan por un proceso de análisis financiero, para ver si la empresa tiene, digamos, los recursos para poder operar, y **adicionalmente en términos de tecnología se han ido sumando nuevas variables como que las aeronaves cuenten con GPS en***

⁹³ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 44 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "Tomo 1\56. CD respuesta Arauco a oficio 0078\3. Licitaciones\ACombate\3. Julio 2012\1. BASES.pdf", p. 3.

línea para poder saber dónde están, que antes se usaban teléfonos celulares para que sacaran fotos de los lanzamientos, hoy día han evolucionado a cámaras que van permanentemente en el avión mostrando el desarrollo del incendio, pero eso es básicamente lo que se exige.”⁹⁴

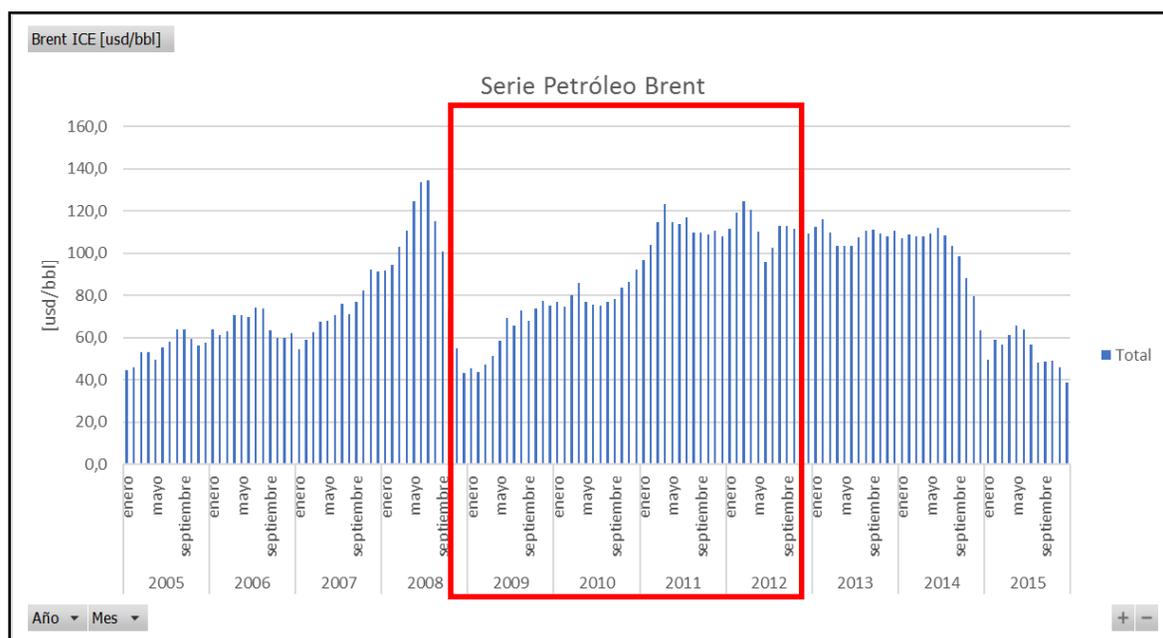
“ABOGADO MARTÍNEZ RIDAO: Perfecto, muchas gracias. Y comparativamente hablando ahora, en cuanto al proceso del 2009, referido a Martínez Ridao, y ahora el 2012, ¿cómo eran las exigencias operacionales?”

TESTIGO: Yo creo que la única, lo más relevante tiene que ver con que les exigimos que certificaran el SMS que es el sistema de seguridad aeronáutica. No es exclusiva de aeronáutica, pero es la que hoy día se utiliza para certificar calidad y seguridad en temas aeronáuticos. Que es un proceso en realidad.

ABOGADO MARTÍNEZ RIDAO: Solo para precisar, y estas nuevas exigencias, en cuál, de los dos, porque dijo que esa era la única diferencia, ¿en cuál de los dos se incorporó?

TESTIGO: En el 2000..., lo empezamos a incorporar en el 2010 más o menos, 2011, empezó como todo el proceso. Por lo tanto, fue una exigencia en esta licitación del 2012.”⁹⁵

○ Por su parte, el costo del combustible subió considerablemente, tal como muestra el siguiente gráfico elaborado por la ENAP:



96

Todas estas circunstancias fueron **informadas por MR Chile a CELCO mediante comunicación de fecha 28 de agosto de 2012.**⁹⁷ Luego, con fecha 13 de septiembre de 2012, MR Chile envió una nueva oferta a CELCO⁹⁸, reduciendo sus precios y explicando acabadamente los gastos que implican el aumento de precios en relación con el contrato anterior.⁹⁹

⁹⁴ Testimonial de Angeline Castillo Orellana, agregada a fojas 1.254 y siguientes de autos, página 24. Énfasis agregado.

⁹⁵ Testimonial de Angeline Castillo Orellana, agregada a fojas 1.254 y siguientes de autos, página 38. Énfasis agregado.

⁹⁶ Documento acompañado por respuesta de oficio que rola a fojas 1.078 y siguiente y cuyo documento digital está incorporado en dispositivo electrónico a fojas 1074.

⁹⁷ Véase Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 5 del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE en la ruta "VPD - Archivos Digitales. MR Chile. DVD N°2\Tomo II\141. Respuesta MR a oficio 0597\1. Anexo_VP (nueva VPP 2)..pdf", p. 810.

⁹⁸ Véase Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 44 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "F:\Tomo I\56. CD respuesta Arauco a oficio 0078\3. Licitaciones\ACombate\3. Julio 2012\2. Ofertas Recibidas\2. MARTINEZ RIDAO\OFERTA FORESTAL CELCO 13-09-12.pdf".

⁹⁹ Ambas circunstancias explicadas en escrito de observaciones a la prueba de MR Chile, fojas 4.188 y siguientes.

Sin embargo, el H. Tribunal desatendió las razones expuestas por esta parte, y señaló: *“Que, en cuanto al argumento (ii) de MR, señalado en el considerando 237°, debe ser descartado por las mismas razones señaladas en el considerando 133°, referido al “episodio N° 2”. Más aun, el contrato de 25 de noviembre de 2010 (“Modificación Contrato Martinez Ridao 2010-2011 (sin firma).pdf”) establecía en su Anexo N°7 que “en el caso de modificación de precios del combustible” el precio base del contrato se reajustaría según el valor acumulado del IPC entre noviembre de un año y octubre del siguiente. Así, es posible establecer que el IPC correspondió a un 6,6% entre noviembre de 2010 y octubre de 2012 (información obtenida desde el Instituto Nacional de Estadística, <https://calculadoraipc.ine.cl/>. Última consulta 21 de enero de 2022) y que, sin embargo, el valor base del contrato aumento un 27% respecto de la temporada anterior, mientras que el precio por día extra casi se triplicó y el precio por hora extra también aumentó, como se muestra en el Cuadro N° 4. Lo anterior, sin perjuicio de que estos valores no pueden considerarse competitivos pues la contratación de Celco en 2010 también fue objeto de acuerdo entre las Requeridas (“episodio N° 2”). Con todo, el argumento (ii) esgrimido por MR Chile no logra desvirtuar que el alza del precio examinada surge directamente de la coordinación entre las Requeridas y Avialsa, según consta explícitamente en la prueba que se ponderó en las consideraciones precedentes;”¹⁰⁰*

En este razonamiento, **el H. Tribunal incurre en dos errores graves**, a saber:

- **En primer lugar**, considera que los ajustes de precio debían ser conforme al contrato que, a la fecha, mantenían CELCO con MR Chile. Sin embargo, **justamente dicho contrato perdía su vigencia y por ello se inició este nuevo proceso de contratación.**

Es decir, **las partes no se encontraban obligadas a respetar los métodos de reajuste que se habían estipulado en el anterior contrato, por tratarse de una nueva relación contractual que las ligaría a futuro.**

- **En segundo lugar**, y más importante, el H. Tribunal solamente considera como justificación en el alza de precios la variación del IPC, que en el período fue de un 6,6%. Sin embargo, **deja de lado los nuevos requerimientos operacionales de CELCO para este proceso de contratación, los que importaban una significativa inversión para MR Chile.**

Los precios ofertados al alza por MR Chile se debieron al alza en los precios de los combustibles, el ajuste del IPC y los nuevos requerimientos operacionales, reconocidos por los ejecutivos de CELCO al declarar en juicio, puesto que de lo contrario la operación no era viable.

Ello demuestra que cualquier alza de precios en ningún caso se debió a un acuerdo colusorio, como lo imputa la FNE en autos y lo sostiene el H. Tribunal en su Sentencia.

¹⁰⁰ Considerando ducentésimo trigésimo noveno de la Sentencia.

c. **MR Chile jamás solicitó a FAASA Chile que no participara en este proceso de licitación**

La propia evidencia que señala el Requerimiento demuestra que la decisión de FAASA Chile de no participar fue propia, y que nada tuvo que ver en ello nuestra representada. Es más, el propio correo electrónico enviado por el ejecutivo de dicha empresa indica “... ***nosotros no vamos a ofertar.***”¹⁰¹

Esta parte jamás supo las razones para que FAASA Chile tomase tal determinación. Sin embargo, posteriormente, en el período probatorio, tomamos conocimiento que tal decisión se debió a que FAASA Chile no contaba con los aviones necesarios para participar en este proceso de licitación.

Así lo comunicó en la carta enviada con fecha 17 de agosto de 2012 por don Ricardo Pacheco Campusano, representante de FAASA Chile en nuestro país, a doña Angeline Castillo Orellana, en la que señaló: “*Lamentablemente, nuestra capacidad excedente, medida esta en disponibilidad de aeronaves para poder llevar a cabo la temporada de extinción de incendios en Chile, ha llegado momentáneamente a un punto límite, en concreto, en las empresas operadoras de nuestro Grupo no tenemos aviones AT 802 disponibles, y cualquier incremento en este tipo de aeronaves en la operación de nuestro país, nos obliga a tener que comprar o alquilar aviones única y exclusivamente para la campaña chilena. Ello conllevaría el imputar a dicha operación todos y cada uno de los costos en los que se incurren, lo que no sería factible sin un importante y muy significativo incremento en los precios de venta.* En consecuencia, con lo anteriormente mencionado, ***nos resulta imposible ofertar***, en condiciones económicas competitivas, al proceso de licitación al que se nos invita.”¹⁰²

Conforme a lo expuesto, nuestra representada no intervino en la decisión de FAASA Chile de no ofertar en este proceso licitatorio, sino que tal determinación se debió a su falta de aeronaves para ello, tal como quedó demostrado con los correos electrónicos citados supra respecto al caso de CONAF en el año 2012.

Y, además, en cualquier caso, si FAASA Chile hubiese ofertado en este proceso de contratación, atendida su falta de aeronaves, habría tenido que hacerlo en condiciones comerciales que no resultaban competitivas, lo que hubiese determinado que de todas formas nuestra representada se adjudicase los servicios en este proceso de licitación.

¹⁰¹ Correo incluido en página 11 de Requerimiento. Énfasis agregado

¹⁰² Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 3131 de autos, en la ruta "F:\Documentos 358\Documentos públicos exhibidos por FAASA en audiencia (dispositivo a fs. 3131) (acompañadas a fs. 3132)\2.4\Respuesta Licitacion Faasa.pdf". Énfasis agregado.

- d. **En cuanto al caso de Avialsa: Se trata de una empresa española que no tenía interés en operar en Chile, sino que solo buscaba fidelizar a sus propios clientes MR Chile y FAASA Chile y ofertar formalmente a CELCO en condiciones de mercado**

Como explicamos en nuestra contestación¹⁰³ y en nuestras observaciones a la prueba¹⁰⁴, la principal actividad de Avialsa se vincula con la venta de aviones y repuestos (entre ellos los modelo AT-802), siendo el único proveedor de nuestra representada.

Tal es así, que a partir del año 1996 Avialsa, a través de su filial Air Tractor Europe S.L., se convierte en el **proveedor exclusivo de Air Tractor Inc. para el suministro de aviones cisterna Air-Tractor 802 en Europa, norte de África Medio Oriente**, por lo que MR España solamente podía comprar aviones a esta Compañía.

Por ello es que MR Chile ha mantenido una **permanente relación comercial con Avialsa, empresa a la que ha comprado un número significativo de aviones y repuestos necesarios para su giro comercial.**

Por lo mismo, y no siendo su actividad comercial principal, Avialsa no contaba con la infraestructura para prestar servicios en el combate aéreo de incendios forestales, menos en un país alejado como Chile, ya que recordemos que para prestar estos servicios no solo basta tener aviones, sino que es necesario estar constituido como empresa chilena y tener la dotación correspondiente, tanto en cuanto a pilotos y mecánicos, como en lo que dice relación con la infraestructura material, bases, camiones de combustible, etc.

Por lo pronto, podrá apreciarse que **Avialsa, ni antes ni después de esta licitación, salvo un período muy corto de tiempo, ha prestado estos servicios en nuestro país, sin que en ello tenga injerencia MR Chile.**

Avialsa tan sólo operó en Chile entre 1996 y 1998, año en que decidió dejar el mercado nacional porque, al parecer, consideraba que los precios que pagaban las empresas forestales eran más bajos que aquellos que ellos cobraban en España, y especialmente, porque, como mencionamos, prefirieron volcarse a su giro primordial, transformándose en proveedores exclusivos de la empresa Air Tractor Inc. para Europa África y Medio Oriente.

Por estas razones Avialsa no tenía un interés real de venir a participar en este proceso de licitación de CELCO. El propio correo electrónico enviado por don Vicente Huerta a Francisco Alandí es claro en tal sentido, al señalar que es interesante la invitación recibida por CELCO, pero **“no para ir”** sino para que **“vean [MR Chile y FAASA Chile] (sobre todo**

¹⁰³ Escrito de contestación de MR Chile, fojas 409 y siguientes.

¹⁰⁴ Escrito de observaciones a la prueba de MR Chile, fojas 4.173 y siguientes.

de faasa) que **tienen que portarse bien con nuestros territorios y comprarnos los aviones a nosotros.**"¹⁰⁵

El correo electrónico en cuestión es el siguiente:

De: Vicente Huerta <v.huerta@avialsa.com>
Fecha: 7 de agosto de 2012 10:39:20 GMT+02:00
Para: Francisco Alandí Escrig <p.alandi@avialsa.com>
Asunto: Re: RV: Invitación Licitación Privada

Interesante, no para ir sino para que vean (sobre todo faasa) que tienen que portarse bien con nuestros territorios y comprarnos los aviones a nosotros. Hazles llegar la inviacion.

El 07/08/2012, a las 09:02, Francisco Alandí Escrig <p.alandi@avialsa.com> escribió:

Nos han llamado en dos ocasiones la empresa que contrata los aviones de Ridado y de FAASA en el período de Noviembre a Abril en extinción.

A ellos también les han hecho llegar la petición de ofertas pero están muy insistentes en que nosotros también les hagamos una propuesta.

Me preguntaron en número de aviones que tenemos, es lo único que les dije, ningún otro.

Contratarían hasta 3 aviones dependiendo del precio.

No dan mucho más detalle en el pliego, además de pistas, calendario y características técnicas.

Supongo que querrás compartir la información con Faasa y Ridado. Yo les pregunté abiertamente si les pidieron ofertas a ellos y me comentaron que sí, que a ellos y hasta un total de 5 empresas.

Comenté que el departamento comercial estaban con una visita internacional y que hasta final de semana no podríamos contestarles nada. Incluso me dijeron que si había que cambiar algún plazo de presentación del concurso se lo dijésemos.

106

Es decir, sin que hubiese injerencia de MR Chile en dicha decisión, **Avialsa tomó una decisión comercial de informar a MR y a FAASA de que había sido invitados a participar del proceso de contratación de CELCO e intentó sacar el máximo provecho a ello.**

A partir de ello, y considerando que Avialsa no tenía claridad acerca de lo que implicaba el desarrollo de una operación como la que estaba siendo objeto de la licitación, se comunicó con el representante de MR Chile y le solicitó que le informara los precios del mercado, para realizar una oferta que se ajustara a esto.

¹⁰⁵ Correo electrónico citado en página 11 de Requerimiento. Énfasis agregado

¹⁰⁶ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 1 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE, en la ruta "Documentos Físicos Públicos\Tomo I48. Acta declaración F. Alandí (Chile) 09.03.2017 (con correos).pdf", p. 14. Énfasis agregado.

Avialsa le solicitó esta información a don Miguel Angel Martínez porque MR Chile mantenía en aquel entonces un contrato vigente con CELCO para la prestación de estos servicios entre las temporadas 2010-2011 y 2011-2012.

Fue en dicho contexto, y en especial en razón de las buenas relaciones existentes entre nuestra representada y su proveedor que, de buena fe, y sin buscar un beneficio propio, MR Chile le indicó a dicha empresa los precios del mercado chileno para esta nueva licitación, **pero considerando que dicha empresa debía instalarse en nuestro país, partiendo de cero, y que la licitación exigía nuevas y mayores exigencias.**

Sobre este asunto se pronuncia el H. Tribunal, señalando *“Que, a su vez, respecto a la explicación alternativa del significado del anterior correo, en cuanto a que MR Chile estaría informando a Avialsa de “las condiciones y precios propios del mercado chileno para esta nueva licitación” (MR Chile, contestación, fojas 411), el intercambio de precios entre rivales constituye una conducta que desnaturaliza la competencia que debe existir en un proceso licitatorio que supone competencia ex ante. Más aun, los correos analizados dan cuenta de manera explícita y precisa de las instrucciones que impartió MR a Avialsa respecto de la oferta que esta última debía presentar en este proceso licitatorio. En cualquier caso, las condiciones ofrecidas por MR Chile a Celco en esta licitación fueron significativamente menores a aquellas ofrecidas por Avialsa (el precio base comparable de Avialsa era un 24% mayor que la oferta inicial de MR Chile y un 47% mayor que el valor base finalmente estipulado en el contrato con MR Chile), lo que finalmente facilitó que pudiera adjudicarse la presentación de servicios a Celco. Por último, en un correo entre Miguel Ángel Martínez Bonilla y Claudio Alcayaga (ejecutivo de MR), el 13 de agosto de 2012, en que evalúan la oferta a presentar a Celco, el primero reconoce que el valor base de US\$ 293.840 (menor que el que finalmente ofertó MR Chile) “es demasiado incremento” en comparación con el contrato que mantenía vigente a esa fecha (...), lo que demuestra que las cifras referenciales que según la requerida manejaban como “propias del mercado” se alejaban de los US\$ 345.000 que, en definitiva, ofrecieron a Avialsa;”¹⁰⁷*

En este Considerando **el H. Tribunal incurre en las siguientes faltas que determinan una errada calificación de este “episodio”:**

- **En primer lugar**, señala que *“el intercambio de precios entre rivales constituye una conducta que desnaturaliza la competencia que debe existir en un proceso licitatorio que supone competencia ex ante”*. Aquello en abstracto es cierto, pero en el caso concreto no lo es.

