

CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

N°20 - MAYO 2021

REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN CONTRA FAASA CHILE SERVICIOS AÉREOS LTDA. Y MARTÍNEZ RIDAO CHILE LTDA. (SENTENCIA TDLC N° 179/2022) “CARTEL DEL FUEGO”



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

NOTA DE CASO:

REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN CONTRA FAASA CHILE SERVICIOS AÉREOS LTDA. Y MARTÍNEZ RIDAO CHILE LTDA. (SENTENCIA TDLC N° 179/2022)

“CARTEL DEL FUEGO”

1. RESUMEN DEL CASO

Con fecha 26 de enero de 2022, el Tribunal de Defensa de la Libre (“TDLC”) dictó su Sentencia n.º 179/2022, por la cual acogió el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) en contra de Faasa Chile Servicios Aéreos Ltda. (“Faasa Chile”) y Martínez Ridao Chile Ltda. (“MR Chile”, y en conjunto con Faasa Chile, las “Requeridas”) (el “Requerimiento”).¹

Presentado en julio de 2018, el Requerimiento imputó a las Requeridas haber infringido el artículo 3 incisos primero y segundo letra a) del Decreto con Fuerza de Ley n.º 211 (“DL 211”), por haber celebrado y ejecutado, entre los años 2009 y 2015, un acuerdo colusorio en el mercado chileno de los servicios de combate y extinción de incendios forestales prestados mediante aviones cisterna. En el marco de este acuerdo, y con el objeto de adjudicarse diversos contratos en dicho periodo, las Requeridas determinaron condiciones de comercialización, precios y la participación de oferentes en procesos de contratación convocados por entidades públicas y privadas.

En base a la prueba rendida en el proceso, el TDLC tuvo por acreditada la existencia de un acuerdo colusorio de carácter único y continuo entre las Requeridas, destinado a asignarse entre sí y adjudicarse contratos para la prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales a través de aviones cisterna, en el contexto de los procesos de contratación antes referidos. El TDLC decidió condenar a las Requeridas al pago de multas a beneficio fiscal y de las costas de la causa. Adicionalmente, el TDLC condenó a las Requeridas a la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia.

El 7 de febrero de 2022, tanto Faasa Chile como MR Chile dedujeron recursos de reclamación en contra de la decisión del TDLC. A la fecha de la preparación de esta nota, dichos recursos se encuentran pendientes de revisión y fallo por parte de la Corte Suprema.

¹ Proceso tramitado bajo el Rol C-358-2018 TDLC.

- 1.1. **El caso de la FNE.** El Requerimiento tuvo por origen la investigación reservada n.º 2424-17 FNE, iniciada de oficio en febrero de 2017 “para comprobar eventuales infracciones al artículo 3º incisos primero y segundo letra a) del Decreto Ley n.º 211”. Dicha investigación fue una reacción de la FNE a información divulgada por la prensa local, relativa un proceso seguido en España, en contra de un conjunto de empresas españolas activas en el combate y extinción de incendios forestales (las Requeridas entre ellas), por haberse éstas asignado zonas de influencia para la provisión de sus servicios, lo que habría llegado a afectar al mercado chileno.²

Entre otras, las medidas investigativas de entrada, registro e incautación conducidas por la FNE permitieron la recopilación de antecedentes para acusar a las Requeridas de haber infringido el artículo 3 incisos primero y segundo letra a) del DL211, por acordar y mantener, entre los años 2009 y 2015, un único acuerdo anticompetitivo destinado a impedir, restringir o entorpecer la competencia en el mercado chileno de los servicios de combate y extinción de incendios forestales prestados mediante aviones cisterna. De forma adicional, la FNE también acusó a las Requeridas de haber también acordado no competir por la contratación recíproca de sus trabajadores (acuerdos colusorios que se conocen en derecho comparado como “no-poaching agreements”).

De conformidad con la FNE, las Requeridas sostuvieron diversas reuniones y comunicaciones a lo largo del periodo relevante, especialmente de forma previa a las fechas de contratación. Los contactos eran entre los principales representantes de las compañías, y en éstos se abordaba una operación conjunta de cara a los demandantes de sus servicios en Chile³; entre ellos, la Corporación Nacional Forestal (“Conaf”) y las forestales Celco y Mininco.

