

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 67/2008.

Santiago, diecisiete de junio de dos mil ocho.

VISTOS:

1. Con fecha 12 de enero del año 2007, la empresa “Helicópteros del Pacífico Limitada.” (en adelante “Helicópteros del Pacífico”) interpuso una demanda en contra del Ministerio de Agricultura y de la Corporación Nacional Forestal (en adelante CONAF), por conductas de competencia desleal consistentes en ofrecer y prestar servicios aéreos de extinción de incendios sin contar con la habilitación legal necesaria y, por otra parte, en obtener información confidencial de sus competidores mediante una licitación que luego fue declarada desierta. También acusa a CONAF de conductas predatorias, al prestar estos servicios en forma gratuita, lo que acabará por destruir a la oferta privada. En particular, los argumentos esgrimidos por la demandante son los siguientes:

1.1. Considera la demandante que CONAF integra el sector público bajo la dependencia del Ministerio de Agricultura, y ejerce potestades públicas en materia forestal. Específicamente, respecto de la extinción de incendios forestales, señala que, hasta el año 2006, CONAF licitaba a operadores privados servicios aéreos para dicha finalidad.

1.2. Sin embargo, en septiembre de 2006, dicha Corporación llamó a una licitación por estos servicios, en la que exigió a los oferentes información relativa a sus antecedentes legales, económicos y financieros y, entre éstos, su estructura de costos. A esa licitación se presentaron dos operadores, Aerozonal e Inversiones Patagonia, sin perjuicio de lo cual fue declarada desierta, argumentando CONAF que los precios ofertados fueron muy altos;

1.3. Indica la demandante que, coetáneamente, CONAF compró tres aviones cisterna y ha anunciado interés en comprar helicópteros para operar directamente la extinción aérea de incendios, contratando el personal y las instalaciones necesarias para hacerlo; y que obtuvo una autorización “No Comercial” de la Dirección General de Aeronáutica Civil, la que sin embargo le impediría prestar servicios aéreos remunerados.

1.4. Se imputa a CONAF el desarrollo de una actividad económica sin habilitación legal, infringiendo garantías constitucionales, lo que a juicio de la demandante constituiría una conducta de competencia desleal. Sostiene esta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

última que el Estado puede participar en la actividad empresarial sólo en forma excepcional, subsidiaria, y que requiere en cualquier caso de una ley de quórum calificado que así lo autorice.

1.5. Señala además que, si CONAF cobra por los servicios de extinción aérea de incendios forestales que presta, se constituye en un competidor desleal, ya que usó los procesos de licitación previos para conocer información confidencial y sensible de los operadores del mercado, conoció en detalle los costos, estrategias y situación comercial de sus competidores, usándolos en su beneficio. Por el contrario, si prestase estos servicios en forma gratuita, ello constituiría una práctica predatoria que acabaría por destruir a la oferta privada, al transformarse en un competidor que se financia con recursos públicos.

1.6. Considera la demandante que las conductas señaladas afectan el mercado de servicios aéreos de extinción de incendios forestales, en el que participan, como oferentes, empresas aéreas que operan mediante helicópteros y aviones cisterna y en el que, hasta el ingreso de CONAF, sólo operaban privados. Estos servicios son contratados por empresarios, dueños o administradores de predios forestales, sean estos públicos y/o privados, que están dispuestos a pagar por la protección de sus recursos forestales en caso de siniestros, bajo la modalidad de contratos por temporada o por siniestro. En cuanto a CONAF, esa corporación tradicionalmente era un demandante relevante de estos servicios, que licitaba por temporadas.

1.7. La demandante lo describe como un mercado maduro, con una marcada estacionalidad (5 meses al año) y demanda constante, limitada por la cantidad de hectáreas de bosques y el número de incendios por año. Se requiere de inversiones relevantes y específicas para esta actividad. Hay numerosas empresas en operación, incluso con capacidad instalada ociosa.

1.8. Señala que la competencia en este mercado se da por eficiencia en los costos, pues no hay diferenciación del servicio, y los precios son relativamente similares entre los distintos oferentes.