Ello por la sencilla razón que en este proceso licitatorio Avialsa no tenía ningún interés en participar. Es más, Avialsa no tenía interés de participar en el mercado chileno, que es aquel mercado relevante definido por el H. Tribunal en su Sentencia. Así, **MR Chile y**

¹⁰⁷ Considerando ducentésimo cuadragésimo primero de la Sentencia.

Avialsa no pueden considerarse rivales en este proceso en particular ni tampoco en la prestación de servicios de extinción de incendios en nuestro país y, por tanto, el intercambio de información a este respecto no desnaturaliza la competencia que debe existir en el proceso licitatorio.

- En segundo lugar, las cifras que MR Chile informó a Avialsa para que ésta presentase a CELCO sí responde a los precios propios del mercado nacional, pero de una empresa de condiciones diferentes a las de nuestra representada.

Como hemos señalado, **Avialsa es una empresa que no está constituida en nuestro país, que no cuenta con certificado de operador aéreo y que por tanto no está autorizada por la DGAC para operar en Chile, que no tiene centros de mantenimiento,** entre otros, todo lo cual conlleva una inversión inicial que encarece el valor de los servicios que podía ofrecer Avialsa en este proceso de licitación. Esta cuestión no fue considerada por el H. Tribunal en su Sentencia, lo que constituye un claro y evidente error.

Así, conforme a la prueba rendida, es imposible determinar que en este “episodio” existió el acuerdo que imputa la FNE en su Requerimiento y que establece el H. Tribunal en su Sentencia.

3.4.4.6. Sexto Episodio: MR Chile y FAASA Chile no se concertaron para la adjudicación del contrato con CONAF en 2015 ni compartieron sus ingresos – Solo existió entre nuestra representada y FAASA Chile un acuerdo lícito para el arriendo de una aeronave para contar con el número de aviones que requería CONAF

La FNE imputa que, en el marco de un proceso de contratación de emergencia convocado por CONAF en enero de 2015, las Requeridas habrían acordado que FAASA Chile se desistiera de su oferta presentada previamente a CONAF para favorecer la asignación de este contrato a MR Chile, lo que habría aumentado, al menos, el precio que pagó la Corporación por un avión.

Al respecto el H. Tribunal, en el considerando ducentésimo cuadragésimo sexto de la Sentencia, establece: *“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;”*

A continuación, veremos cómo **los hechos que tiene por acreditados el H. Tribunal respecto de este episodio no son efectivos:**

a. **El propio H. Tribunal no tiene claridad respecto de la fecha del supuesto acuerdo que tiene acreditado en este episodio**

Como cuestión preliminar, consideramos de la mayor gravedad que el H. Tribunal haya tenido por establecido este “episodio”, en circunstancias que él mismo indica: “*Ducentésimo septuagésimo segundo: Que, a este respecto, la prueba aportada con ocasión de este episodio también permite descartar directamente esta afirmación. Si bien los correos del 7 de abril de 2015 dan cuenta de un acuerdo entre las Requeridas en la licitación de Conaf, **éstos no permiten establecer la fecha específica en la que las Requeridas fraguaron dicho acuerdo.***”¹⁰⁸

Es decir, el H. Tribunal tiene por establecido el acuerdo colusorio, pero no le consta cuándo se habría -supuestamente- concretado. Esto, nuevamente, se debe a la apreciación “holística” de la prueba y a los resultados que derivan de ella, puesto que tal apreciación de la prueba se basa en una preconcepción de ella y, con ello, tener por acreditado aquello que el juzgador ya tenía predispuesto antes de hacer revisión de toda la prueba.

b. **CONAF había tenido una buena experiencia con el servicio que MR Chile le había prestado en temporadas anteriores. lo que determinó que fuese invitada a participar de este proceso de contratación de emergencia**

La suscripción del contrato en cuestión fue el **resultado del acuerdo alcanzado entre MR Chile y CONAF** sobre las condiciones comerciales y **fruto del buen servicio prestado por nuestra representada en temporadas anteriores.**

Lo anterior queda de manifiesto en el siguiente correo electrónico de fecha 26 de febrero de 2013, por medio del cual un funcionario de CMPC transmite las felicitaciones de CONAF a **MR Chile** (y otras empresas del mercado) **por la buena gestión realizada en la extinción de un incendio forestal en la región de la Araucanía:**

¹⁰⁸ Énfasis agregado.

De:	Ricardo Rivera Ibañez (Forestal LA) <Ricardo.Rivera@forestal.cmpc.cl>
Enviado el:	martes, 26 de febrero de 2013 10:12
Para:	Gerardo Cerda ; claudio alcayaga; calcayaga@martinezridaochile.cl; Carlos Barrie
CC:	Patricio Santibañez Carmona (Forestal LA); Raúl Serrano M. (Forestal LA); Osvaldo Vera Alarcon (Forestal LA); Cristián Rodríguez Velasco (Forestal LA); Alfredo Mascareno
Asunto:	Transmite agradecimientos por el apoyo buena gestión en incendio, FELICITACIONES.

Estimados Empresarios:

Transmito los agradecimientos del Jefe de Programa de de Control de incendios de CONAF Araucanía Sr. Alfredo Mascareño, por la buena gestión de sus recursos en el incendio de Los Sauces. En la operación hubo buena: coordinación, participación y oportunidad..

Felicitaciones para Uds. y para su personal.

Participaron en el combate de incendio:

De Forestal Cerda

Brigada 316 San Oscar y Skidder

De Martínez Ridao

El avión cisterna Zulu 3 de Angol

De Consorcio Patagonia del Pacifico

El UH-1H bombardero de Angol W-8

Saludos

Ricardo Rivera Ibañez

109

La satisfacción de CONAF por los servicios de MR Chile se evidencia cuando comprobamos que ha continuado invitando a MR Chile a participar de licitaciones de este tipo, incluso aquella del año 2018 se adjudicó un avión, contrato que se prorrogó para la temporada siguiente.

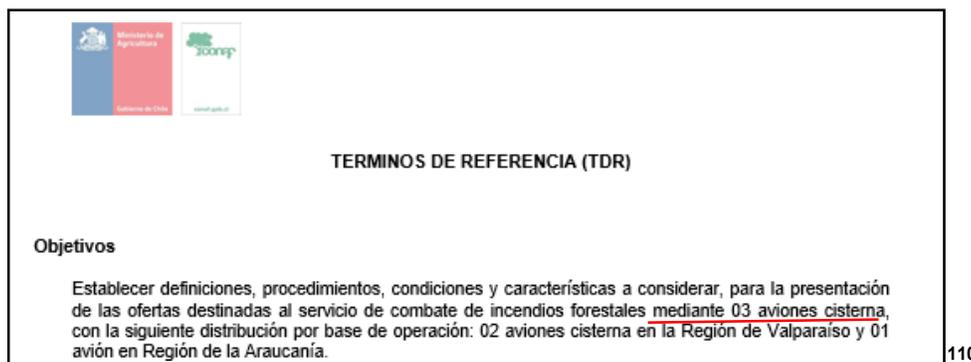
Pues bien, producto de dicho buen servicio, CONAF se contactó directamente con MR Chile y otros operadores –por tratarse de un proceso de contratación por vía de trato directo– requiriendo tres aviones para dos bases de la Corporación en Valparaíso y una en la región de La Araucanía. CONAF invitó a participar a este proceso de contratación a MR Chile, FAASA Chile, Alazán y a Aeroviña.

c. MR Chile no contaba con los 3 aviones necesarios para prestar servicios a CONAF en los términos requeridos por la corporación

Dado el buen servicio prestado por nuestra representada, en enero del año 2015 CONAF invitó nuevamente a MR Chile para que participara en un proceso de negociación privado para la contratación de los servicios en cuestión, esta vez mediante tres aviones cisterna durante 100 días *standby* y 100 horas de operación garantizada.

¹⁰⁹ Documento acompañado bajo el N° 29 de la presentación de fojas 3.419. Énfasis agregado.

- Las bases comerciales este proceso de contratación (términos de referencia), que fueron enviadas el día 9 de enero de 2015 por correo electrónico, muestran que CONAF requería la operación de tres aviones.



- Esto fue a su vez ratificado por don Alfredo Mascareño, funcionario de CONAF que estuvo a cargo de esta contratación, quien declaró en el proceso lo siguiente:

“FNE: Perfecto. Y solo si lo conoce, en este proceso de licitación, ¿con cuántos aviones, se podía presentar oferta?

TESTIGO: Tres.

FNE: Tres, perfecto.

*TESTIGO: **Dos en viña, uno en Temuco.***

FNE: ¿se solicitaban?

TESTIGO: Sí.

FNE: Tres aviones.

TESTIGO: Dos en viña, uno en Temuco.”¹¹¹

Es más, el propio Sr. Mascareño, al declarar ante la FNE, señala que **MR Chile solamente pudo ofrecer dos aviones, porque eran las aeronaves con las que contaba en ese momento:**

“FNE: Ok, perfecto. Pero, ¿Martínez Ridaó sí le contestó que tenía...

Declarante: Sí.

FNE: ...disponibilidad inmediatamente?

*Declarante: Sí, el respondió inmediatamente que tenía, y de hecho lo acabo de leer digamos, **que tiene uno disponible y que podía llegar con otro.**”*

- Tal como señala el referido documento “Términos de referencia”, de estos tres aviones, **uno de ellos, el que se incorporaría a la base de operación de la Araucanía, debía ser con disponibilidad inmediata (15 de enero de 2015)**, mientras que los otros dos, que estarían en la Base de Valparaíso, debían estar disponibles el 31 de enero de 2015:

¹¹⁰ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 44 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE, en la ruta: “Tomó II\122. Pendrive Conaf en respuesta a oficio 0505\OC 633-105-SE15 TRATO DIRECTYO MARTINEZ RIDAO\Términos_de Referencia_9-01-2014_arriendo_de_aviones_Cisterna_pa.doc”. Énfasis agregado.

¹¹¹ Testimonial de Alfredo Mascareño Domke, agregada a fojas 1.137 y siguientes, página 70. Énfasis agregado.

Disponibilidad

34. Para los efectos de este trato directo, las aeronaves ofertadas deberán quedar en condiciones de prestar el servicio para CONAF bajo el siguiente programa:

Región de Valparaíso: 31 de enero de 2015

Región de la Araucanía: 15 de enero de 2015.

35. Las aeronaves deberán estar disponibles para volar en cualquier momento entre el CCCM y el FCCV. Asimismo, deberán tener una disponibilidad al inicio del periodo de operaciones equivalente al 90% de la inspección de 100 horas o anual.

112

El H. Tribunal, pasando por alto esta prueba, determina que en este proceso de contratación no era necesario que las empresas postulasen con tres aviones, señalando al efecto que **(i)** en el marco de la investigación la FNE preguntó a CONAF si era obligatorio postular con todos los aviones, a lo que la Corporación habría contestado negativamente; **(ii)** que varias empresas invitadas habrían formulado ofertas con menos de tres aeronaves; **(iii)** que el 6 de enero de 2015 MR Chile y CONAF sostuvieron conversaciones en las que esta última le consultó por la posibilidad de que ofertasen menos aviones y cómo se vería impactado el precio por ello; y **(iv)** los términos de referencia no habrían exigido una postulación con tres aviones.¹¹³

- En primer lugar, lo señalado por CONAF en la investigación seguida ante la FNE se estrella directamente con lo que señalaban los términos de referencia, puesto que en ellos se indicaba perentoriamente que sus objetivos eran “*Establecer definiciones, procedimientos, condiciones y características a considerar, para la presentación de las ofertas destinadas al servicio de combate de incendios forestales **mediante 03 aviones cisterna**, con la siguiente distribución por base de operación: 02 aviones cisterna en la Región de Valparaíso y 01 avión en Región de la Araucanía.*”

Consideramos que este documento es lo suficientemente claro como para dar por establecido que el requerimiento real de CONAF, o al menos el que comunicó a los operadores, fue la necesidad de 3 aviones cisterna.

- En segundo lugar, el que varias empresas invitadas a participar de este proceso hayan ofertado con una menor cantidad de aviones no descarta el hecho de que CONAF requería ofertas por 3 aviones. **Por algo fue MR Chile, la única en presentar la oferta completa, la que se adjudicó el servicio.**
- En tercer lugar, en cuanto a las conversaciones sostenidas entre MR Chile y CONAF con fecha 6 de enero de 2015, **éstas fueron previas a que la Corporación enviase los Términos de Referencia definitivos. Así, la posibilidad de ofertar con menos**

¹¹² Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 44 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "Tomo I\74. Pendrive respuesta Conaf a oficio 0117\2. TRATOS DIRECTOS 2012-2015\Trato Directo 2015\ID-633-105-SE15\6.Términos_de_Referencia_9-01-2014_arriendo_de_aviones_Cisterna_pa.doc", p. 5. Énfasis agregado.

¹¹³ Véanse considerandos ducentésimo quincuagésimo octavo, ducentésimo cuadragésimo noveno, ducentésimo sexagésimo y ducentésimo sexagésimo primero de la Sentencia.

aeronaves que las 3 señaladas en dichos Términos de Referencia quedó desestimada, atendido su claro tenor.

- En cuarto lugar, no vemos cómo los Términos de Referencia no habrían exigido la postulación con 3 aviones, siendo que así lo señalan expresamente, tal y como lo expusimos *supra*.

En adición, cabe señalar que este proceso de contratación tenía el carácter de **emergencia**, toda vez que se originó por los dos graves incendios ocurridos en nuestro país en la época, particularmente en las regiones de Valparaíso y La Araucanía.

MR Chile no contaba con los tres aviones que requería CONAF para operar, ya que le faltaba uno, **por lo que se contactó con la empresa FAASA Chile para arrendarle un avión**, y así, poder prestar los servicios de emergencia requeridos por CONAF.

A partir de dicha circunstancia, nuestra representada se comunica con FAASA Chile **para arrendar el avión AT-802 placa patente EC-JTF**. En ningún caso existió alguna comunicación para intentar que ésta no participara en este proceso de contratación como señala el Requerimiento. De hecho, no existe ninguna prueba documental en el proceso que acredite lo expuesto y, por cierto, ningún testigo declaró en tal sentido.

- d. **Imposibilidad de utilizar el avión de FAASA Chile en los contratos celebrados con CONAF – Ello determinó que nuestra representada tuviese que sustituir un avión en MININCO con un avión de FAASA Chile para que operase en CONAF**

Como señalamos, MR Chile arrendó el avión cisterna a FAASA Chile placa patente EC-JTF para completar la aeronave faltante para prestar servicios a CONAF.

Sin embargo, **no era posible utilizar este avión arrendado en el contrato de CONAF, por las siguientes dos razones:**

- En primer lugar, porque **CONAF no permitía operar su contrato con aviones arrendados**.
- Los ya mencionados “Términos de referencia” exigían que la empresa que ofertare fuere propietaria de los aviones que incorporaría a la Operación:

- En lo que respecta al contrato correspondiente al avión que operaría en la primera base de Valparaíso, se acordó:

DÉCIMO: PROHIBICIÓN DE CESIÓN DEL CONTRATO Y DE SUBCONTRATACIÓN.
 La empresa no podrá en ningún caso, ceder o traspasar la realización parcial o total de los servicios contratados. Los derechos y obligaciones que nacen del contrato serán intransferibles. Sin perjuicio de ello, los documentos significativos de los créditos que de él emanen serán transferibles de acuerdo con las reglas del derecho común.

116

- Finalmente, para la segunda base de Valparaíso, el contrato disponía lo siguiente:

DÉCIMO: PROHIBICIÓN DE CESIÓN DEL CONTRATO Y DE SUBCONTRATACIÓN.
 La empresa no podrá en ningún caso, ceder o traspasar la realización parcial o total de los servicios contratados. Los derechos y obligaciones que nacen del contrato serán intransferibles. Sin perjuicio de ello, los documentos significativos de los créditos que de él emanen serán transferibles de acuerdo con las reglas del derecho común.

117

- Esto fue señalado también por don Claudio Alcayaga al momento de declarar ante la FNE:

“... en CONAF no puedes sub arrendar aeronaves entonces yo no puedo meter un avión de un tercero a operar ese contrato, pero sí lo puedo hacer en Mininco, entonces, saco, lo que te explicaba antes, saco un avión de aquí y lo opero en el otro lado.”

- Incluso más, el propio correo electrónico incorporado en el Requerimiento y que la FNE cita para intentar fundar su acusación, confirma lo aquí señalado. Particularmente, en el quinto párrafo del mismo (que no fue citado por la FNE en su Requerimiento) Miguel Ángel Martínez indica a Ricardo Pacheco, ejecutivo de FAASA Chile, lo siguiente:

“La situación actual es tal como que nosotros no tenemos ningún avión con Mininco trabajando, en unos días Celco nos parara también los aviones y en Conaf no lo podemos meter nuestro avión por el razonamiento del primer párrafo y no me permite subcontratar según contrato Adicionalmente dudo que Conaf cumpla con los días

¹¹⁶ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 44 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE, en la ruta: "Tomo II\122. Pendrive Conaf en respuesta a oficio 0505\OC 633-105-SE15 TRATO DIRECTYO MARTINEZ RIDAO\Contrato_Valparaíso_A.pdf". Énfasis agregado.