En particular, el Requerimiento se refiere a seis procesos de contratación convocados entre los años 2009 y 2015, en los que las Requeridas habrían actuado coordinadamente para determinar condiciones de comercialización, los precios a ofertar, la participación de oferentes y, en definitiva, afectar los resultados de las convocatorias.⁴ Adicionalmente, la FNE también da cuenta de que conductas de las

² “En efecto, con fecha 14 de diciembre de 2016, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Sagunto, Valencia, España, dictó una resolución judicial o Auto en la que se establecieron ‘indicios racionales de criminalidad’ en el accionar de un conjunto de 15 empresas pertenecientes a la Asociación Española de Compañías Aéreas, las que habrían ejecutado delitos de alteración de precios en concursos públicos, organización criminal y falsedad de documentos mercantiles. Junto con ello [...] habrían extendido el actuar a [...] nivel internacional [...] afectando los mercados [...] en Portugal, Italia, Francia y Chile”. Requerimiento de la FNE, párrafo 2.

³ De hecho, en estas reuniones participan tanto ejecutivos relevantes de las matrices españolas como de sus filiales chilenas, por lo que las decisiones respecto de las operaciones en el mercado chileno eran por lo general adoptadas a

Requeridas también incluyeron evitar la entrada de un posible nuevo actor en el mercado chileno.

La FNE alegó la existencia de suficiente evidencia respecto de la aptitud del acuerdo para restringir la competencia y del poder de mercado que éste otorgaba a las Requeridas, quienes lograron adjudicarse casi la totalidad de los contratos en Chile entre los años 2009 y 2015, sin que existieran competidores que fuesen capaces de disciplinarlos. Así, la FNE alegó la configuración de la conducta descrita en el artículo 3 incisos primero y segundo letra a), vigente a la época de comisión de los hechos.⁵

En atención a la gravedad y duración de la conducta colusoria, la FNE solicitó al TDLC la imposición de multas a beneficio fiscal a cada una de las Requeridas; por 3.000 UTA en el caso de Faasa Chile (esto es, aproximadamente USD 2,4 millones⁶), y 4.000 UTA en el de MR Chile (esto es, aproximadamente USD 3,2 millones).

- 1.2. **La defensa de las Requeridas.** Las Requeridas rechazaron íntegramente el Requerimiento, controvirtiendo en sus contestaciones tanto la lectura de los hechos, como las consideraciones de derecho y económicas esgrimidas por la FNE.

A juicio de Faasa Chile, el caso de la FNE torna inverosímil la existencia de un esquema colusorio como el imputado, dado que resulta imposible interpretar los hechos (algunos contradictorios entre sí) de forma que se sustente la existencia de un acuerdo único y continuo. De esta manera, la concurrencia de una serie de factores, no relacionados con un cartel, explicarían los eventos cuestionados. Adicionalmente, atendidas las características del mercado, sería imposible el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por el tipo infraccional vigente a la época de los hechos: principalmente, que el supuesto acuerdo haya tenido la aptitud objetiva para afectar la libre competencia y que haya además conferido poder de mercado a las Requeridas del cual hubiesen podido abusar.

Por su parte, MR Chile negó de igual forma la existencia del cartel y la concurrencia de los de los requisitos legales exigidos por la norma vigente a la época de los hechos, y afirmó que, en cualquier caso, los episodios correspondieron a hechos separados y

(2010-2011) – donde las Requeridas habrían fijado al alza los precios de sus ofertas; (iii) Conaf (2012) – donde Faasa Chile se habría abstenido de competir en favor de MR Chile; (iv) Mininco (2012) – donde las Requeridas habrían acordado los precios a ofertar y repartirse la provisión del servicio; (v) Celco (2012) – donde Faasa Chile se habría abstenido de participar en favor de MR Chile; y (vi) Conaf (2014-2015) – donde Faasa Chile se habría desistido en favor de MR Chile.

⁵ A juicio de la FNE, se configuran todos los elementos normativos exigidos en el texto de la época de ocurrencia de los hechos, en tanto: (i) existió un acuerdo sobre una variable relevante de competencia; (ii) el acuerdo se habría materializado entre competidores; y (iii) el acuerdo habría conferido poder de mercado a las Requeridas. Véase Requerimiento de la FNE a los autos 62 y 67.

divisibles, que no constituyeron una única conducta de carácter permanente. En opinión de MR Chile, la realidad del mercado presenta algunas particularidades que dan cuenta de un cierto grado de conocimiento acerca del competidor y de la exigencia de colaboración, lo que no debe confundirse con un afán por coludirse.