1.9. En mérito de lo descrito, solicita la demandante que se declare:

- a) Que CONAF, como organismo dependiente del Ministerio de Agricultura del Estado de Chile, a través de una serie de actos y contratos y sin el debido respaldo constitucional y legal, ha vulnerado la libre competencia al ingresar como operador en el mercado de servicio o trabajo aéreo de extinción de incendios forestales;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- b) Que CONAF, como organismo dependiente del Ministerio de Agricultura del Estado de Chile, en tanto no se dicte una ley de quórum calificado que la autorice, deberá abstenerse de participar o desarrollar la actividad empresarial de servicio o trabajo aéreo de extinción de incendios forestales;
 - c) Que CONAF, como organismo dependiente del Ministerio de Agricultura del Estado de Chile, no podrá prestar los servicios de extinción aérea de incendios forestales, ni en forma gratuita ni en forma remunerada respecto de predios que sean distintos de aquellos que administra; y,
 - d) Que se condene en costas a las demandadas.
2. Con fecha 13 de marzo de 2007, a fojas 203, el Ministerio de Agricultura contestó la demanda, solicitando su rechazo con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos:
- 2.1. Afirma que no se señala ninguna acción específica y concreta por parte del Ministerio y que éste no ha tenido ninguna participación en las supuestas conductas ilícitas imputadas a CONAF. Señala que son entidades completamente diferentes, pues CONAF tiene personalidad jurídica propia, de derecho privado y que su vínculo institucional no implica responsabilidad por las acciones de dicha corporación;
 - 2.2. Describe la creación de CONAF, desde 1970 a la fecha, y sus atribuciones, específicamente las relacionadas a la prevención y combate de incendios forestales. Afirma que en ningún caso corresponden a actividades empresariales, citando jurisprudencia reciente por estos mismos hechos. A su juicio, el cumplimiento de funciones públicas no puede considerarse como contrario a la libre competencia;
 - 2.3. Explica que la adquisición de aviones por CONAF es consistente con esas funciones, ya que incluso en los incendios de predios privados existe un interés público comprometido, por el deber de protección del medio ambiente. Señala que este servicio de extinción de incendios es gratuito, no remunerado por terceros;
 - 2.4. Considera que la acusación de práctica predatoria es insostenible, ya que CONAF no es competidor de la demandante, no cobra un precio por sus servicios y se trata del ejercicio una función pública, por lo que resulta inconcebible que pueda expulsar a los operadores privados y luego imponer precios más elevados;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.5. Solicita, en consecuencia, que se rechace la demanda con respecto al Ministerio, por no caberle participación ni responsabilidad en las acciones contenidas en ella, y porque no se han infringido las normas de libre competencia;

3. Con fecha 13 de marzo de 2007, a fojas 338, la Corporación Nacional Forestal contestó la demanda, solicitando igualmente su rechazo con expresa condena en costas, por los siguientes antecedentes y argumentos:

3.1. Señala que CONAF es una corporación de derecho privado, a cargo del cuidado y protección de las Áreas Silvestres Protegidas del Estado, conformada por 14 millones de hectáreas, prevenir y combatir incendios forestales, fiscalizar el cumplimiento de normas legales sobre actividad forestal e incentivar forestación.

3.2. En 1970 se asignó el Programa de Protección contra Incendios Forestales a la Corporación de Reforestación (antecesora de actual CONAF), y mediante el D.S. Nº 733, de 1982, se le encomienda directamente a dicha corporación estas funciones.

3.3. Argumenta que el mercado nacional de extinción aérea no es suficientemente competitivo para asegurar la oportunidad, buenos precios y calidad del servicio que requiere CONAF. Ante un significativo incremento de los precios en los últimos años, tuvo que recurrir a presupuestos suplementarios para financiar la contratación de servicios privados. En ese sentido, en la licitación que realizó en septiembre de 2006 sólo participaron dos empresas, y la mejor oferta fue aproximadamente 50% más alta que el precio de la temporada anterior, por lo que se decidió declararla desierta.