¹¹⁷ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 44 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE, en la ruta: "Tomo II\122. Pendrive Conaf en respuesta a oficio 0505\OC 633-105-SE15 TRATO DIRECTYO MARTINEZ RIDAO\Contrato_Valparaíso_B.pdf". Énfasis agregado.

consecutivos. Dejar los días restantes para el año siguiente no tiene sentido ya que desgraciadamente el contrato de Conaf es solo y únicamente para un año.”¹¹⁸

- ✓ En segundo lugar, porque FAASA Chile tenía algún tipo de inconvenientes previos con CONAF. Lo expuesto fue reconocido por la propia FAASA Chile en su escrito de Contestación¹¹⁹

Sin embargo, ninguna de estas consideraciones fue entendida por el H. Tribunal quien señaló que, a su parecer, en este proceso sí se podía operar con aeronaves arrendadas, señalando al efecto que “la cláusula 127 del TDR – Conaf 2015 confirma las conclusiones antes expuestas: “Montos y duración del contrato: (...) Prohibición de subcontratación: No.”¹²⁰

Más allá de lo que hayan señalado los términos de referencia, **es clara la prohibición de subcontratación en los contratos celebrados entre MR Chile y CONAF**, tal como se expuso supra, por lo que era imposible operar con aeronaves arrendadas a FAASA Chile en este contrato.

- ✓ En tercer lugar, toda esta operación fue perfectamente conocida y autorizada por MININCO, y permitida en las propias bases de licitación, a saber:

Sólo como referencia, y para evitar atrasos en la obtención de las autorizaciones respectivas, se indica la documentación que será exigida a las empresas aéreas por la DGAC y que debe ser presentada con la anticipación suficiente:

- a) El título con el que operarán las aeronaves (propietarios, contratos de arrendamiento, subarrendamiento, COMODATO, FLETAMENTO, etc.)
- b) Contratos en originales o copias autorizadas, no en copia simple.
- c) Acreditación de las facultades para firma, de los representantes que aparecen firmando los contratos, (vigencia de los poderes no debe ser superior a 30 días).
- d) En caso de documentos firmados por, en el extranjero, éstos deben dar fe de su autenticidad, ya sea por medio de la apostilla en caso de países que hayan suscrito el Convenio de La Haya de 1961 sobre la materia, o bien cumpliendo con las formalidades del Art. 345 del Código de Procedimiento Civil.
- e) En caso de contratos de subarrendamientos, se debe acreditar que las empresas propietarias son consientes en el subarrendamiento, lo que puede estar indicado en forma expresa en el contrato de arrendamiento principal, o bien una autorización en un documento aparte.
- f) Los plazos de los contratos (fechas de inicio y término) indicados expresamente.
- g) En caso de arrendamientos, cumplir con todas las formalidades señaladas en los artículos 101 y siguientes del Código Aeronáutico.
- h) En los casos de dry lease y wet lease, al DGAC revisará caso a caso su contenido y determinará si se ajustan o no al ordenamiento jurídico vigente.

En efecto, este cambio de avión fue un hecho transparente, ya que los documentos de cada aeronave indican a su propietario y deben ser entregados a la empresa forestal y, tanto el avión como el piloto cuentan con los logos de la correspondiente operadora.

¹¹⁸ Documento incorporado en el dispositivo agregado a fojas 24 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE bajo el nombre “25. Re_ Finalización aviones Mininco. Finalización avión EC-JTF[495272]”. Énfasis agregado.

¹¹⁹ Contestación de FAASA Chile rola a fojas 98 y siguientes, página 56. Énfasis agregado

¹²⁰ Considerando Ducentésimo sexagésimo cuarto de la Sentencia.

Es más, ya hemos referido como en otros casos MININCO ha permitido a operadores aéreos, incluidos MR Chile, operar con aeronaves arrendadas a terceras personas.

- e. **El desistimiento de FAASA Chile en este proceso de contratación se debió a las nuevas exigencias por parte de CONAF y a no contar con los recursos necesarios para la operación**

En ningún caso FAASA Chile se retiró de este proceso de contratación por algún supuesto acuerdo con nuestra representada, sino que, conforme a la prueba rendida en autos, se debió a que **no contaba con la cantidad de tres aviones requeridos por CONAF.**

En primer lugar, debemos señalar que previo a la interposición del Requerimiento e incluso hasta antes de finalizarse el término probatorio, esta parte no tenía información acerca de si FAASA había presentado oferta en este proceso de contratación.

Sin embargo, al analizar la prueba aportada en autos, esta parte comprobó que FAASA Chile **sí había presentado una oferta, la cual fue posteriormente retirada.**

Esto se debió a que en un principio FAASA Chile no estaba enterada de que el requerimiento de CONAF era de tres aeronaves, por lo que respondió a esta solicitud por medio de carta de 9 de enero de 2015, **poniendo a disposición de esta Corporación solamente dos aeronaves.**¹²¹

Esta carta constituyó la formalización de una oferta ya enviada previamente por correo electrónico de fecha 6 de enero del mismo año, el cual respondía a un **requerimiento hecho el día anterior por vía telefónica por funcionarios de CONAF, en el cual en ese momento solo se solicitaban dos aviones cisterna.**

Sin embargo, **una vez que FAASA Chile tomó conocimiento de que el requerimiento de CONAF era de tres aeronaves y de disponibilidad muy próxima, decidió desistirse de la oferta presentada, toda vez que no contaba con dicha cantidad de aeronaves.** Esto se materializó por medio de la siguiente carta de fecha 12 de enero de 2015.

Sobre este particular es muy relevante lo declarado por el testigo don Alfredo Mascareño, quien estaba a cargo de este proceso de contratación y mantenía las relaciones con las empresas operadoras ofertantes, ya que reconoció que los ya mencionados **“Términos de Referencia” correspondientes a este proceso de contratación fueron elaborados y entregados con posterioridad a que FAASA enviase su primera oferta:**

¹²¹ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 3131 de autos en la ruta "F3.4\ v. Carta de fecha 09

de enero de 2015.pdf".

“ABOGADO FAASA: Una pregunta nada más, a partir de lo que se ha señalado ahora, a mí me gustaría preguntarle a don Alfredo, si es que este correo y el anterior que se le exhibió, si quieren se lo pueden volver a exhibir, el que esta transcrito en la contestación.

MINISTRA: O sea a fojas 152, señor abogado.

ABOGADO FAASA: A fojas 152, ¿fueron enviados antes o después, que estaban elaborados los términos de referencia de ese proceso de contratación?

TESTIGO: Antes.”¹²²

Por tanto, la decisión de FAASA de desistirse del proceso de contratación de CONAF para esta **temporada no fue motivada por acuerdo alguno con nuestra representada, sino que respondió a que dicha requerida no contaba con los recursos suficientes para dar respuesta a los requerimientos de la Corporación.**

Y la circunstancia que hubiere ofertado previamente en nada varía lo expuesto, ya que, como se acreditó en el proceso, FAASA Chile realizó su oferta en forma previa a que CONAF enviara las bases de su proceso de contratación (Términos de referencia) por las que no solo requería tres aviones, sino que además, uno para el día 15 de enero de 2015, lo que no podía realizar dicha requerida.

Previo al envío por parte de CONAF de los Términos de Referencia, nuestra representada jamás tomó contacto con FAASA Chile. Fue solamente después de ello que las partes tuvieron comunicaciones para (i) que MR Chile contara con un avión más para poder formular la oferta; y (ii) que el avión sobrante de FAASA Chile no quedase ocioso. Nada más que eso.

f. Los correos que acompaña la FNE y que cita el H. Tribunal no dan cuenta del acuerdo que se imputa en autos

Para intentar acreditar este hecho, la FNE cita en la página 13 de su Requerimiento el siguiente correo electrónico, el que posteriormente es utilizado por el H. Tribunal para fundar su decisión:

¹²² Testimonial de Alfredo Mascareño Domke, agregada a fojas 1.137 y siguientes de autos, página 71. Énfasis agregado.

De: Angel Martinez <mamartinez@martinezridao.com>
 Fecha: martes, 7 de abril de 2015 18:03
 Para: Ricardo Pacheco <rpacheco@faasachile.cl>
 CC: Lopez Jaime <jlopez@faasachile.cl>, Claudio Alcayaga <alcayagaclaudio@gmail.com>
 Manuel Gonzalez Gabaldon <mgonzalez@faasa.com>, "ANGEL. Martinez MOV"
 <amartinez@martinezridao.com>
 Asunto: Re: Finalización aviones Mininco . Finalización avion EC-JTF

Buenas tardes Ricardo ,

Salgo de un bello país pero voy a otro igual e incluso en algunos aspectos mejor

Con respecto al indicado efectivamente tenemos un acuerdo con Manolo por el cual vuestro avión estaría hasta [el 10 de mayo](#) Recordar que inicialmente estaba previsto que vuestro avión fuese al concurso de ConAf con base Viña pero por vuestros problemas con ellos preferías que fuéramos nosotros con los tres aviones Consecuentemente se quedo que vuestro avión iría a nuestro contrato de Mininco en vez de Conaf y nosotros sacábamos un avión de Mininco para Conaf Para nosotros hubiese sido mejor la primera opción para evitar problemas pero como jugamos en el mismo equipo lo hicimos de esa forma

123

Luego, por presentación de fojas 599, la FNE acompañó una cadena de correos electrónicos en la cual se incorpora el siguiente, que también daría cuenta –en su concepto– de esta imputación:

El 07-04-2015, a las 17:28, Ricardo Pacheco <rpacheco@faasachile.cl> escribió:

Estimado Miguel Angel;

Mis disculpas pero no comparto tu punto de vista, ya que la idea inicial propuesta por FACH, fue potenciar tu postulación y posterior adjudicación de vuestra empresa en CONAF para 100 días con 100 horas, "Garantizadas" mas lo extra que esto implicará. Con ello nosotros evitar traer dos aviones, que los teníamos, dejando uno de ellos en España.

Como lo indicas haz realizado un acuerdo con Don Manuel, pues creo pertinente que con él deberás buscar el mejor acuerdo para ambas partes, ya que ustedes conocerán el detalle de lo conversado en su momento.

Por el momento dime que deseas realizar con el avión, ya que bajo mi punto de vista dispones de él hasta el día 10 de Mayo. Quedo a la espera de tu resolución.

Nos hablamos cuando estés en Chile, si así lo deseas, encantado de saludarte.

Atentamente, te saluda

 Ricardo Tomás Pacheco Campusano
 Gerente General
 Faasa Chile. Grupo Faasa

124

Sin embargo, la FNE solamente hace eco de frases sacadas de contexto pero que nada tienen que ver con alguna colusión, sino que se relacionan solamente con un **lícito contrato de arrendamiento de una aeronave entre las Requeridas**, tal como ya se ha señalado.

¹²³ Documento acompañado bajo el N° 25 de la presentación de fojas 599 de la FNE.

¹²⁴ Documento incorporado en el dispositivo agregado a fojas 24 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE bajo el nombre "25. Re_ Finalización aviones Mininco . Finalización avion EC-JTF[495272]". Énfasis agregado.

Dicho contrato de arrendamiento se volvió necesario, toda vez que, como ya hemos dicho, **MR Chile no contaba con las tres aeronaves requeridas perentoriamente por CONAF.**

Además, la aeronave arrendada a FAASA Chile **no podía operar bajo el contrato con CONAF**, toda vez que (i) dicha Corporación estableció expresamente en los contratos celebrados la prohibición de subarrendar los servicios; y (ii) por conflictos existentes entre FAASA Chile y CONAF por un proceso de contratación anterior. **Esta es la única razón por la cual la nave arrendada a FAASA Chile tuvo que operar en MININCO, tal como ya lo hemos señalado.**

Todo lo anterior se encuentra confirmado por abundante prueba que obra en el proceso:

- Al declarar ante la FNE, don Miguel Ángel Martínez se refirió a los correos arriba citados, señalando respecto de la expresión “*potenciar tu postulación*” que la misma **solamente hace referencia a que este contrato de arriendo permitió a MR Chile participar del proceso de contratación de CONAF:**

“FNE: Ya y por último en relación a esta cadena de correos electrónicos queremos fijar su atención en la respuesta del señor Ricardo Pacheco del 7 de abril de 2015 a las 17:28 hrs. Que le señala: “mis disculpas, pero no comparto tu punto de vista, ya que la idea inicial propuesta por FACH fue potenciar tu postulación y posterior adjudicación de vuestra empresa en CONAF para 100 días con 100 horas garantizadas más lo extra que esto implicará” la pregunta es don Miguel ¿de qué forma FAASA potenciaría la propuesta de Martínez Ridao?

*Declarante: **La potencialización de esa propuesta nuestra era de que si nosotros no le arrendábamos esa aeronave a FAASA o al grupo FAASA era imposible que nosotros pudiéramos atender a la licitación de la CONAF porque por mucho que nosotros quisiéramos las base pedían tres y indudablemente necesitaba tener esa aeronave. Sin esa aeronave no podía postular, no podía postular a la contratación de CONAF.***¹²⁵

- Lo anterior es confirmado por el Sr. Claudio Alcayaga, quien señaló que **la forma en que FAASA Chile potenció la postulación de MR Chile fue por medio del arriendo de esta aeronave, para cumplir con los requerimientos de CONAF:**

“FNE: En otro correo de la cadena eh...estamos hablando del primero, o sea el último en realidad de página 1, 7 de abril de 2015 a las 17:28 horas, eh... don Ricardo Pacheco señala que “la idea inicial propuesta por Fach” entendemos que se refiere a FAASA Chile “fue potenciar tu postulación y posterior adjudicación de vuestra empresa en CONAF”. Eh... si lo quiere se lo puedo, lo puede ver de nuevo, pero dice esto el correo, entonces la pregunta es ¿en qué se traduce que FAASA potenciara la adjudicación de, de Martínez Ridao en CONAF?

Declarante: Eh... vuelvo a la misma explicación de antes; si FAASA me renta una aeronave ¿ya? Yo puedo tomar la otra aeronave y completo las 3 para poder presentarme, por lo tanto, me está potenciando ¿no cierto? para poder presentarme que fue lo que... en el fondo lo que se hizo, se sacó un avión de un lado se colocó en el otro, de esa manera me potencia para yo poder presentarme con los 3 aviones a... los tres aviones requeridos por CONAF.

¹²⁵ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 1 del Cuaderno de Versiones Públicas de la FNE en la ruta "F:\Documentos 358\Cuaderno de Versiones Públicas FNE (fs. 735) [Completo]\VP 1 C 358-18 (fs.1)\Tomo III\36. Transcripción Declaración Miguel Ángel Martínez Bonilla (17-10-2017)_VP.pdf", página 62. Énfasis agregado.

FNE: Y dado que la idea inicial propuesta era potenciar su postulación y posterior adjudicación, entonces... le pregunto, esto indi... implica que si la idea fue potenciar su postulación ¿significa que estas comunicaciones se llevaron a cabo antes de la postulación de Martínez Rídao en CONAF?

Declarante: **Tiene que, claro, del minuto que a mí me pidieron aviones yo pido a España los 3 aviones, no hay 3 aviones pa poder presentarse, ¿de dónde saco el otro avión? ¿Quién lo tiene? ¿lo tiene FAASA? Para salir de inmediato, ok.**¹²⁶

Por tanto, más allá de las expresiones desafortunadas, las mismas **en ningún caso se refieren a algún ilícito y menos a la colusión que plantea la FNE, sino que solamente a este lícito contrato de arrendamiento.**

Por otra parte, entendemos que la FNE pretendió en su oportunidad hacer eco de la expresión “jugamos en el mismo equipo” contenida en el primer correo electrónico, Sin embargo, debemos ser enfáticos en señalar que **dicha expresión, por inapropiada que parezca, en nada se relaciona con el inexistente cartel denunciado.**

- Así lo explicó don Claudio Alcayaga ante la FNE:

“FNE: Mjum. Después, siguiendo con la comunicación, el señor Martínez le dice “para nosotros hubiese sido mejor la primera opción para evitar problemas, pero como jugamos en el mismo equipo lo hicimos de esa forma”. Nos llama la atención esa esa expresión ¿en qué se manifiesta esto que señala el señor Martínez de que “como jugamos en el mismo equipo lo hicimos de esta forma.”

Declarante: Claro, lo entiendo yo de de... de esta manera, **“jugar en el mismo equipo” que estamos eh... trabajando con el mismo eh... con el mismo cliente llamémoslo así. O sea, nuestros aviones en es... su avión en este caso estaba puesto en... en nuestro contrato por lo tanto operativamente es un solo equipo, o sea, de hecho, el piloto tiene que basarse también bajo nuestras normas, bajo nuestros requerimientos.**

FNE: Ya, pero esto, esto que jugamos en el mismo equipo...

Declarante: Por eso, pa’ eso...

FNE: Por eso se decidió que el avión entrara a trabajar en Mininco en vez de que fueran a CONAF.

Declarante: Claro, operativamente claro, operativamente si pu’. Operativamente no, no, no, nos convenía mucho más que ese avión volara en... en Mininco y no en CONAF porque insisto, **en CONAF no puedes sub arrendar aeronaves entonces yo no puedo meter un avión de un tercero a operar ese contrato, pero sí lo puedo hacer en Mininco, entonces, saco, lo que te explicaba antes, saco un avión de aquí y lo opero en el otro lado.**¹²⁷

En todo caso, **se trata solamente de una expresión de uso común en el medio, referido a la situación en que dos o más empresas proveen servicios de combate de incendios a un mismo cliente, ya sea por la figura del subarriendo –como en este caso– o bien cuando el cliente contrata de forma simultánea a dos o más empresas.**

¹²⁶ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 2 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "Tomo III\ 31. 32. Transcripción Declaración Claudio Alcayaga (28-09-2017).pdf", p.34-35. Énfasis agregado.

¹²⁷ Documento incorporado en el dispositivo agregado a fojas 2 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "C 358-18\Documentos Físicos Públicos\Tomo III\32. Transcripción Declaración Claudio Alcayaga (28-09-2017).pdf", páginas 33-34. Énfasis agregado.

- Esta realidad se refleja en el correo electrónico de fecha 3 de marzo de 2011, emanado de Forestal MININCO y dirigido a personeros de MR Chile, FAASA Chile y otras empresas del rubro, en el que señala que al operar de forma conjunta **existe un solo equipo combatiendo el fuego:**

From: Ricardo Rivera Ibañez (Forestal LA) [mailto:Ricardo.Rivera@forestal.cmpc.cl]
Sent: Thursday, March 03, 2011 6:54 PM
To: Carlos Barrie; Ricardo Pacheco; Lizasoain, Rodrigo (INAER CHILE); T.A.Martinez Ridao
Cc: Claudio Mora; Claudio Araya; Jaime Lopez B; CHRISTIAN DÄHLING VOLKE; Claudio Alcayaga ; Osvaldo Vera Alarcon (Forestal LA); Arturo Ahumada Hernandez (Forestal TA); Marco Muñoz Quezada (Forestal LA); Raul Serrano (INMEDIAT)
Subject: Solicita que exista máxima fluidez, entre empresas aéreas, en el apoyo con combustible durante las emergencias.