En este sentido, ambas Requeridas apuntaron a determinadas circunstancias de hecho y económicas a fin desvirtuar las imputaciones de la FNE. Así, por ejemplo, los eventos de incremento de los precios ofertados habrían obedecido a meros reajustes por IPC, al incremento de los costos de operación o a limitaciones temporales en sus flotas para responder a la demanda chilena. Además, las Requeridas alegaron la existencia de una demanda concentrada y con un gran poder negociador, como un factor que en cualquier caso hubiese evitado cualquier adquisición de un mayor poder de mercado como resultado del supuesto cartel.

En razón de lo anterior, las Requeridas solicitaron al TDLC, en lo principal, el rechazo del Requerimiento y, en subsidio, tanto la declaración de prescripción en relación con los hechos acaecidos antes del año 2013, como una rebaja sustancial de las multas pretendidas por la FNE.

- 1.3. **Discusión en torno a la definición del mercado relevante.** En lo que respecta al mercado relevante, la FNE señaló en el Requerimiento que las conductas denunciadas incidieron en el mercado de los servicios de combate y extinción de incendios forestales mediante aviones cisterna durante las temporadas comprendidas entre los años 2009 y 2015.⁷ Desde un punto de vista geográfico, el mercado relevante comprende todo el territorio nacional.

Por su parte, las Requeridas defendieron distintas aproximaciones a la definición del mercado relevante del producto. En síntesis, mientras Faasa Chile compartió en gran medida la definición propuesta por la FNE (así como también la caracterización del mercado)⁸, MR Chile sostuvo que esta dimensión sería más amplia, comprendiendo tanto el uso de aviones como de helicópteros (los que serían en gran medida sustitutos). En lo que respecta al ámbito geográfico, ambas Requeridas alegaron por

⁷ En relación con la dimensión del producto, la FNE sostuvo que, si bien en los servicios de combate aéreo de incendios intervienen tanto aviones cisterna como helicópteros (los que, en conjunto o por separado, expulsan líquidos y/o espumas químicas con la finalidad de retardar, controlar y extinguir un incendio), desde la perspectiva de su uso, éstos

CARTEL DEL FUEGO - PROGRAMA LIBRE COMPETENCIA UC

Véase Requerimiento de la FNE, párrafo 52

⁸ Véase escrito de contestación de Faasa Chile, página 10.

definiciones más estrechas que la concluida por la FNE, circunscribiéndolas a solo ciertas regiones del sur del país.

En su Sentencia n.º 179/2022, el TDLC zanja esta discusión corroborando la existencia de antecedentes que dan cuenta de diferencias significativas entre las características y uso de ambos tipos de aeronaves (aviones cisterna y helicópteros), las que no permitirían encasillarlas dentro de un mismo mercado relevante (sin perjuicio de su complementariedad). Como conclusión, el TDLC estableció el mercado relevante del producto como el “*de la prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales prestados mediante aviones cisterna [modelo AT-802]*”.⁹ Luego, asumiendo un enfoque conservador, el TDLC concordó con la FNE considerando una definición del ámbito geográfico que abarca todo el territorio nacional.¹⁰

- 1.4. **La decisión del TDLC.** En concordancia con decisiones anteriores¹¹, el TDLC realizó una apreciación individual de los medios de prueba (de conformidad con las reglas de la sana crítica) para determinar los hechos concluyentemente probados y, enseguida, procedió a efectuar una revisión conjunta de todos ellos a través de un examen holístico de la prueba. De conformidad con la práctica del TDLC, este análisis estuvo destinado a determinar la veracidad del caso de la FNE, en contraste con las hipótesis alternativas entregadas por las Requeridas.

En síntesis, el TDLC concluyó que la prueba rendida permitió acreditar la existencia de un acuerdo colusorio de carácter único y continuo entre las Requeridas, celebrado con el único objeto de asignarse entre sí y adjudicarse contratos para la prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales a través de aviones cisterna. Lo anterior, en el marco de los procesos de contratación convocados por entidades públicas y privadas entre los años 2009 y 2015.¹²⁻¹³ En este sentido, el TDLC revisó y corroboró cada uno de los seis episodios comprendidos en la imputación de la FNE, y confirmó que el acuerdo tuvo la aptitud objetiva para afectar la competencia y que otorgó poder de mercado.