3.4. Afirma que, luego de análisis técnico, se estimó un ahorro de costos de \$ 45 millones por cada avión propio operado por CONAF respecto de la opción de arriendo y así, en diciembre de 2006, se adquirieron tres aviones tipo Dromader. La operación propia reduce el tiempo de inoperatividad, elimina la incertidumbre de disponibilidad y disminuye los presupuestos utilizados en emergencia de horas extra.

3.5. Considera la demandada que los servicios aéreos de extinción de incendios no corresponden a una actividad empresarial de CONAF sino que, por el contrario, están comprendidos entre sus facultades. Existe jurisprudencia reciente, en recursos de amparo económico, respecto de la legalidad de CONAF para desarrollar esta actividad, pues no sería una

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

actividad empresarial o comercial, al carecer de fines de lucro, y estaría habilitada por el D.S. N° 733 de 1982.

3.6. Señala que, además, cuenta con una autorización de la DGAC que la habilita para prestar servicios aéreos “No Comerciales”, que son precisamente aquellos sin fines de lucro.

3.7. En cuanto al mercado relevante, CONAF argumenta que existe un constante aumento de la superficie forestal plantada, lo que no corresponde a un mercado maduro, como se afirma en la demanda. Sólo las grandes forestales contratan servicios privados de extinción aérea, mientras que el resto de los predios forestales debe ser protegido por el sector público. Y respecto de la supuesta capacidad instalada ociosa, sostiene que los aviones existentes tienen una antigüedad que excede los rangos de seguridad.

3.8. Afirma CONAF que no rivaliza con las empresas privadas, y que la actividad comercial de éstas no ha podido ser afectada con sus actividades, ya que no ha cobrado por la extinción de incendios ni ha buscado lucro con estos servicios.

3.9. Finalmente, sostiene que la demanda no invocaría normas específicas del D.L. 211 que hayan sido vulneradas, y que en ningún caso las actuaciones de CONAF han afectado la libre competencia del mercado. Solicita, en consecuencia, que se rechace íntegramente la demanda, con expresa condena en costas.

4. A fojas 367, se fijan como hechos, sustanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:

- a) Estructura, características y condiciones de la oferta y demanda, tanto pública como privada, de servicios de extinción de incendios forestales por medios aéreos en Chile. Participación de la demandante y de CONAF en la oferta y demanda de dichos servicios, desde el año 2002 a la fecha; y,
- b) Efectividad de que CONAF preste o haya prestado servicios de extinción de incendios forestales por medios aéreos en forma gratuita. Forma en que ha operado dicho servicio; participación del Ministerio de Agricultura en los hechos y conductas señaladas en la demanda.

5. En cuanto a la prueba rendida en autos, esta consta de lo siguiente:

- 5.1. Las partes acompañaron documentos a fojas 163, 203, 338, 379, 433, 511, 657, 714, 865, 901 y 967, respecto de la normativa orgánica de CONAF, las licitaciones de servicios de extinción aérea de incendios y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los procesos de adquisición de aviones Dromader y helicópteros realizadas por esa corporación; y los convenios y contratos sobre servicios de prevención y extinción de incendios celebrados, tanto por CONAF como por otros operadores privados, con empresas forestales.

5.2. A fojas 534 y 652 constan las exhibiciones de documentos solicitadas respecto de CONAF y del Ministerio de Agricultura. Asimismo, a fojas 914, consta la exhibición de documentos de la empresa Forestal Mininco.

5.3. Respondieron a oficios ordenados por el Tribunal las empresas Forestal O'Higgins (a fojas 583), Forestal Galvarino (a fojas 586), Forestal Copihue S.A. (a fojas 587), Forestal y Agrícola Los Boldos (a fojas 589), Forestal Forvir (a fojas 593), Forestal Tromen (a fojas 605), Forestal Magasa (a fojas 609), Forestal Rayonier (a fojas 619), Forestal Valparaíso (a fojas 621 y 912), Forestal Arauco (a fojas 626), Forestal Anchile (a fojas 635), Forestal Santa Blanca (a fojas 645), Masisa S.A. (a fojas 865), y las empresas Celulosa Arauco y Constitución S.A., Forestal Valdivia S.A., Bosques Arauco S.A., Forestal Arauco S.A., y Forestal Celco S.A. (a fojas 918).