Estimados:

El lunes 28 de febrero recién pasado, tuvimos el KAMOV de la empresa Inaer, por cerca de 1 hora sin poder operar, por falta de combustible y en espera de su móvil de carguío, en un incendio complejo ocurrido al oeste de Galvarino.

Lo lamentable del caso, es que, en el lugar, había un móvil de carguío de otra empresa aérea. La cuestión es que, por alguna razón que desconozco, pasaron 60 minutos sin poder hacer combustible, hasta que llegó el móvil de carguío del Kamov y éste pudo autoabastecerse.

1

Otra situación similar (aeronave sin combustible, no pudo cargar en el móvil de combustible de otra empresa aérea) le ocurrió a un helicóptero de la empresa Helicópteros del Pacífico, el domingo 13 de febrero, en el sector de Mingre en la región del Maule.

Comprendo las razones, dadas en cada caso, para explicar las descoordinaciones, pero quiero pedirles un especial esfuerzo y máxima voluntad, para evitar que esto se repita, ya que habla mal de nuestra (la de todos) capacidad de gestión.

Y la verdad, no tiene presentación, que una aeronave, cualquiera que sea, no pueda operar por falta de combustible habiendo móviles de carguío cercanos INDEPENDIENTE que estos móviles sean de propiedad de otra empresa aérea. **Finalmente, frente a un incendio, este es un solo equipo combatiendo el fuego.**

Mucho les agradeceré instruir a su personal (pilotos, choferes, otros) sobre el COMO y a QUIÉN se debe pedir el combustible de cada empresa aérea, para que en las emergencias esta operación fluya sin contratiempos.

Les ofrezco, si lo desean, utilizar a la CEMCO (Central de Mando y Control) para canalizar las solicitudes de combustibles durante la emergencia, cuando tengan la necesidad y por alguna razón, no logren contacto directo con quienes autorizan el uso de combustible en cada una de las empresas aéreas.

Saludos cordiales,

Ricardo Rivera Ibañez

Subgerente Protección Forestal
 Forestal Mininco
 @ : ricardo.rivera@forestal.cmpc.cl

☎ Celular : +56-8-139-7593
 ☎ Oficina : +56-43-636-475

128

- Además, Patricio Santibáñez, ex trabajador de MININCO, señaló que **en ocasiones se contrató de forma simultánea a MR Chile y FAASA, debiendo hacerse un trabajo**

¹²⁸ Documento acompañado bajo el N° 28 de la presentación de fojas 3.419. Énfasis agregado.

conjunto y colaborativo, en el cual ambas empresas pasaban a formar “un gran equipo”:

“Tomás Pérez (Abogado Faasa): Y ¿en el período en el que usted, en el periodo puntual 2009 a 2015, ocurrió que Faasa y Martínez Ridaó prestaran servicios simultáneamente a Mininco?

Patricio Santibáñez: **Sí, sí, todas las, todas las prestadoras que le mencioné operaban simultáneamente.**¹²⁹

“Rubén Urrutia (Abogado MR Chile): Perfecto. **No sé si entendí bien. Es decir, es como, es como que fuera un gran equipo, todo.**

Patricio Santibáñez: **Absolutamente, absolutamente.**¹³⁰

Lamentamos que la FNE, con el propósito de dar fundamento a su Requerimiento, descontextualice por completo estos correos electrónicos, los cuales únicamente dan cuenta de la existencia del lícito contrato de arrendamiento al cual ya hemos hecho referencia, y que el H. Tribunal haga eco de ellos para tener por acreditados acuerdos que jamás han existido.

3.4.4.7. No es efectivo que entre MR Chile y FAASA Chile hubieren acordado no competir respecto de la contratación recíproca de personal para sus empresas

Pese a que se trata de un hecho que queda fuera del requerimiento, el H. Tribunal señala que se trataría de “*un indicio grave y preciso acerca de la intensidad de la coordinación de ellas en Chile, durante el período imputado.*”¹³¹

Debemos dejar en claro que no es efectivo que se hubiere acordado no competir respecto de la contratación recíproca de personal para sus empresas.

La única prueba aportada por la FNE al efecto es una cadena de correos electrónicos, que inicia con el siguiente correo enviado por don Miguel Ángel Martínez Bonilla:

¹²⁹ Testimonial de Patricio Santibáñez, agregada a fojas 2.493 y siguientes de autos. Énfasis agregado.

¹³⁰ Testimonial de Patricio Santibáñez, agregada a fojas 2.493 y siguientes de autos, página 31. Énfasis agregado.

¹³¹ Considerando septuagésimo octavo de la Sentencia.

El 03-01-2011, a las 14:22, "T.A.Martinez Ridao"
 <mamartinez@martinezridao.com> escribió:

Buenos días a todos ;

En primer lugar quisiera aprovechar esta ocasión para mandaros un cordial saludo y deseáros un feliz año 2011.

Ricardo , según me han llegado rumores ,uno de nuestros mecánicos se va a citar contigo o con alguno de tus responsables de mantenimiento para intentar trabajar con Faasa Chile . Esta persona esta actualmente trabajando con nosotros en una de nuestras bases de Mininco.

Al igual que nosotros este año hemos negado los servicios de varios trabajadores vuestros tanto pilotos como mecánicos; y manteniendonos en la postura que acordamos el pasado año en el Hotel Los Lebreros , nos gustaría que vuestra respuesta fuese la misma , no contratarlo en vuestra organización .

132

Sin embargo, **esta cadena de correos electrónicos no responde a un supuesto acuerdo entre las Requeridas para no contratar personal de su competidora.**

Como podrá apreciar el H. Tribunal, este correo electrónico fue enviado el día 3 de enero de 2011, es decir, en plena campaña de incendios forestales, por lo que el “levantamiento” de un trabajador de una operadora aérea en dicho momento puede resultar altamente perjudicial, **imposibilitándole prestar los servicios que sus clientes han contratado.**

De hecho, Miguel Ángel Martínez señala expresamente en su correo que el mecánico en cuestión **“está actualmente trabajando con nosotros en una de nuestras bases de Mininco.”**

Tanto así, que incluso esta conducta podría llegar a constituir un acto de competencia desleal.

Sin embargo, fuera de temporada de incendios forestales, la contratación de trabajadores que otrora fueren de compañías competidoras es sumamente habitual, y por cierto se ha dado entre MR Chile y FAASA Chile. Tal es el caso de:

¹³² Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 24 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE bajo el nombre “109. Re_ Fwd_ Campaña chilena 2010-2011[136446]”. Énfasis agregado.

- ✓ **René Antonio Contreras González**, mecánico chileno que previo a ser contratado por MR Chile trabajó para FAASA Chile y posteriormente, en octubre de 2018, dejó la empresa para trabajar en la empresa de don Raúl Ramírez
- ✓ **Boris Ángel Aliaga Veas**, mecánico chileno que antes de ser contratado por MR Chile trabajó en FAASA Chile.
- ✓ **Jorge Marcel Navarrete Mena**, mecánico chileno que comenzó trabajando para MR Chile, posteriormente trabajó para FAASA Chile y actualmente volvió a desempeñar funciones para nuestra representada.
- ✓ **Carlos Segundo Agüero Figueroa**, mecánico chileno que actualmente trabaja en FAASA Chile y que previo a ello trabajó en MR Chile hasta el año 2017 aproximadamente
- ✓ **Andrés Mármol Criado**, mecánico español que se formó y trabajó con FAASA y luego se incorporó a MR hace 3 años
- ✓ **Carlos Guijardo González**, mecánico español que se formó y trabajó en FAASA y que actualmente se encuentra contratado por MR.
- ✓ **Rodrigo López Bubert**, piloto chileno que trabajo con FAASA Chile hasta el año 2017 y luego se incorpora a MR Chile en octubre de 2017. Actualmente tiene su propia empresa de aviación operando aviones AT-802.
- ✓ **Pedro Montañés**, piloto español formado en MR que posteriormente fue contratado por FAASA hasta el día de hoy.
- ✓ **León Caballero González**, piloto español formado en MR que posteriormente trabajó para FAASA.
- ✓ **Onofre Rodríguez Fernández**, piloto de MR Chile que posteriormente fue contratado por FAASA Chile.
- ✓ **Jaime Rodríguez**, piloto de MR Chile que posteriormente fue contratado por FAASA Chile hasta el día de hoy.

Como podrá ver el H. Tribunal, **hay nueve trabajadores, entre mecánicos y pilotos, que han trabajado tanto para FAASA como para MR**, por lo cual el acuerdo señalado por la FNE a este respecto carece de todo fundamento y no da pie para un indicio grave de la coordinación entre las Requeridas, como lo señala la Sentencia.

Conforme a lo expuesto, los hechos que relata el Requerimiento son insuficientes para dar cuenta de la existencia del cartel denunciado, por lo que es un error que el H. Tribunal los haya tenido por establecidos. Además, los mismos **son totalmente refutados por la abundante prueba que ha sido rendida en estos autos.**

Estos hechos son el resultado de un análisis parcial del asunto, sin considerar las innumerables circunstancias y antecedentes que se relacionan con cada uno de los eventos planteados por la FNE, los que demuestran:

- **La existencia de las hipótesis alternativas** planteadas por esta parte al supuesto acuerdo colusorio;
- **MR Chile operó en todo momento conforme a la legislación nacional;**
- Nuestra representada actuó **sin voluntad anticompetitiva.**

3.4.5. El inexistente acuerdo no ha otorgado poder de mercado a MR Chile y por tanto tampoco tuvo la aptitud objetiva para afectar la competencia en el mercado relevante – La propia Sentencia reconoce que no existe evidencia para determinar los efectos anticompetitivos del acuerdo

La Sentencia establece en el Considerando Ducentésimo Octogésimo Noveno que: *“Que, en consecuencia, Faasa y MR Chile tenían una altísima participación en el mercado de prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales mediante aviones cisterna en el territorio nacional, entre las temporadas 2009-2010 y 2015-2016, sin enfrentar competencia de otros incumbentes ni ver amenazado su posición en el mercado por la entrada de nuevos competidores. Así, el acuerdo único y continuo adoptado entre estas empresas tuvo la aptitud objetiva de afectar la competencia en dicho mercado, al conferir a las Requeridas poder de mercado en todos los procesos de contratación planificada que enfrentaron en el período estudiado, como se explica a continuación;”*

Y luego agrega en el Considerando Ducentésimo Nonagésimo: *“Que, en particular, la actuación conjunta entre Faasa y MR Chile eliminó por completo la competencia en los procesos de contratación indicados en el Requerimiento (...)”*

Revisemos a continuación los diferentes argumentos que determinan que no es efectivo aquello señalado por el TDLC.

3.4.5.1. Cuestión previa: La propia Sentencia reconoce que no existe evidencia para determinar los efectos anticompetitivos del acuerdo

Lo primero que debemos destacar es que en el Considerando Ducentésimo Octogésimo la Sentencia reconoce expresamente que *“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;”*

Este reconocimiento es relevante e impide establecer con prueba clara y concluyente que el -supuesto- acuerdo hubiere conferido poder de mercado a MR Chile y que por tanto hubiere tenido la aptitud objetiva para afectar la competencia en el mercado relevante.

3.4.5.2. El inexistente acuerdo no ha otorgado poder de mercado a MR Chile

a. No es efectivo que el supuesto acuerdo denunciado habría permitido concentrar todas las ventas de estos servicios en el mercado relevante

El propio Gráfico N°1 que la Sentencia incorpora en su Considerando Ducentésimo Octogésimo Tercero muestra que **en el período previo a la colusión, uno de los integrantes del supuesto cartel ya concentraba el 100% de las ventas de estos servicios.**

Incluso más, nuestra representada ni siquiera había ingresado al mercado en aquel entonces, con un 0% de participación de mercado. De hecho, y por lo mismo, MR Chile desarrolló su actividad comercial por medio de estrategias comerciales que no se condicen con la conducta que se denuncia, obteniendo un importante crecimiento en desmedro de sus competidores, y muy especialmente en desmedro de la otra requerida.

Confirma aún más lo improcedente de lo planteado en el Requerimiento, el que conforme al mismo gráfico, en el período concernido incluso ingresó un nuevo competidor, **Alazán Ltda., que alcanzó cerca de un 15% de participación en el nicho de la prestación de servicios aéreos de extinción de incendios forestales mediante aviones cisterna.**

Alazán dejó de participar en el mercado por los constantes incumplimientos contractuales de CONAF, particularmente en lo que dice relación con el pago de los servicios prestados, según se desprende de la declaración testimonial de su representante legal Ricardo Rivera.¹³³

Es decir, este supuesto cartel no solo no impidió que ingresaran actores al mercado relevante, sino que tampoco excluyó del mismo a los competidores que ya participaban en éste.

Es más, la propia Sentencia reconoce en su Considerando Ducentésimo Nonagésimo que, tratándose del episodio de CONAF 2015, *“En este último episodio participaron otros oferentes, empero sus propuestas fueron descartadas por Conaf en favor de MR Chile ya sea porque resultaban menos atractivas económicamente o, en el caso de Servicios Aéreos Viña S.A., porque uno de sus aviones “presenta una compuerta del tipo manual, que no permite parcializar el lanzamiento del agua, por lo que no se tiene control sobre la descarga” y porque “no aparece en*

¹³³ Testimonial de Ricardo Rivera, agregada a fojas 2.811 y siguientes, páginas 10-11. Énfasis agregado.

listado de las empresas de trabajos aéreos de extinción de incendios forestales en la página de la DGAC” (Documento “Análisis Económico Técnico de Conaf 2015”, página 3, referido en el considerando 245° supra);”¹³⁴

O bien, y tal como ya revisamos previamente, en el Episodio N°5 de CELCO 2012, la propia Sentencia reconoce en el Considerando Ducentésimo Décimo que dicha forestal convocó a todas las empresas que prestaban servicios aéreos, tanto en Chile como en el extranjero, pero tal como declaró doña Angeline Castillo sólo ofertaron MR Chile y Avialsa.

Es decir, no es efectivo que este acuerdo hubiere impedido que otras empresas ingresaran al mercado o que pudieran participar en los cuestionados procesos de contratación. Otra cosa distinta es que no pudieran adjudicárselos por sus falencias técnicas o porque sus propuestas económicas eran muy elevadas.

b. Tampoco es cierto que el supuesto acuerdo denunciado hubiere suprimido la competencia entre MR Chile y FAASA Chile

Sin ánimo de reiterar lo ya dicho especialmente al revisar cada uno de los episodios cuestionados, recalamos que la prueba más clara y concluyente de que las requeridas compitieron férreamente es el propio Gráfico N°1 que incorpora la Sentencia, el que demuestra que en el período en que supuestamente existió un cartel, MR Chile partió con una participación del 0% y llegó incluso a un 60%, en desmedro de FAASA Chile, la que inició este período con un 100% de participación de mercado, bajando incluso hasta un 26%.

Claramente no puede hablarse de ausencia de competencia o de un acuerdo que hubiere buscado mantener participaciones de mercado estables como pretende el fallo recurrido.

3.4.5.3. Tampoco es efectivo que este inexistente acuerdo hubiere conferido a MR Chile y FAASA Chile poder de mercado que le habría permitido afectar las variables competitivas denunciadas – Existencia de un oligopsonio con poder de contrapeso e inexistencia de barreras a la entrada

Por otra parte, tampoco es cierto que este supuesto cartel habría permitido a las requeridas afectar precios, condiciones de comercialización y determinar la participación de oferentes en procesos de contratación públicos y privados para asignarse contratos en el mercado relevante.

En cuanto al poder de mercado, este H. Tribunal estableció recientemente en la Sentencia 174/2020: “(...) El primer elemento es la **posición de dominio**. Esta posición supone que el

¹³⁴ Énfasis agregado.

*comportamiento debe ser desplegado por un agente económico que tiene un **poder de mercado sustantivo y que puede actuar con independencia de otros competidores, clientes y proveedores, porque no existe una presión competitiva eficaz que pueda ser ejercida contra él – esto es, un poder disciplinador por parte de los competidores actuales o potenciales o bien, de un eventual poder de contrapeso-, de modo que está en posición de fijar condiciones que no habrían podido ser obtenidas de no mediar la existencia de ese alto poder de mercado** (v.gr. J. Faull y A. Nikpay, *The EU Law of Competition, 3ed, Oxford University Press, 2014, p. 358 y 359*).¹³⁵*

En este mercado, **existió y existe un oligopsonio conformado por CELCO, MININCO y CONAF con poder disciplinador que impedía a MR Chile fijar condiciones contractuales antimonopólicas.**

Si bien este asunto ya fue tratado previamente, tanto al referirnos las características del mercado relevante no consideradas por la Sentencia como al tratar cada episodio sancionado, a continuación nos referiremos únicamente a aquello que se relaciona directamente con este asunto, y que en definitiva demuestra que los – inexistentes – acuerdos no detentan la aptitud objetiva para afectar la libre competencia en el mercado relevante.

Lo anterior, principalmente por las siguientes razones:

✓ En primer lugar, porque la demanda de estos servicios se concentra principalmente en tres actores CONAF, MININCO y CELCO, **quienes cuentan con importante poder de compra y que los demandantes de estos servicios cuentan con los medios para integrarse verticalmente.**

✓ En segundo lugar, porque las forestales privadas y CONAF determinan las condiciones comerciales en forma previa a solicitar ofertas a MR Chile y demás oferentes. **Entre estas, encontramos:**

- Si la contratación de estos servicios se realiza mediante licitaciones públicas, licitaciones privadas o negociaciones directas;
- La cantidad de aeronaves que contratarán en la temporada;
- El tipo de aeronaves a contratar;
- Las zonas en que las mismas serán apostadas;
- La cantidad de días y horas a contratar;
- La cantidad de temporadas en las que se prestará el servicio;
- Los recursos adicionales con los que deberán contar las empresas a contratar (camiones de combustible, entre otros); y

¹³⁵ Considerando 88°. Énfasis agregado.

- La tecnología con la que deben contar las aeronaves.

De esta forma, tratándose del proceso de contratación de MININCO del año 2009, mal podría haber acordado FAASA Chile y MR Chile **fijar de forma conjunta las condiciones comerciales** de sus respectivos contratos como dispuso la Sentencia. O al menos, un acuerdo de esta índole jamás habrá aptitud para afectar nocivamente dicha contratación de servicios.