Con todo, el TDLC estableció que la circunstancia de haber las Requeridas decidido no competir respecto con la contratación de personal, debía ser considerada únicamente como “*un indicio grave y preciso acerca de la intensidad de la coordinación de las Requeridas en Chile*” (y no como una conducta reprochable bajo el

⁹ Véase Sentencia del TDLC, considerando cuadragésimo noveno.

¹⁰ Véase Sentencia del TDLC, considerandos quincuagésimo tercero y quincuagésimo cuarto.

¹¹ Véase, entre otras, Sentencias TDLC n.º 167/2019; 171/2019; y 172/2020.

¹² Véase Sentencia del TDLC, entre otros, considerando quincuagésimo sexto.

¹³ En este sentido, el TDLC estimó que la separación en el tiempo entre los eventos y conductas reprochadas, no

procedimiento), principalmente por escapar del objeto y configuración del acuerdo imputado.¹⁴ Esto, a pesar de haber considerado el TDLC que las explicaciones proporcionadas por las Requeridas no desvirtuaban la prueba rendida por la FNE al respecto.

Luego, habiéndose acreditado la existencia de un acuerdo único y permanente, y considerando que el plazo de prescripción de la acción para perseguir acuerdos colusorios es de cinco años contados desde que cesan los efectos imputables a la conducta en el mercado (según prescribe el artículo 20 inciso cuarto del DL 211), el TDLC decidió rechazar las excepciones de prescripción opuestas por las Requeridas¹⁵ y, en definitiva, acoger el Requerimiento.

En consistencia con los últimos casos de colusión relativos a procesos de contratación¹⁶, a efectos del cálculo de las multas, el TDLC primero determinó montos base, los que luego ajustó en función de la gravedad de la conducta, su duración, el efecto disuasorio y las posibles circunstancias agravantes o atenuantes. Finalmente, y tras cuestionar los montos solicitados por la FNE (por no haber estado debidamente justificados), condenó a Faasa Chile y a MR Chile al pago de multas ascendentes a: **(i)** 1.900 UTA (aproximadamente USD 1,5 millones) en el caso de Faasa Chile; y **(ii)** 6.000 UTA (aproximadamente USD 4,8 millones) en el caso de MR Chile.

Finalmente, el TDLC decidió también imponer a las Requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, el que debe satisfacer al menos los requisitos establecidos en la “Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” (2012) e implementarse por un plazo mínimo de cinco años.

2. FICHA JURISPRUDENCIAL

Órgano Competente	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
-------------------	--

Tipo de Acción	Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.
Conducta	Acuerdo y ejecución de acuerdo colusorio (de tipo <i>bid rigging</i>), en infracción al 3 letra a) del DL211.
Partes	Fiscalía Nacional Económica en contra de Faasa Chile Servicios Aéreos Ltda. y Martínez Ridao Chile Ltda.
N.º de Caso	Rol C-358-2018 TDLC Sentencia TDLC n.º 179/2022.
Fecha de la Decisión	Sentencia TDLC de fecha 26 de enero de 2022.
Resultado	<p>Acreditación de existencia de un acuerdo colusorio de carácter único y continuo, y declaración de haber infringido las requeridas el artículo 3 letra a) del DL 211.</p> <p>Condena a las requeridas al pago de multas a beneficio fiscal y a la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia.</p> <p>A la fecha de la nota, los recursos de reclamación interpuestos por las requeridas están aún pendientes de revisión y fallo por parte de la Corte Suprema.</p>
Hechos	Las requeridas pactaron e implementaron un acuerdo colusorio entre los años 2009 y 2015, con el objeto de adjudicarse diversos contratos de prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales a través de aviones cisterna. En virtud de dicho acuerdo, las requeridas determinaron condiciones de comercialización, precios y la participación de oferentes en procesos de contratación convocados por entidades públicas y privadas.
Mercado Relevante	El mercado de la prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales prestados mediante aviones cisterna [modelo AT-802] en el territorio nacional.
Teoría de Daño Aplicada por la Autoridad	La acusación de la FNE apunta a que las requeridas habrían infringido el artículo 3 incisos primero y segundo letra a) del DL211, por acordar y mantener, entre los años 2009 y 2015, un único acuerdo anticompetitivo destinado a impedir, restringir o entorpecer la competencia en el mercado chileno de los servicios de combate y extinción de incendios forestales prestados mediante aviones cisterna. De forma adicional, la FNE también acusó a las requeridas de haber también acordado no competir por la contratación recíproca de sus trabajadores (acuerdos colusorios que se conocen en derecho comparado como “ <i>no-poaching agreements</i> ”).