✓ En tercer lugar, **porque al definir el Programa de protección contra incendios forestales, CONAF y Forestales Privadas determinan el presupuesto que destinarán para la contratación de los recursos, y entre ellos de las aeronaves, para combatir los incendios forestales.**

Pues bien, en gran medida CONAF y las Forestales Privadas tienen la capacidad de fijar dicho presupuesto porque tienen pleno conocimiento del valor de estos servicios y de los costos que involucran los mismos, toda vez que (i) CONAF y las Forestales Privadas se intercambiaban los precios y condiciones comerciales contratadas; y (ii) CONAF conoce los costos de esta operación porque a su vez es operadora aérea, contando con aviones propios.

Conforme a lo expuesto, los supuestos acuerdos de MR Chile y FAASA Chile de subir los precios de sus servicios en los procesos de contratación de CELCO correspondientes a los años 2010 y 2012, carecen de aptitud objetiva par afectar los mismos.

✓ En cuarto lugar, e íntimamente vinculado con lo indicado en el punto anterior, porque como acreditamos **CONAF y las Forestales Privadas se intercambiaban los precios y condiciones comerciales contratadas con el objeto de no pagar demás por la contratación de estos servicios.**

Sobre este asunto, nos remitimos a lo ya señalado previamente en este recurso, recordando que el Sr. Ricardo Rivera, en el seno de las reuniones sostenidas entre las empresas forestales, señaló que se avanzó mucho en “transparentar” los precios ofertados por nuestra representada y las otras empresas del rubro.

✓ En quinto lugar, porque **son los demandantes de estos servicios quienes definen a qué operadoras invitan a participar, para luego, enviarles la respectiva invitación que se materializa en una licitación pública o privada o una solicitud privada de servicios.**

De esta forma, aquellos acuerdos sancionados en virtud de los cuales supuestamente MR Chile y FAASA Chile habrían determinado quienes participan en los procesos de contratación de CONAF, CELCO y MININCO para los años 2012 no tendría la aptitud real

para afectar los mismos, ya que no es una circunstancia que determine ni nuestra representada ni FAASA Chile.

✓ En sexto lugar, y vinculado con lo anterior, porque **CONAF y las Forestales Privadas** evaluaban al momento de invitar a participar, y especialmente al contratar los servicios a un determinado oferente, el desempeño previo de la operadora, su infraestructura y recursos y su experiencia en el rubro.

En base a estas circunstancias, resulta evidente que los supuestos e inexistentes acuerdos entre las requeridas de autos **carecen de la aptitud objetiva de lesionar la libre competencia que se exige para sancionar un ilícito anticompetitivo.**

En este caso en particular, (i) no podrían afectar los precios de los contratos (ii) no podrían definir las condiciones de comercialización; (iii) no podrían determinar la participación de oferentes en procesos de contratación públicos o privados; y (iv) no podrían asignarse contratos en el mercado relevante.

Porque, como revisamos, **constituyen materias determinadas exclusivamente y ex ante por las forestales privadas y CONAF**, las que incluso detentan un enorme poder de compra y que poseen medios propios por lo que disciplinan a MR Chile y demás oferentes bajo el riesgo de integrarse verticalmente, como lo reconoció la propia FNE.

3.4.5.4 No existen significativas barreras a la entrada que pudieren fortalecer un eventual poder de mercado – La Sentencia contraría lo señalado previamente por el TDLC y sucintamente pretende establecer unas inexistentes barreras

Tal como definió la Excma. Corte Suprema en Sentencia del año 2018, una barrera de entrada puede definirse como *“el costo en que debe incurrir una empresa que busca ingresar a un mercado pero que no es soportado por las empresas que ya están en dicho mercado y que implica en una distorsión en la asignación de recursos.”*¹³⁶

En lo que respecta a una eventual posición de dominio, el H. Tribunal señaló en la ya referida Sentencia 174/2020 que *“Que, como señala la literatura, es improbable que una firma con una alta participación de mercado pueda comportarse de manera independiente de sus competidores y consumidores en un mercado donde las barreras a la entrada o a la expansión son bajas; en contraste, cuando las barreras son significativas, es más fácil que la firma dominante pueda abusar de su posición (O’Donogue y Padilla, op. cit, p. 151);”*¹³⁷

¹³⁶ Sentencia de fecha 25 de junio de 2018, en los autos Rol Excma. Corte N°73923-2016. Considerando 13° citando a Germán Coloma, “Defensa de la Libre Competencia”, pág. 53.

¹³⁷ Considerando 127°. Énfasis agregado

Es decir, en un mercado en que las barreras a la entrada no son significativas, mal podría entenderse que un agente alcanzó o detenta poder de mercado, aun presentando una importante participación en el mismo.

Tal ya había señalado anteriormente el H. Tribunal y acreditamos en el proceso, en el mercado de combate de incendios forestales por medios aéreos no existen significativas barreras a la entrada, sin que nuestra representada hubiere podido comportarse de manera independiente de sus competidores y consumidores durante el período concernido.

En cambio, la Sentencia recurrida plantea que existirían barreras a la entrada en el mercado relevante, disponiendo en el Considerando Ducentésimo Octogésimo Octavo: *“Que, por su parte, según consta en el proceso, el mercado relevante de autos presentaba condiciones que dificultaron, y en la práctica impidieron, la entrada de nuevas empresas al mercado en el período en que Faasa y MR Chile acordaron asignarse contratos en el período referido (...). En específico, de acuerdo con dicha evidencia, para operar en este mercado se debe (i) cumplir con la normativa establecida por la DGAC; (ii) contar con aviones y otros activos que permitan su operación en el territorio nacional, y requiere de una alta inversión inicial lo que genera una estructura de costos con altos costos fijos; y (iii) tener disponibilidad de pilotos habilitados para el combate aéreo de incendios, lo que ha generado problemas de escasez en la industria, por cuanto requiere de formación específica y experiencia acreditada por la autoridad aeronáutica, además de otros cambios ocurridos en industrias relacionadas que han disminuido aún más la disponibilidad de pilotos para la prestación de los servicios objeto del Requerimiento (Declaración de Manuel González ante la FNE, página 10). Asimismo, para competir eficazmente en el mercado se requiere contar con contratos “espejo” en ambos hemisferios, de manera de rentabilizar la elevada inversión realizada en un “activo tan específico y de limitado uso alternativo, como es el caso de un AT-802” (FNE, observaciones a la prueba, fojas 4477);”¹³⁸*

Tal decisión vulnera lo que ha señalado este Tribunal, la FNE y la prueba de autos. A saber:

- a. **Lo previamente establecido por el H. Tribunal** al conocer de la industria del combate de incendios forestales por medios aéreos, ya que en ya referido proceso seguido en esta sede, estableció en el Considerando Trigésimo Séptimo: *“Que entonces, y a modo de conclusión sobre la existencia o no de barreras significativas a la entrada para competir en el mercado relevante, este Tribunal estima que, si bien la participación de CONAF como oferente directo en este mercado tiene el efecto de reducir la demanda nacional disponible para el resto de empresas privadas oferentes, no se han aportado en estos autos antecedentes suficientes que permitan a este Tribunal dar por acreditada la existencia de barreras de entrada aptas para entorpecer la libre competencia”*

¹³⁸ Énfasis agregado.

en el segmento de mercado de contratos por temporada;¹³⁹

b. Lo indicado anteriormente por la propia FNE cuando informó en dicho proceso, ya que señaló *“El mercado relevante estudiado [combate y extinción de incendios forestales por vía aérea] no presenta barreras legales significativas o costos hundidos.”*¹⁴⁰

c. La prueba rendida en el proceso que determinó que no existen barreras significativas a la entrada, existiendo en nuestro país *“una política de cielos abiertos”*. Revisemos:

✓ Primero, los Sres. Carlos Rojas Ormazabal y Juan Henríquez Lambert, ambos altos funcionarios de la DGAC, se refirieron en extenso a los requisitos necesarios para desarrollar operaciones aéreas en nuestro país cuando declararon ante la FNE y que éstos pueden obtener en un período de 4 a 6 meses, lo que calza perfectamente con el período en que los servicios prestados por las Requeridas no son demandados.:

Declarante 1: Las aeronaves que se registran pueden ser chilenas, de matrícula chilena, o de matrícula extranjera. Y a esas aeronaves se le pide algunos requisitos fundamentales, tener un certificado de matrícula, un certificado de aeronavegabilidad y una serie de aspectos técnicos que validan esos certificados.

Declarante 2: La parte certificación la veo yo, y en general puede variar entre cuatro y seis meses. Porque, lo que dice Carlos de este reloj, lo que pasa es que yo tengo 90 días para yo trabajar en el tema, pero cuando yo le digo al usuario: mire, necesito este documento. Ahí mi reloj se detiene. Entonces está en función del otro que está trabajando en el documento para satisfacer mi requisito, ese juega a favor del usuario y no es tiempo mío. Pero más o menos lo general son cuatro a seis meses. Ahora la...¹⁴¹

✓ Segundo, contar con aviones y pilotos tampoco se constituye como una barrera a la entrada. Tal es así que el propio Requerimiento ni siquiera las menciona.

También acreditamos en el proceso que empresas chilenas operaron en nuestro país sin contar con aviones ni pilotos propios, como fue el caso de Inversiones y Asesorías Alazán Limitada, la que llegó a alcanzar cerca de un 15% de participación de mercado en el año 2014.

Particularmente, en el mes de septiembre de 2014 celebró un contrato de joint venture con las empresas Hispánica de Aviación S.A. y Trabajos Aéreos Aeropacífico Limitada, lo que les permitió finalmente adjudicarse servicios en CONAF.¹⁴²

¹³⁹ Sentencia definitiva de fecha 17 de junio de 2008. Énfasis agregado.

¹⁴⁰ Informe FNE de fecha 26 de diciembre de 2007 presentado en proceso Rol CN° 124-2007. Énfasis agregado

¹⁴¹ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 2 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "Tomo III\ 33. Transcripción Declaración Carlos Rojas Ormazabal y Juan Henríquez Lambert (03-08-2017).pdf", p. 9. Énfasis agregado.

¹⁴² Documento incorporado en el Cuaderno de Documentos de Inversiones y Asesorías Alazán Limitada a fojas 103.

Incluso, **propios episodios sancionados N°1 y N°6 demuestran que primero FAASA Chile y luego MR Chile pudieron ofertar y adjudicarse contratos con MININCO y CONAF respectivamente, mediante el arriendo de aeronaves y pilotos a la otra requerida cuando carecían de suficiente disponibilidad.**

✓ Tercero, la existencia de “**contratos espejo**” en otras partes del mundo no constituye una ventaja significativa, ni su ausencia una barrera de entrada.

La Sentencia también dispone que el hecho de no contar con “contratos espejo” en el hemisferio norte en períodos en que las aeronaves no operan en nuestro país, dificultaría el ingreso de una firma que no cuente con los mismos a la hora de ofertar precios competitivos.

Entendemos que esta circunstancia no se vincula con una barrera de entrada al mercado relevante nacional, sino que, más bien, a la distribución de costos que pudiere hacer una respectiva empresa que opere en ambas latitudes.

Por lo demás, la contratación de contratos espejo en el hemisferio norte no ha sido impedimento para que ingresen a la industria nacional de combate aéreo de incendios forestales empresas que, según entendemos, no los detentan, como es el caso, entre otros, de (i) Servicios Aéreos, Asesorías e Inversiones Helifire Ltda.; (ii) Helicópteros del Pacífico Ltda.; (iii) Inversiones y Asesorías Alazán Ltda.; y (iv) Raúl Tomás Ramírez Prado Trabajos Aéreos EIRL.

Es más, la posibilidad de celebrar contratos espejos en el verano del hemisferio norte permite a las entrantes que les sea más atractivo participar en este mercado, e incluso, disminuye su costo de salida que pudiera disuadir a potenciales competidores.

d. Tan cierto es que no existen significativas barreras a la entrada, **que muchas empresas extranjeras decidieron no venir a competir a nuestro país, porque no les resultaba rentable de acuerdo a los precios que pagaban las empresas forestales.**

En efecto, consta en autos que, por ejemplo, empresas canadienses se abstuvieron de venir a operar a Chile, prefiriendo incluso mantener sus aeronaves inactivas durante 5 o 6 meses, toda vez que ello les saldría menos costoso que venir a nuestro país para operar en su contratemporada.

A esta circunstancia se refirió el Sr. Daniel Arispe, propietario de la empresa Heliworks, al declarar ante la FNE: *“Declarante: Pero cuál es la diferencia, que en Canadá ellos no van a aceptar decir “ok, vamos a Chile por poca plata pa generar el saldo acá”. Yo cuando traje a los Queen Bee con los Air Tractor me dijo “compadre, por esa plata yo prefiero parar los aviones esos 4 o 5 meses,*

los paro, les haqo mantenimiento, los guardo, los pilotos se van, no cierto, a hacer lo que quieran hacer, bajo mi operación, suspendo el seguro, pongo seguro en tierra y listo; pero yo no voy a venir a volar, no cierto, por una hora de vuelo a 500 dólares como la están vendiendo, no cierto, los B212, no voy a volar por eso.”¹⁴³

3.4.6. MR Chile no actuó con voluntad ni decisión de llevar a cabo el acuerdo colusorio establecido por la Sentencia

Otra circunstancia que determinaba el rechazo del requerimiento es que MR Chile no actuó con voluntad ni decisión anticompetitiva.

Para constituir una infracción a la libre competencia, las conductas cuestionadas se deben haber desarrollado por el sujeto ejecutor con la intención y propósito de restringir o entorpecer la libre competencia. Es decir, debe haber un **dolo específico tendiente** a la comisión del ilícito.

Respecto de la voluntad anticompetitiva, la Excma. Corte Suprema nos señala que dentro de los elementos esenciales del ilícito de colusión se encuentra “(...) **iv) la voluntad y decisión conjunta de llevar a cabo el acuerdo.**”¹⁴⁴

Sin perjuicio que esta materia la desarrollamos largamente al refutar la configuración de cada uno de los seis episodios sancionados, solo reiteraremos que la actuación de nuestra representada carece de toda intencionalidad anticompetitiva y en ningún caso se ha pretendido alterar el mercado relevante, si no es para incrementar aquella participación que tenía, en desmedro claro de sus competidores. De hecho, **cuesta comprender un supuesto acuerdo colusorio cuando uno de los actores (MR Chile) evidenció de manera palmaria su intención de competir e incrementar su propia participación, lo que afectaba directamente a su competencia.**

Tanto es así que si nuevamente consideramos el Gráfico N°1 que la Sentencia incorpora en su Considerando Ducentésimo Octogésimo Tercero, podemos observar que en un período en que supuestamente existió un cartel, MR Chile partió con una participación del 0% y llegó incluso a un 60%, en desmedro de FAASA Chile, la que inició este período con un 100% de participación de mercado, bajando incluso hasta un 26%.

Por lo mismo, resulta forzado argumentar que nuestra representada tuvo la intención de vulnerar la libre competencia en colaboración con FAASA Chile, cuando esta empresa vio disminuir su participación de mercado como consecuencia del crecimiento de nuestra representada.

¹⁴³ Documento incorporado en el dispositivo electrónico agregado a fojas 2 del Cuaderno de Documentos Públicos de la FNE en la ruta "Tomo III\ 38. Transcripción Declaración Daniel Arispe (06-09-2017).pdf", pp. 14-17. Énfasis agregado.

¹⁴⁴ Sentencia de fecha 6 de enero de 2020, dictada en el denominado caso de "Colusión del papel tissue". Énfasis agregado

Por otra parte, también ya nos hemos referido al conocimiento que cada competidor tiene acerca de los medios e infraestructura de sus rivales, lo cual se acrecienta cuando verificamos que en España hay una directa colaboración lícita en las denominadas UTES, figura que ya tiene un equivalente en nuestro país.

Es decir, hay un vínculo legítimo a partir del cual se accede a información de los competidores.

De la misma forma, estamos ante una industria en que los propios clientes requieren del trabajo colaborativo de los competidores para satisfacer el interés de los primeros.

Ninguna de estas circunstancias se puede confundir con un afán anticompetitivo y, por otra parte, genera en los actores del mercado la convicción de estar obrando conforme a derecho.

3.5. En subsidio, la resolución también verra al rechazar la excepción de prescripción opuesta – El TDLC realiza un análisis erróneo y superficial

3.5.1. Análisis básico de la Sentencia sobre la materia

La Sentencia rechaza la excepción de prescripción opuesta por MR Chile, atendiendo fundamentalmente a que entiende en el Considerando Tricentésimo Tercero que la conducta sancionada *“el acuerdo único alcanzado entre Faasa Chile y MR Chile generó sus efectos al menos hasta el término de vigencia del último contrato suscrito con ocasión del llamado convocado por Conaf en diciembre de 2014, esto es, hasta el 9 de mayo de 2015.”*

Luego, señala en el Considerando Tricentésimo cuarto que el plazo de prescripción comenzó a correr el 10 de mayo de 2015 y se encontraría pendiente hasta el 10 de mayo de 2020, en circunstancias que el requerimiento fue notificado a MR Chile el 9 de octubre de 2018.

Por último, señala que el plazo de prescripción de 5 años no se habría cumplido.

3.5.2. La Sentencia simplifica erróneamente el caso para llevarlo a un acuerdo único.

No es efectiva aquella clara unidad o patrón único -inexistente por lo demás- a que se refiere la Sentencia.

Incluso, y como revisamos previamente, la propia Sentencia reconoce que estos supuestos acuerdos habrían afectado a distintas variables competitivas (ejemplo: fijación de precios,

participación de oferentes, etc).¹⁴⁵

Lo anterior tiene una incidencia clara en cuanto a la prescripción, ya que para el caso que se entendiese que hay conductas que pudiesen determinar dicho ilícito, las supuestas acciones constituyeron conductas separadas, divisibles, que no constituyen una sola conducta de carácter permanente.

Lo anterior, desde que los hechos denunciados en ningún caso constituirían una sucesión de actos en el tiempo ni infracciones permanentes, sino que, muy por el contrario, la propia evidencia acompañada por la FNE muestra que dichas conductas, las que por ningún motivo revisten el carácter de acuerdos colusorios, constituyen hechos aislados.

De esta forma, y tal como revisamos, **no estamos ante actuaciones respecto de las cuales exista una única finalidad u objetivo común para entender que nos encontramos frente a un plan común que interconectara las mismas.**

Lo expuesto tiene una consecuencia importante, toda vez que están prescritas las acciones que persiguen todos los hechos, actos o acuerdos que ocurrieron o cuyos efectos en el mercado finalizaron con anterioridad al día 9 de octubre de 2013, y por tanto 5 de los 6 casos denunciados y sancionados.

revisaremos por separado cada uno de los hechos cuyas acciones para perseguir su responsabilidad se encuentran prescritas:

- a. Los efectos del contrato celebrado con Forestal MININCO de fecha 7 de octubre de 2009, cesaron el día 30 de abril de 2012 que finalizó dicho contrato, tal como establecía su Cláusula Décimo Quinta del mismo, por lo que está prescrita la acción que persigue la responsabilidad por los hechos.
- b. Los efectos de la modificación de contrato celebrado con Forestal CELCO de fecha 25 de noviembre de 2010, cesaron el día 30 de abril de 2012 que finalizó este contrato, tal como establecía la Cláusula Tercera de su modificación, por lo que está prescrita la acción que persigue la responsabilidad por los hechos.
- c. Los efectos del contrato celebrado con CONAF de fecha 17 de enero de 2012, cesaron el día 17 de abril de 2012 que finalizó el contrato, tal como da cuenta su Cláusula Tercera, por lo que está prescrita la acción que persigue la responsabilidad por los hechos.
- d. La supuesta coordinación para la contratación con Forestal MININCO no produjo

¹⁴⁵ Considerando Vigésimo Tercero del fallo recurrido.

efecto alguno, y considerando que las comunicaciones que invoca la Sentencia son de julio de 2012, el cómputo de la prescripción debe iniciarse en el mes de agosto de dicho año, estando también prescrita la acción que persigue la responsabilidad por estos hechos.

- e. **La supuesta coordinación para la contratación con Forestal CELCO tampoco produjo efecto alguno, y considerando que las comunicaciones que invoca la Sentencia son de agosto de 2012, el cómputo de la prescripción debe iniciarse en el mes de septiembre de dicho año, estando también prescrita la acción que persigue la responsabilidad por estos hechos.**

Conforme a lo expuesto y de conformidad a lo establecido en el artículo 20 del DL 211, para el improbable caso que se estimare que los hechos denunciados por el Requerimiento son constitutivos del ilícito de colusión, se encuentran prescritas las acciones deducidas por la FNE respecto de cinco de los seis episodios que lo configurarían.

Lamentamos que la Sentencia haya simplemente soslayado la realidad que emana de autos para los efectos de aplicar una sanción injusta.

3.6. En subsidio de lo expresado, para el caso que se sancione a MR Chile, la multa ha de rebajarse sustancialmente.

En el caso que la E. Corte decida sancionar a nuestra representada, solicitamos que se reduzca sustancialmente la multa por las siguientes razones y circunstancias, tanto de forma como de fondo.

3.6.1. La multa impuesta a MR Chile debe reducirse, ya que excede lo pedido por la FNE, vulnerando el principio de congruencia – La Excma. Corte Suprema ya redujo una multa impuesta que superó aquello solicitado por la FNE.

Sin perjuicio de los argumentos que expondremos a continuación sobre los aspectos de fondo que han de determinar la reducción de la multa, nos encontramos con un vicio relevante en la Sentencia, cual es que sanciona a nuestra representada al pago de una multa sustancialmente superior a aquella pedida por la propia FNE.

En efecto, al condenar a MR Chile al pago de una multa de 6.100 UTA, la Sentencia otorgó a la FNE una pretensión superior en más de un 50% respecto de aquello que solicitó en su Requerimiento, ya que ésta solicitó que se le impusiera una multa de hasta 4.000 UTA, considerando los mismos factores que estimó la Sentencia al momento de fijar la multa.

Esto se demuestra de la siguiente forma:

✓ Primero, tal como reconoce la Sentencia en el Considerando Tricentésimo Octavo: **“Que, la FNE solicita en su Requerimiento que la multa sea de 4.000 UTA para MR Chile y 3.000 UTA para Faasa Chile, tomando en cuenta la gravedad de la conducta, la duración del acuerdo y el efecto disuasorio. Sin embargo, la requirente no precisa cómo se ponderaron estos factores ni da cuenta de los cálculos que sustentan dichos montos;”**

✓ Segundo, la FNE precisó en su escrito de observaciones a la prueba que **“determinación [del valor diferenciado de la multa solicitada para MR Chile y de FAASA Chile] se ha tomado en consideración la diferencia de ingresos percibidos por las Requeridas durante el periodo de ejecución de la conducta”**¹⁴⁶

Para luego agregar en el pie de página N°814 que respecto de MR Chile se utilizó **“En el caso de MR, véase archivo excel “1. Anexo N°1_nueva_VP [v.2]”, que consta a fs. 1 del Cuaderno de alzamiento parcial de la confidencialidad de la FNE.”**¹⁴⁷

✓ Tercero, la Sentencia recurrida fijó el monto base de la multa a partir de la misma información que señaló la FNE en sus Observaciones a la Prueba y que a juicio de dicho organismo determinaba una sanción pecuniaria menor.

A este respecto, la sentencia estableció en el Considerando Tricentésimo Vigésimo Tercero que: **“Que, en línea con la Sentencia N° 171/2019 y atendido que no constan en el expediente informes económicos que estimen el sobreprecio derivado del acuerdo colusorio, en el caso de autos se usará la estimación de beneficio económico indicada en el (ii) anterior correspondiente a un 16,7% (es decir, considerando un sobreprecio de 20%) y la información de ingresos por ventas asociados de los seis episodios objeto del Requerimiento para determinar el monto base de la multa. Esta información fue allegada al expediente por la FNE y se encuentra contenida en los documentos: (i) “1. Punto N° 1 Resumen aviones_VP.xlsx” (contenido en el 4722 dispositivo de almacenamiento electrónico que rola a fojas 30 del cuaderno de versiones públicas de la FNE, ubicación dentro del soporte: “Tomo II\136. CD Faasa en respuesta a oficio 0598”); (ii) “5. 5. Ingreso Aviones_VP [v.2].xls” (que rola a fojas 1 del cuaderno de alzamiento parcial de la confidencialidad de la FNE); y, (iii) “1. Anexo N°1_nueva_VP [v.2].xls” (que rola a fojas 1 del cuaderno de alzamiento parcial de la confidencialidad de la FNE);”**

Pero ello no fue suficiente para el sentenciador, ya que luego, sin justificación alguna, procede a **multiplicar por dos veces el monto base obtenido de 3.050 UTA en base precisamente a aquello utilizado por el Requerimiento para fijar la multa a solicitar, es decir, (i) la gravedad de la conducta; (ii) la duración del acuerdo; y (iii) el efecto disuasorio**, ya que estableció en el Considerando Tricentésimo Trigésimo Sexto: **“Que, en**

¹⁴⁶ Página 224 de escrito de observaciones a la prueba de la FNE. Énfasis agregado

¹⁴⁷ Página 224 de escrito de observaciones a la prueba de la FNE. Énfasis agregado

este escenario, es posible concluir que no se ha acreditado en autos circunstancia alguna que permita que las multas calculadas sean reducidas. Por el contrario, **en razón del efecto disuasivo que deben perseguir las multas, la gravedad de la conducta y su duración, antes expuestos, la multa final a imponer debe superar el monto base calculado, que como se dijo correspondería a la estimación de los beneficios asociados al acuerdo. Así, este monto base será multiplicado por dos, de modo que la multa final ascienda a 1.900 UTA para Faasa Chile y 6.100 UTA en el caso de MR Chile, lo que resulta razonable en consideración con los montos máximos de las multas que permite la legislación aplicable al caso de autos e incluso se condice con los máximos que incorporó el legislador en 2016;**¹⁴⁸

De esta forma, la Sentencia no solo otorga a la FNE una pretensión superior a la contenida en el petitorio de su Requerimiento, sino que, además, lo hace en base de los propios factores que ésta utilizó para pedir la multa a MR Chile por 4.000 UTA.

Es claro que la Sentencia otorga más de aquello pedido por la FNE, imponiendo una multa que supera en más de un 50% de lo solicitado en el Requerimiento, infringiendo el principio de congruencia procesal, lo que es improcedente y debe ser enmendado por la Excma. Corte Suprema.

Además, el principio de congruencia se ve afectado, porque el H. Tribunal establece una radical diferencia entre las multas impuestas a las Requeridas, en circunstancias que las multas solicitadas por la FNE solamente se diferencian en 1.000 UTA.

- ✓ **Demostrando la pertinencia de lo expuesto, el Máximo Tribunal acogió recursos de reclamación que planteaban lo expuesto y rebajó la multa impuesta a las requeridas en aquella parte en que superó lo solicitado por la FNE en su requerimiento.**

En efecto, al conocer y sancionar el denominado “Cartel de Laboratorios”, esta E. Corte entendió que el sentenciador debía atender la petición de la FNE al solicitar la aplicación de una determinada suma por concepto de multa. A saber:

“Vigésimo primero: Que, en segundo lugar, corresponde razonar en torno a la influencia que, en este cálculo de multas, tiene la circunstancia de haber solicitado la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, multas de montos precisos y menores a los finalmente impuestos por la sentencia recurrida.

(...)

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

¹⁴⁸ Énfasis agregado.

antecedentes precisos y concretos sobre eventuales afectaciones a la libre competencia, la influencia de éstas en el mercado de que se trate y, consecuentemente, la determinación del castigo pecuniario u otras medidas que, conjuntamente con cumplir finalidades preventivo generales y especiales, propendan al restablecimiento de las condiciones competitivas. Sólo de esta forma se entiende que el Decreto Ley N°211 exija al requerimiento el cumplimiento de los mismos requisitos que una demanda, incluso remitiéndose al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil que, entre sus exigencias, contempla “la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal”, presupuesto que demanda la referencia, en caso de solicitarse multas, de una suma precisa a la cual los sentenciadores deben atender.

“Vigésimo cuarto: Que, a la luz de lo razonado hasta ahora, fluye una total congruencia entre el beneficio económico obtenido, la necesidad de fijación de un castigo pecuniario que sea superior a ese beneficio y los montos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, de 18.000 UTA para S. y 2.000 UTA para Fresenius, razón por la cual esta Corte estará a aquellos.”

“Vigésimo séptimo: Que, en consecuencia, corresponde el acogimiento de los recursos de reclamación, únicamente en cuanto solicitan la rebaja de las multas impuestas, a la cual se accederá en los términos que se expresarán en lo resolutivo, teniendo en cuenta las cantidades pedidas por la FNE en su requerimiento.”¹⁴⁹

En la especie, como es evidente, la Sentencia no sólo hace caso omiso de aquello pretendido por la FNE, sino que excede sustancialmente aquello que fuera pedido.

Entendemos que la E. Corte habrá de ratificar el criterio que ya ha seguido sobre este particular.

3.6.2. La multa impuesta a MR Chile transgrede el principio de proporcionalidad y el propio criterio establecido por el TDLC y ratificado por la Excma. Corte Suprema al efecto – Además, esta multa deviene en arbitraria

Conforme ha establecido la Excma. Corte Suprema¹⁵⁰, tanto la sanción penal como la administrativa, son manifestaciones del único *ius puniendi* del Estado, donde el principio de proporcionalidad actúa como un importante límite en la imposición de los castigos.

Por su parte, la aplicación de este principio de proporcionalidad obliga al sentenciador a encontrar una solución justa, frente al espectro de posibilidades sancionatorias que se le pueden imponer al demandado, considerando las circunstancias del caso con el objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida.

En línea con lo señalado, la Excma. Corte Suprema ha señalado: “Noveno: Que la doctrina se ha referido a la importancia del respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones administrativas. Señala el autor J.B.S. que: “La aplicación de este principio (de

¹⁴⁹ Sentencia de fecha 27 de enero de 2020, dictada en los autos Rol N°278-2019. Énfasis agregado

¹⁵⁰ Sentencia de fecha 14 de marzo de 2017, Ingreso a Excma. Corte N° 68.723-2016.

proporcionalidad) obliga a encontrar una solución justa, frente al espectro de posibilidades sancionatorias que tiene la administración” (...) “La potestad sancionadora de la Administración debe ejercerse ponderando las circunstancias concurrentes, a objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. Las sanciones deben determinarse para el caso, en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias de hecho”. Específicamente interesa la que denomina “regla del daño causado. La infracción administrativa se entiende cometida con la sola vulneración, sin que el daño o perjuicio causado por la conducta forme parte imprescindible de la tipificación del ilícito. Sin embargo, siempre deberá tomarse en cuenta la existencia o no de un daño, la naturaleza del mismo y la cuantía de éste, al momento de la aplicación de la sanción correspondiente a la infracción” (Derecho Administrativo General, A. Perrot-Thomson Reuters, segunda edición actualizada, año 2011, páginas 290 y siguientes).¹⁵¹

Por su parte, el H. Tribunal reconoció la aplicación del principio de proporcionalidad al sancionar recientemente el “Cartel de los Laboratorios” mediante sentencia N°165/2018: “Centésimo cuadragésimo tercero: Que, asimismo, la aplicación de dicho régimen legal no importa una aplicación retroactiva del D.L. N° 211 porque la conducta se verifica del todo bajo la vigencia de la citada ley, por tratarse de un acuerdo único compuesto de múltiples acuerdos particulares. Además, tampoco se afecta el principio pro reo porque la ley más favorable tiene que ser posterior al hecho al cual se aplica. En tercer lugar, existiendo una sola conducta de carácter continuo a la cual se le aplicarán las sanciones vigentes a la época de su término, mal puede vulnerarse el principio de non bis in idem. Por último, **la proporcionalidad es un elemento que se debe tener en consideración al momento de calcular la multa, lo que este Tribunal hará, según se explica en los considerandos siguientes. En suma, en casos de acuerdos permanentes no existe aplicación retroactiva de una ley más gravosa y posterior a la conducta, sino sólo un régimen legal que muta durante su ejecución y cuya variación fue conocida por el hechor;**”¹⁵²

Además, recientemente la Excma. Corte Suprema también reconoció el principio de proporcionalidad como límite para imponer las multas al sancionar a las cadenas de supermercados en el denominado caso de “colusión de supermercados”, ya que estableció: “(...) las únicas limitaciones a la hora de fijar un castigo pecuniario están en el límite legal de 20.000 Unidades Tributarias Anuales – aquel contemplado por la ley vigente durante el periodo en que se extendió el acuerdo – y, por cierto, en la aplicación del principio de proporcionalidad, a la luz de los criterios contemplados en el inciso final del artículo 26.”¹⁵³

Ahora bien, **entendemos que la sanción pecuniaria de 6.100 UTA que impone la Sentencia a nuestra representada infringe o al menos desatiende este principio, porque no existe la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la**

¹⁵¹ Sentencia definitiva de fecha 19 de mayo de 2016, Ingreso Excma. Corte N° 7.560-2015. Énfasis agregado

¹⁵² Sentencia definitiva de fecha 8 de noviembre de 2018. Énfasis agregado

¹⁵³ Sentencia definitiva de fecha 8 de abril de 2020. Énfasis agregado

responsabilidad reclamada y, además, porque su imposición aparece como arbitraria.

Especialmente, porque como se acreditó en el proceso que la participación de MR Chile en el mercado:

- **Mejóro y se profesionalizó la prestación de los servicios** de combate de incendios forestales por medio de aviones;
- **Los precios pagados por los clientes forestales a MR Chile son inferiores** a aquéllos que hubieren debido pagar en caso de contratar con empresas chilenas o que solo operen en nuestro país;
- **Permitió contrapesar el poder de negociación de los clientes, y en especial, de las forestales MININCO y de CELCO**, quienes imponían sus condiciones comerciales y precios finales con el objeto de maximizar sus beneficios;
- **No obtuvo ningún beneficio económico** con los hechos que denuncia el Requerimiento. Tal como muestra el informe económico de Rodrigo Harrison, en cuatro de los seis episodios obtuvo rentas negativas.

Además, señalamos que la multa impuesta deviene en arbitraria considerando los criterios que utiliza el H. Tribunal para su imposición:

- En primer lugar, el H. Tribunal señala que *“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. Ello puesto que, como se ha señalado, el acuerdo tuvo la aptitud de afectar la competencia en el mercado y que la evidencia desarrollada precedentemente es consistente con alzas de precios vinculadas al mismo;”*¹⁵⁴

Es decir, el propio H. Tribunal **reconoce que no tiene indicios de cuál ha sido el beneficio económico que habrían obtenido las Requeridas en razón del supuesto acuerdo colusorio imputado**. Ello, pese a que regula la multa a imponer precisamente en razón del supuesto beneficio económico que habrían obtenido las empresas requeridas.

Correspondía a la FNE acreditar los supuestos para la imposición de una eventual multa, cuestión que, en palabras del propio H. Tribunal, no hizo. Sin embargo, la FNE bien sabe que cuenta con manga ancha a la hora de acreditar los hechos que denuncia y sus efectos. Las falencias en su prueba son permanentemente remediadas por el H. Tribunal, vulnerando la igualdad de armas entre las partes.

¹⁵⁴ Considerando trigésimo vigésimo de la Sentencia.

En efecto, no resulta jurídicamente admisible que la debilidad probatoria de la parte requirente sea suplida en base a suposiciones, como hace la Sentencia, como pasaremos a ver.

- En segundo lugar, la aplicación de la multa es arbitraria, porque el H. Tribunal, **al carecer de prueba respecto del beneficio económico de las empresas requeridas, acude a la “literatura comparada” (siguiendo el trabajo de Connor, John, Price-Fixing Overcharges, 2014), y en base a ello estima que el beneficio económico debiese ser de un 16,7% para cada una de las requeridas.**

Así señala: “*Tricentésimo vigésimo tercero: Que, en línea con la Sentencia N° 171/2019 y **atendido que no constan en el expediente informes económicos que estimen el sobreprecio derivado del acuerdo colusorio**, en el caso de autos se usará la estimación de beneficio económico indicada en el (ii) anterior correspondiente a un 16,7% (es decir, considerando un sobreprecio de 20%) y la información de ingresos por ventas asociados a los seis episodios objeto del Requerimiento para determinar el monto base de la multa.*”¹⁵⁵

Conforme se lee del considerando transcrito, **ante la falta de prueba de la FNE, lo que correspondería para el H. Tribunal sería suponer sobreprecios y en base a ello un beneficio económico.**

Así, se utiliza un trabajo académico que puede no ser aplicable al caso de autos para estimar, sin evidencia alguna, que las empresas requeridas cobraron un sobreprecio del 20% y con ello obtuvieron un beneficio económico del 16,7% en cada uno de los episodios denunciados por la FNE.

¿Qué acaso la FNE no tendría que haber acreditado estas circunstancias? ¿La FNE no debería haber acompañado un informe económico para dar cuenta de estas circunstancias, si busca la imposición de multas ante el H. Tribunal? Al parecer no.

Es más, en otros casos de colusión así lo ha hecho, como por ejemplo en los autos Rol C N° 299-2015, que motivaron la sentencia N° 160/2017.

En la respetuosa opinión de esta parte, **todas estas suposiciones alteran el sistema de prueba consagrado en nuestra legislación, a saber, de la sana crítica, y de prueba clara y concluyente, puesto que no se sustenta en ningún antecedente probatorio para llegar al supuesto beneficio económico obtenido por las empresas requeridas.**

Esta alteración hace que la imposición de la multa devenga irremediabilmente en arbitraria, puesto que no se sustenta en ningún antecedente del proceso, sino que

¹⁵⁵ Énfasis agregado.

únicamente en trabajos académicos de terceros ajenos al juicio y que fueron elaborados sin considerar el caso de autos ni las particularidades propias de esta industria.

- En tercer lugar, porque luego de calcular el supuesto beneficio económico de las empresas requeridas (un 16,7% de los ingresos por ventas en cada uno de los “episodios”), cálculo que no se basa en criterio racional alguno, **decide establecer un monto base para cada requerida, y dicho monto multiplicarlo por dos.**

Así, la Sentencia señala: *“Que, en este escenario, es posible concluir que no se ha acreditado en autos circunstancia alguna que permita que las multas calculadas sean reducidas. Por el contrario, en razón del efecto disuasivo que deben perseguir las multas, la gravedad de la conducta y su duración, antes expuestos, la multa final a imponer debe superar el monto base calculado, que como se dijo correspondería a la estimación de los beneficios asociados al acuerdo. Así, este monto base será multiplicado por dos...”¹⁵⁶*

La Sentencia no explica cómo el efecto disuasorio de la multa, la gravedad de la conducta y su duración permiten al sentenciador multiplicar por dos un monto base que ya fue calculado en base a conjeturas y sin considerar la prueba del proceso.

La gravedad de la colusión como ilícito no puede implicar que se vulneren los derechos básicos de las partes del litigio, al punto de liberar a la FNE de acreditar aquello que constituye base de su acción.

La verdad es que no entendemos el razonamiento seguido por la Sentencia. Si se debe multiplicar por dos, ¿por qué no por 1.5 o por 8?

El H. Tribunal solamente tomó una cifra calculada en base a un trabajo académico y luego la multiplicó por dos, ¡**Sin que nada en el expediente aconsejara hacer tal cosa!**

Creemos que la falta de proporcionalidad y de racionalidad en la aplicación de la multa resulta manifiesta en este caso, por lo que, en subsidio, **la Excma. Corte Suprema deberá reducir la multa impuesta a MR Chile con base a los antecedentes del proceso, la prueba aportada y criterios que cumplan con estándares mínimos de imparcialidad y razonabilidad.**

Y si la FNE no acompañó al proceso prueba alguna para determinar el -supuesto- beneficio económico de las requeridas, simplemente no se puede utilizar este criterio para imponer millonarias multas, especialmente a MR Chile.

¹⁵⁶ Considerando tricentésimo trigésimo sexto de la Sentencia. Énfasis agregado.

Esta falta de prueba no puede ir en detrimento de la parte que no detentaba tal carga.

Especialmente, **porque esta parte acompañó un informe económico del destacado economista Rodrigo Harrison que demuestra que de los cuatro episodios sancionados, MR Chile obtuvo rentas negativas en cuatro de ellos, nada de lo cual consideró la Sentencia.**

3.6.3. La multa debe reducirse considerablemente porque contradice la naturaleza propia de un ilícito de colusión, el estimar que únicamente uno de los intervinientes obtuvo beneficios en la mayoría del período concernido

Tal como se planteó al oponer la excepción dilatoria de autos, la FNE solicitó en su Requerimiento que se condene a MR Chile a una multa superior en un 25% que aquella pretendida respecto de la otra requerida FAASA Chile, **sin dar argumento alguno que justifique aquello.**

Este 25% corresponde ni más ni menos a la no despreciable suma de 1.000 UTA (Unidades Tributarias Anuales)

Lo anterior, no obstante que la empresa FAASA Chile constituye el principal agente en el mercado relevante, tanto en el nicho de aviones cisterna como de helicópteros, y que imputa a ambas requeridas la comisión del mismo ilícito de colusión.

Sin embargo, la situación se hizo peor con la Sentencia dictada por el H. Tribunal. En esta, se condenó a nuestra representada al pago de 6.100 UTA, mientras que a FAASA Chile al pago de 1.900 UTA. Es decir, la multa para nuestra representada es más de tres veces aquella impuesta a la otra requerida.

Consideramos que aquello va en contra de la naturaleza misma del ilícito de colusión, en el que en este caso dos agentes económicos habrían acordado y/o afectado variables competitivas relevantes para así eliminar la incertidumbre propia del proceso competitivo.

Y es particularmente erróneo en este caso, toda vez que la propia Sentencia reconoce que ambas requeridas se habrían coordinado en todos y cada uno de los episodios sancionados.

¿Acaso la Sentencia nos está diciendo que FAASA Chile se coordinó con MR Chile como un acto de buena voluntad y sin obtener ningún beneficio económico e incluso perdiendo cerca del 60% de su participación de mercado? Ello no resiste análisis.

Además, conforme lo demuestra la evidencia allegada al proceso, FAASA Chile fue el agente que dominó en gran parte del período concernido el mercado relevante de

autos y, además de ello, la gran mayoría de la evidencia en que se sustenta este supuesto ilícito emana de la propia FAASA Chile.

Por lo demás, resulta irrisorio condenar más severamente a quien era un entrante al mercado y que justamente arrebató participación de mercado a la otra integrante del supuesto cartel.

Creemos que, no mediando presiones reales por parte de MR Chile para que FAASA Chile sea parte de este supuesto cartel, cuestión que no se ha alegado ni acreditado en autos, corresponde en derecho que las multas a aplicar a las Requeridas se asemejen.

3.6.4. La multa debe ser rebajada respecto a MR Chile porque la Sentencia verra al considerar en ciertos episodios que el beneficio económico habría sido para nuestra representada, en circunstancias que dicho beneficio fue para FAASA Chile.

Incluso en el caso que sea correcta la forma en que el TDLC calcula el monto base de la multa a imponer a las requeridas –lo que negamos tajantemente–, se incurre en un error al momento de determinar el beneficio económico de las empresas respecto de uno de los “episodios” de autos, el de CONAF de 2015.

Recordemos que, en dicho episodio, MR Chile tuvo que arrendar un avión AT-802 a FAASA Chile para cumplir con el requerimiento de naves planteado por la Corporación forestal. Sin embargo, y pese a que dicho avión cumplió labores en MININCO, FAASA Chile cobró el precio de este arriendo en base a lo que CONAF pagó a MR Chile.

Tal es así, que incluso la propia FNE denunciaba en su Requerimiento que “33. Los ingresos provenientes del contrato con CONAF fueron compartidos entre Martínez Ridao y Faasa.”¹⁵⁷

Sin embargo, en la tabla expuesta Cuadro N° 10, expuesto en la página 183 de la Sentencia, **se señala que los ingresos totales y el beneficio económico para FAASA Chile en dicho “episodio” fue de 0**, en circunstancias que la propia Sentencia señala: *“Como contrapartida de dicho traslado, MR Chile arrendó un avión a Faasa para continuar prestando íntegramente servicios a Mininco (...) **MR Chile pagó US\$ 430.626 a Faasa por dicho arriendo, excediendo significativamente el valor que Mininco pagaba por él a MR, esto es, US\$ 245.000 más IPC...**”*¹⁵⁸

Es decir, en la operación de CONAF 2015, **se debe sumar a FAASA Chile como ingreso total la suma de US\$ 430.626, suma que a su vez debe ser restada de los ingresos**

¹⁵⁷ Página 13 del Requerimiento. Énfasis agregado

¹⁵⁸ Considerando ducentésimo cuadragésimo quinto de la Sentencia. Énfasis agregado.

totales de MR Chile, y en base a ello hacer el cálculo del monto base de cada una de las Requeridas.

Ello, por supuesto, en el caso que la Excm. Corte Suprema quiera prosperar en el uso del desproporcionado e irracional modelo para el establecimiento de multas propuesto por el H. Tribunal en la Sentencia, lo que consideramos no es conforme a derecho.

3.6.5. La multa también debe rebajarse porque el TDL C sanciona a MR Chile con una suma más de tres veces superior que a FAASA Chile, no obstante que reconoce que esta última dominó el mercado relevante en la mayoría del período concernido.

Además, la multa debe ser rebajada a MR Chile porque en el presente caso, en el que no se pudo determinar fehacientemente el beneficio económico de las Requeridas con el supuesto acuerdo, debió considerarse como factor para considerar el monto base de la multa sus participaciones de mercado en el período concernido.

Así lo hizo este H. Tribunal en una reciente Sentencia, al establecer:

“Centésimo trigésimo: Que, en el presente caso, no se cuenta con información detallada respecto de las ventas o del beneficio económico obtenido por las Requeridas en el período durante el cual se extendió la conducta imputada. A este respecto, en los informes preparados por la Universidad de La Frontera, que fueron exhibidos a fojas 1493, sólo se presenta información para el año 2017 respecto de algunas requeridas (Líneas 1, 2, 5 y 6), por lo que no pueden ser considerados para los efectos de calcular la multa. Con todo, a pesar de que no se acreditaron las ventas ni el beneficio económico obtenido, se debe tener presente que, tal como se razonó en los considerandos octogésimo segundo a centésimo séptimo, el acuerdo imputado en autos produjo efectos en el mercado, particularmente sobre la frecuencia ofrecida en los horarios de demanda de punta y la capacidad de las Líneas de expandir sus recorridos;

*Centésimo trigésimo primero: Que, a falta de dicha información, se utilizarán como multas bases aquellas que fueron solicitadas por la FNE en su Requerimiento, en el que consideró la gravedad y duración de la conducta, el alcance del daño provocado y el efecto disuasivo que debe tener la sanción. Sin embargo, como la requirente no justificó las razones por las cuales solicitó multas distintas para cada una de las Requeridas (sino que sólo señala que tomó en consideración la capacidad operativa de cada empresa y su permanencia en el cartel, sin entregar mayores explicaciones), **se considerarán las participaciones de mercado relativas de cada una de ellas para ajustar la multa solicitada en el Requerimiento y que constituyen una aproximación de la participación en los ingresos.** Para calcular esta participación, se tendrá en cuenta la flota de buses promedio con la que contó cada una de las Líneas durante los años que estuvieron vigentes los Protocolos, de acuerdo con la información presentada por la FNE a fs. 2117, según da cuenta el Cuadro N° 2 (octogésimo segundo). Para el caso de la Línea 4 se realizó el mismo ejercicio, empero la multa total para esta Línea fue prorrateada entre las dos sociedades que controlaron sus operaciones durante el período requerido;”*

Siguiendo este buen criterio, el H. Tribunal debió fijar las multas a las Requeridas en base a las participaciones de mercado de MR Chile y FAASA Chile en el período concernido, esto es, de 2009 a 2015, que son las siguientes:

	2009-2010	2010-2011	2011-2012	2012-2013	2013-2014	2014-2015
FAASA Chile	73,4%	67,4%	62,2%	41,7%	33,3%	26,4%
MR Chile	26,6%	32,6%	37,8%	58,3%	60%	60,4%

Cuadro elaborado en base a la información contenida en el Gráfico N° 1 de la Sentencia

Con estas participaciones de mercado, se pueden calcular las participaciones de mercado promedio de las requeridas durante todo el período, las que serían un **50,7% para FAASA Chile y un 45,95% para Martínez Ridao**¹⁵⁹.

Bajo este criterio, la multa a imponer a FAASA Chile debiese ser mayor a la de MR Chile, puesto que su participación de mercado promedio en el período concernido fue muy superior a la de nuestra representada.

Sin embargo, en la Sentencia se determina imponer una multa más de tres veces superior a nuestra representada, lo que escapa a toda racionalidad, proporcionalidad y a la realidad existente en el mercado en ese momento.

Consideramos que este criterio de aplicación de la multa se ajusta más a la realidad del mercado, al verdadero beneficio que habrían obtenido las requeridas en el período y guarda mayor justicia considerando la naturaleza de lo que aquí se condena, que es un ilícito de colusión, que necesariamente requiere la participación de dos agentes.

Por lo demás, la disímil participación de las partes en el período concernido y la calidad de entrante de Martínez Ridao Chile sólo ratifican la decisión de nuestra representada por competir, en desmedro de aquel agente que prácticamente detentaba el monopolio en la oferta de los servicios en cuestión.

3.6.6. La multa también debe ser reducida porque la contratación con MR Chile aumentó el bienestar del consumidor y en general de toda la Nación – Profesionalizó este servicio y permitió que las forestales privadas y CONAF lo contrataren a precios considerablemente más bajos. lo que llevó a que incluso los competidores acusaron que las requeridas incurrieran en *dumping* para adjudicarse los contratos

Otra circunstancia que al menos debiera determinar la reducción de la multa es que la contratación con MR Chile aumentó el bienestar del consumidor y en general de toda la nación – Profesionalizó este servicio y permitió que las forestales privadas y CONAF lo contrataren a precios considerablemente más bajos.

¹⁵⁹ La suma de ambos no da 100% porque en las temporadas 2013-2014 y 2014-2015 entró al mercado Alazán.

Tal como ya desarrollamos, entre estos efectos pro competitivos podemos mencionar los siguientes: **(i)** mejoró y se profesionalizó la prestación de estos servicios; **(ii)** los precios pagados por los clientes forestales a MR Chile son inferiores a aquéllos que hubieren debido pagar en caso de contratar con empresas chilenas o que solo operen en nuestro país, lo que derivó en que empresas nacionales incluso hicieran acusaciones de *dumping*; y **(iii)** permitió contrapesar el poder de negociación de los clientes, y en especial, de las forestales MININCO y de CELCO, quienes imponían sus condiciones comerciales y precios finales con el objeto de maximizar sus beneficios.

Ninguna de estas circunstancias es considerada en la Sentencia dictada por el H. Tribunal y consideramos que son de la máxima relevancia, **sobre todo considerando que la finalidad de esta sede jurisdiccional es resguardar la libre competencia y eficiencia en los mercados.**

3.6.7. MR Chile no obtuvo rentas sobrenaturales – El economista Rodrigo Harrison reconoció que en 4 de las 6 temporadas cuestionadas obtuvo resultados operacionales negativos

Tal como se encuentra acreditado en autos, **nuestra representada cobró por la prestación de estos servicios valores que están muy cercanos a los costos que implica la operación en nuestro país.**

Tal es así, que según se establece en **el informe económico realizado por el economista Rodrigo Harrison**, los resultados operacionales del periodo investigados llegaron incluso a números negativos. La siguiente tabla muestra lo exuesto:

Tabla nº 9
Resultado operación de MR Chile (MM\$)
Temporadas 2009 a 2016

	T 2009-2010	T 2010-2011	T 2011-2012	T 2012-2013	T 2013-2014	T 2014-2015	T 2015-2016
INGRESOS	388.1	808.0	1,229.3	1,414.4	2,357.4	4,553.2	
COSTOS							
Alimentación	4.0	5.7	0.3	6.6	8.1	14.6	
Ariendo aeronaves	0.0	807.8	1,110.4	905.9	671.7	3,349.1	
Ariendo hangar	1.3	4.1	0.0	1.4	4.7	1.5	
Ariendo Propiedades	3.1	5.1	7.9	13.1	24.8	17.0	
Ariendo vehículos	5.5	8.3	11.1	16.5	56.2	84.9	
Combustible aviones	34.8	72.1	131.7	270.6	344.7	552.8	
Combustible vehículos	4.3	8.6	3.5	6.1	8.2	7.0	
Depreciaciones	0.0	9.6	8.6	0.0	0.0	112.5	
Implementación bases	0.0	7.8	2.7	6.1	14.4	26.9	
Mantenimiento	9.8	41.3	6.0	19.0	550.3	282.0	
Otros	41.3	67.8	66.8	55.9	163.8	139.1	
Remuneraciones	38.6	111.6	81.6	141.3	213.4	182.2	
Seguros, permisos y patentes	8.0	30.0	7.7	8.1	14.2	13.8	
Total Costos	150.7	1,179.8	1,438.3	1,450.6	2,074.7	4,783.6	
UTILIDAD	237.3	-371.8	-209.0	-36.3	282.7	-230.4	

Fuente: Elaboración propia

160

Recordemos que los principales costos operacionales son distribuidos entre las actividades que nuestra representada realiza en España y en Chile, ya que, atendida la ubicación geográfica de estos países, los meses de alta temporada de incendios en España no coinciden con las de nuestro país, lo que permite operar en ambos hemisferios.

Es más, los únicos beneficiados con que MR Chile preste servicios aéreos de extinción de incendios forestales son los propios clientes, ya que profesionalizó el servicio y les cobra valores inferiores a aquellos que estos últimos habrían tenido que pagar a empresas que sólo participaran en nuestro país.

3.6.8. La multa impuesta a MR Chile puede derivar en un problema de competencia aún mayor al dejar a FAASA Chile como principal agente en el mercado

La multa impuesta en la Sentencia asciende a 6.100 UTA, lo que a la fecha de presentación de este recurso equivale a \$4.017.069.600.

Pues bien, es del caso señalar que MR Chile no cuenta con los recursos ni con los bienes necesarios para hacer frente a tal multa, por lo que necesariamente entrará en un proceso de insolvencia para hacerle frente. Acreditaremos ante la Excma. Corte Suprema la difícil situación financiera en la que podría quedar nuestra representada en caso de imponerse definitivamente esta multa.

¹⁶⁰ Página 19 de versión pública del Informe económico titulado "Opinión económica sobre 'Requerimiento de la FNE en contra de Martínez Ridao'", elaborado por Rodrigo Harrison Vergara y acompañado por presentación de fojas 3.432.

Ello determinará que nuestra representada finalmente termine liquidada y desaparezca del mercado, lo que puede traer consecuencias aún peores de las que el H. Tribunal pretende evitar con su imposición.

En efecto, si MR Chile desaparece del mercado, prácticamente el único agente que se dedicará a prestar los servicios de combate de extinción de incendios por medio de aviones AT-802 será FAASA Chile. Es decir, se transformará en un monopolista en este mercado.

Ello le facilitará incurrir en abusos ya sea exclusorios, para evitar que ingresen nuevos partícipes al mercado, o bien explotativos, cobrando precios muy por sobre aquellos que corresponden en condiciones de mercado.

Y no solo eso. Puede ser el caso que FAASA Chile, al encontrarse en condición de monopolista, decida no seguir creciendo, sino que mantener su flota de aviones en una determinada cantidad que le rinda buenos réditos, y **con ello la seguridad del país ante los eventos de incendios forestales, que se acrecientan cada vez más por el calentamiento global, se pondrá en jaque.**

En este escenario, puede ser el caso que **para las temporadas de incendios forestales venideras no existan medios aéreos suficientes como para cubrir la demanda del país**, lo que conlleva un riesgo para los habitantes de Chile y para su flora y fauna silvestre.

Creemos que, finalmente, con la sanción que se ha impuesto a MR Chile, existen más posibilidades de afectar la libre competencia que de resguardarla, además de poner en riesgo otros intereses de la colectividad, como son la protección del medio ambiente.

3.6.9. MR Chile no es reincidente y colaboró en la investigación seguida por la FNE en los autos Rol N°2424-17

No solo nuestra representada no ha sido condenada previamente por infringir la legislación antimonopolio, sino que esta **es la primera vez que la misma debe concurrir ante el H. Tribunal y participar de un proceso que se sigue en su contra.**

Otra circunstancia que debe servir para eximir, o al menos disminuir la multa pretendida por el Requerimiento, radica en el hecho que nuestro representado colaboró activamente con la FNE durante la investigación seguida por dicho órgano.

Entre otros, podemos mencionar que **MR Chile dio respuesta suficiente y oportuna a todos los requerimientos de información que le realizó la FNE**, entregándole una gran cantidad de información y documentación vinculada, entre otros, a (i) estructura de MR

Chile; (ii) medios con que cuenta la misma; (iii) operación y contratos celebrados con clientes; (iv) ingresos provenientes de la prestación de estos servicios; etc.

Además, declararon durante dicha investigación los dos personeros de nuestra representada que fueron citados.

Uno de los cuales asistió a las dependencias de la propia FNE y el otro declaró desde España por vía remota mediante sistema de conferencia telefónica incluso antes de ser citado en Chile, y ambos contestaron todas y cada una de las preguntas que le realizaron los respectivos funcionarios de la FNE.

Estas circunstancias determinan que la multa impuesta a MR Chile deba ser sustancialmente rebajada.

3.7. Solicitamos se dejen sin efecto las medidas preventivas adicionales impuestas a MR Chile tal como establecieron dos de los cinco ministros que dictaron el fallo recurrido. - Éstas escapan de lo solicitado por la FNE en su requerimiento (ultrapetita) y la Excm. Corte Suprema ya ha dejado sin efecto este tipo de medidas en casos como el de autos

Como bien señala el inciso primero del artículo 3 del DL 211, *“quien ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.”*¹⁶¹

Amparándose en lo anterior, el H. Tribunal resolvió imponer a las requeridas, entre ellas a MR Chile, la obligación de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga, al menos, los requisitos previstos en la Guía elaborada para estos efectos por la FNE.

En efecto, señala en el Considerando Tricentésimo Trigésimo Séptimo: *“Que, por último, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211 y en línea con lo establecido en las Sentencias N° 165/2018, N°167/2019, N°171/2019 y N°172/2020, entre otras, se impondrá como medida a las dos requeridas, en forma adicional a la multa impuesta, la obligación de adoptar un programa de cumplimiento y ética en materia de libre competencia que satisfaga al menos los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012,”*¹⁶²

¹⁶¹ Énfasis agregado.

¹⁶² Énfasis agregado.

Aquello es improcedente ya que escapa de lo solicitado por la FNE, quien se limitó a solicitar medidas sancionadoras, ordenando el cese inmediato de las conductas y la imposición de una multa de 4.000 Unidades Tributarias Anuales a MR Chile, además de la correspondiente condena en costas.

De hecho, dos de los cinco H. Ministros que concurrieron a la dictación del fallo, señores Ricardo Paredes y Jaime Barahona “*estuvieron por no imponer la obligación de adoptar un programa de cumplimiento y ética en materia de libre competencia a las Requeridas.*”¹⁶³

Esta materia ya ha sido motivo de reclamación ante nuestros Tribunales Superiores de Justicia. En efecto, la Excm. Corte Suprema, conociendo de la reclamación interpuesta por Agrosuper contra la decisión del H. Tribunal de, además de imponerle una multa por las conductas anticompetitivas desplegadas, consultar en forma previa cualquier operación de concentración en que quisiera participar en el mercado avícola, **resolvió dejar sin efecto dicha medida toda vez que la misma no formó parte de la solicitud de la FNE.**

Señaló nuestro Excmo. Tribunal: “**Trigésimo quinto:** *Que, por último, Agrosuper plantea que se configura el vicio de ultrapetita en cuanto se le impuso la medida de “consultar en forma previa a su materialización, cualquiera operación de concentración en el mercado avícola en que quisiera participar”. Respecto a este punto y sin perjuicio de su procedencia como eventual medida preventiva al tenor de la incorporación introducida al artículo 3° del Decreto Ley N° 211 en virtud de la Ley N° 20.361, corresponde consignar que la Fiscalía Nacional Económica se limitó a solicitar en el requerimiento respecto de las empresas avícolas requeridas la imposición de sanciones de multa con arreglo a lo dispuesto por el artículo 26 del Decreto Ley mencionado. En tales circunstancias y atendida la naturaleza de la medida dispuesta que reconoce un procedimiento especialmente regulado para su conocimiento y sustanciación, distinto del contradictorio sustanciado en autos, corresponde que la misma sea dejada sin efecto.*”¹⁶⁴

Pero más allá de que aquello no haya sido objeto de requerimiento, la Excm. Corte adhiere a lo señalado por el destacado jurista Domingo Valdés Prieto, quien señala que la imposición de medidas preventivas – como lo es la imposición de adoptar un programa de cumplimiento con las acciones que se indican en la Sentencia – forma parte del ejercicio de la potestad consultiva del H. Tribunal, por lo que no puede ser impuesta a propósito de un procedimiento de carácter contencioso o jurisdiccional.

En este sentido, el autor denomina estas medidas como “medidas propiamente tales”, en contraposición a las “sanciones” y “medidas cautelares”. Con ello, pretende distinguir el carácter

¹⁶³ Segunda prevención de lo resolutivo del fallo recurrido.

¹⁶⁴ Sentencia dictada por la E. Corte Suprema en autos Ingreso Corte N° 27.181-2014, de fecha 29 de octubre de 2015. Énfasis agregado.

particular de las mismas, las que “sólo pueden resultar del ejercicio de la potestad pública para absolver consultas y corresponden a las impropiamente llamadas ‘condiciones’ que pueden ser exigidas para la ejecución o celebración de determinados hechos, actos o convenciones.”¹⁶⁵ Así, especifica que este tipo de medidas “no corresponden a una sanción o pena por la comisión u omisión de un injusto monopólico, sino que antes bien **corresponden al resultado eventual de la actividad de la potestad pública consultiva, que es de orden administrativo y no jurisdiccional.**”¹⁶⁶

Lo expuesto, **es plenamente coincidente con el principio de congruencia procesal recogido en el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil**, aplicable en la especie por la remisión que efectúa el artículo 29 del DL 211, el que consagra que **“las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido sometidos a juicio por las partes”**.

➤ Si la imposición de elaborar un programa de cumplimiento escapa de lo pretendido por la FNE y discutido en autos, **con mayor razón ocurre esto con aquellas acciones que la Sentencia determina que el programa de cumplimiento debe contemplar como mínimo, y que incorpora en las letras a) a h) del Considerando Tricentésimo Trigésimo Noveno.**

Por lo anterior, en subsidio y para el evento improbable que la Excm. Corte decida mantener la decisión de implementar un programa de cumplimiento, solicitamos, al menos, que **se dejen sin efectos las citadas acciones impuestas por la Sentencia recurrida en el Considerando Tricentésimo Trigésimo Noveno, por exceder lo solicitado por la FNE en su requerimiento.**

Especial consideración amerita la acción consignada en el literal i de la letra f), que impone a MR Chile “Llevar a cabo al menos dos auditorías de libre competencia durante el período de cinco años contado desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada. Las auditorías deberán comprender, como mínimo, una revisión de: (i) las casillas de correo electrónico corporativos y los registros de llamados a través de teléfonos corporativos de las personas señaladas en la letra c) precedente [directores, administradores, gerentes, subgerentes y ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial]; (ii) los incentivos establecidos en los contratos de trabajos; (iii) la participación de la compañía en procesos de licitación o cotización; (iv) la participación de la compañía en asociaciones gremiales; y, (v) la política interna de libre competencia de la compañía;”¹⁶⁷

¹⁶⁵ Valdés Prieto, Domingo. Libre competencia y monopolio. Edit. Jurídica de Chile. P. 374. Énfasis agregado.

¹⁶⁶ Valdés P., Domingo. Libre competencia y monopolio. Ed. Jurídica de Chile. PP. 374-375. Énfasis agregado.

¹⁶⁷ Énfasis agregado

Esta medida no solo escapa de la pretensión fiscal, sino que, además, **resulta intrusiva y vulnera las normas más básicas de la privacidad de las personas, y en especial de los trabajadores.**

En primer lugar, el artículo 19 numeral 4° de la Constitución Política de la República establece: “**Artículo 19.** La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

4° El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.”

Por su parte, el artículo 4° del Código del Trabajo establece: “**Art. 5°.** El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como **límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.**”

Esta imposición de revisión de correos electrónicos corporativos y registro de llamadas, **vulnera la privacidad de las personas, y en especial de los trabajadores**, lo que constituye una garantía Constitucional y que está protegida, además, por el Código del Trabajo.

Por lo pronto, **el voto de minoría de la Ministra del TDLC, Sra. María de la Luz Domper, estuvo por no imponer esta medida preventiva.**

3.8. Se deje sin efecto la condena en costas, toda vez que MR Chile tuvo motivos plausibles para litigar

Dada la materia objeto del debate y considerandos los mismos argumentos esgrimidos en esta reclamación, **la Sentencia debió declarar que MR Chile tuvo motivos plausibles para litigar, cuestión que a todo evento exime a esta parte del pago de las costas.**

Respecto de qué se entiende por motivo plausible para litigar, la ltma. Corte de Apelaciones de Concepción ha fallado: “**En cuanto a la expresión “motivos plausibles” importa que el juez en cada caso particular deberá ponderar todos y cada uno de los hechos que conforman el proceso, y si éstos los encuentra atendibles, admisibles o recomendables procederá a eximir de las costas al vencido por considerar que en el caso sublite éste ha tenido motivos plausibles para litigar, de manera que, tal determinación dependerá de la conducta procesal de la parte vencida”¹⁶⁸ (énfasis agregado).**

Asimismo, examinando este mismo tema la Excma. Corte Suprema ha ido un paso más allá, señalando como indicio de tener motivos plausibles para litigar la circunstancia que las partes tenían posiciones totalmente disímiles en autos: “**A mayor abundamiento, la posición**

¹⁶⁸ Sentencia dictada por la ltma. Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 9 de diciembre del año 2016 en el Ingreso a Corte N° 1.141-2016.

total y absolutamente opuesta de las partes; la demandante solicitando un honorario y la otra refutando que este ni siquiera se había devengado o, que en todo caso era bastante inferior al solicitado, ya es motivo más que plausible para reafirmar lo fallado por los jueces de apelación en lo que a la exención del pago de costas se refiere (...)¹⁶⁹ (énfasis agregado).

En lo que a doctrina se refiere, el destacado profesor don Mario Casarino Viterbo ha señalado: *“a) Puede eximir el tribunal del pago de las costas a la parte que ha sido totalmente vencida en el juicio cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar, sobre lo cual hará declaración expresa en la resolución (art. 144, inc. 1°, parte final, CPC). Esto de motivos plausibles para litigar es una cuestión de hecho, que el tribunal debe juzgar en cada caso. Creemos que es sinónimo de circunstancias calificadas que han movido a las partes a litigar por estimar, fundadamente, que sus acciones o excepciones tenían base legal”*¹⁷⁰ (énfasis agregado).

De todo lo anterior se desprende que el hecho de tener motivos plausibles es sinónimo que el litigante haya interpuesto sus acciones, excepciones o incidentes con base o sustento legal; ello en franca contradicción con conductas de litigantes que actúan de manera temeraria y sin invocar argumentos jurídicos plausibles.

Pues bien, **en el caso de autos resulta evidente que las excepciones y defensas planteadas por esta parte gozan de base o sustento legal**. Las mismas se sustentaron en lo establecido en el DL 211, en la jurisprudencia emanada del propio TDLC y nuestros tribunales superiores de justicia, en lo señalado por la doctrina especializada y en sólidos argumentos de hecho y económicos que desvirtuaron las imputaciones efectuadas por la FNE.

Por todo lo anterior, no puede más que considerarse que esta parte tuvo, a lo menos, motivo plausible para litigar, razón por la cual bajo ningún supuesto debió ser condenada al pago de las costas de la causa.

4. Conclusiones

Del análisis de los numerosos antecedentes del proceso y luego del examen cuidadoso que al respecto efectuará la Excm. Corte, habrá de arribarse a las siguientes conclusiones:

- La Sentencia recurrida adolece de graves errores y defectos que determinaron que se terminare acogiendo el Requerimiento formulado por la FNE contra MR Chile.

¹⁶⁹ Sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema con fecha 9 de septiembre del año 2009 en el Ingreso a Excm. Corte N° 2.651-2008.

¹⁷⁰ CASARINO VITERBO, Mario, “Manual de derecho procesal. Derecho procesal Civil”, 2005, tomo III, p. 172.

- La Sentencia recurrida soslaya y ampara la debilidad del caso y de la prueba de la FNE.
- El error central de la Sentencia se encuentra en que a partir de una denominada “apreciación holística de la prueba”, **pasa por alto la totalidad de los antecedentes y pruebas que acreditaban fehacientemente la inocencia de MR Chile.**
- Pese a que la evidencia obligaba a rechazar el Requerimiento, **el TDLC optó por sancionar por un supuesto cartel, que no confiere poder de mercado y con inexistentes efectos económicos para MININCO, CELCO y CONAF.**
- **Es falso que MR Chile hubiere participado del cartel que denuncia la FNE y que sanciona la Sentencia recurrida.** MR Chile adopta sus decisiones comerciales en forma independiente
- La Sentencia **hace suyo el silencio de la FNE respecto de las particularidades de la industria del combate de incendios forestales mediante aviones cisterna AT-802 que demuestran la verosimilitud de las hipótesis alternativas planteadas por esta parte.** Por ejemplo, soslaya que MR Chile enfrentaba un oligopsonio conformado por MININCO, CELCO y CONAF, que detentan un importante poder de compra que disciplina a actores como MR Chile y FAASA Chile.
- La propia Sentencia **reconoce que no existe evidencia para determinar los efectos anticompetitivos del acuerdo.**
- Acreditamos que **MR Chile no obtuvo rentas sobrenaturales con los hechos que denuncia el Requerimiento.** Tal como muestra el informe económico de Rodrigo Harrison, en cuatro de los seis episodios obtuvo rentas negativas.
- Los correos electrónicos y las declaraciones citadas en la Sentencia no pueden sino ser leídos e interpretados en el contexto de que los servicios de combate y extinción de incendios forestales tienen por objeto el bienestar de la comunidad y combatir de forma efectiva y eficaz este tipo de incendios, lo que determina una necesaria colaboración entre sus diferentes actores.
- Por último, **la Sentencia aplica una sanción desproporcionada e ilegal a MR Chile, al punto que le impone una multa que excede sustancialmente aquello pretendido por la FNE.**
- **La multa es abiertamente discriminatoria, al realizar una distinción impropia entre las requeridas, imponiendo una multa mayor al actor entrante y**

beneficiando al actor que detentaba una mayor participación de mercado en el período concernido.

POR TANTO

Conforme el mérito de autos, las consideraciones de hecho y derecho planteadas en esta presentación y de acuerdo con los artículos 3, 18, 19, 20, 22, 26 y 27 del Decreto Ley N° 211 y demás normas aplicables,

PEDIMOS A ESTE H. TRIBUNAL tener por interpuesto recurso de reclamación contra la Sentencia definitiva N° 179/2022 dictada por este Honorable Tribunal con fecha 26 de enero de 2022, notificada a esta parte con igual fecha, y concederlo para ante la Excelentísima Corte Suprema, con el objeto que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo y en ejercicio de sus facultades, lo acoja en todas sus partes, deje sin efecto o revoque la Sentencia recurrida, declarando que **(i) se rechaza el Requerimiento deducido por la FNE contra MR Chile; (ii) se deja sin efecto la multa impuesta a nuestra representada y (iii) se deja sin efecto la orden de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia y las acciones impuestas respecto al mismo.**

En subsidio de lo anterior, y para el evento improbable de no ser acogidas las peticiones que anteceden, solicitamos a la Excelentísima Corte Suprema que **(i) tenga a bien reducir sustancialmente la multa impuesta a nuestra representada, (ii) se deje sin efecto la orden de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia y las acciones impuestas respecto al mismo; y (iii) se deje sin efecto la condena en costas.**

JOSE
MIGUEL
GANA
EGUIGUREN

Firmado digitalmente por
JOSE MIGUEL
GANA EGUIGUREN
Fecha: 2022.02.07
21:25:17 -03'00'

MARIO
ALFREDO
GARFIAS
GONZALEZ

Firmado digitalmente por
MARIO ALFREDO
GARFIAS GONZALEZ
Fecha: 2022.02.07
21:25:39 -03'00'

RUBEN
URRUTIA
PULIDO

Firmado digitalmente por
RUBEN URRUTIA
PULIDO
Fecha: 2022.02.07
21:26:03 -03'00'