5.4. Consta en autos, a fojas 627, el Oficio N° 08/1/2/1168, de la Dirección General de Aeronáutica Civil, de 7 de agosto de 2007; a fojas 632, el Oficio N° 12387, del Servicio Nacional de Aduanas, de 4 de agosto de 2007; y, a fojas 919, el Oficio Ord. N° 3003, del Servicio de Impuestos Internos, de 26 de octubre de 2007.

5.5. Declararon como testigos, por la parte de CONAF, los señores Luis Enrique Martínez Díaz (a fojas 518) y Sergio Horacio Mendoza Olavarria (a fojas 536).

5.6. A fojas 599 consta la absolución de posiciones de don Carlos Emilio Barrie Orellana, representante legal de la demandante.

5.7. A fojas 924 consta el informe requerido a la Fiscalía Nacional Económica, que describe el mercado y las conductas imputadas en la demanda. Señala que los servicios aéreos de extinción de incendios forestales corresponden a una industria relativamente concentrada, con tres grandes operadores, con cierta capacidad ociosa, pero no presenta grandes barreras legales de entrada ni costos hundidos. Concluye el informe, en síntesis, que CONAF desarrolla un servicio público, respecto del cual los oferentes particulares actúan como un seguro para quienes pretendan minimizar los riesgos de incendios forestales, de modo que no puede entenderse que CONAF sea competidor de éstos,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

no siendo de resorte de los organismos de defensa de la libre competencia juzgar, en lo demás, el apego de CONAF a la ley.

6. A fojas 612, CONAF presentó observaciones respecto de la prueba confesional rendida en autos.
7. A fojas 970, con fecha diez de enero de 2008, el Tribunal ordenó traer los autos en relación y, en la audiencia del día tres de abril del mismo año, se llevó a cabo la vista de la causa, alegando los apoderados de las partes.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Primero. Que la demandante afirma que CONAF y el Ministerio de Agricultura han incurrido en prácticas predatorias en perjuicio de los operadores privados de extinción aérea de incendios, en los casos en que dicha corporación presta estos servicios en forma gratuita a predios privados, lo que a su juicio acabará por destruir a la oferta privada al transformarse en un competidor desleal que se financia con recursos públicos;

Segundo. Que la demandante ha imputado también a CONAF y al Ministerio de Agricultura conductas de competencia desleal consistentes en participar como oferente de servicios aéreos de extinción de incendios sin contar con la habilitación legal necesaria, bajo condiciones más favorables que el régimen común aplicable a las empresas privadas –igualmente sin contar con una ley de quórum calificado para ello– y, por otra parte, haber obtenido información confidencial de sus competidores mediante una licitación que luego fue declarada desierta;

Tercero. Que el Ministerio de Agricultura ha argumentado, en su defensa, que no ha tenido ninguna participación en las conductas ilícitas que se imputan a CONAF, y que la demanda no señala ninguna acción específica y concreta por parte del Ministerio. Dado que son entidades completamente diferentes, puesto que CONAF tiene personalidad jurídica propia, de derecho privado, el vínculo institucional que mantiene con el Ministerio no implica responsabilidad por las acciones de dicha corporación;

Cuarto. Que también afirma esa Secretaría de Estado que en ningún caso los servicios prestados por CONAF corresponden a actividades empresariales, ya que son gratuitos, no remunerados por terceros –citando jurisprudencia reciente por estos mismos hechos– y que el cumplimiento de funciones públicas, donde existe un interés público comprometido por el deber de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

protección del medio ambiente, no puede considerarse como contrario a la libre competencia;

Quinto. Que, respecto de la acusación de prácticas predatorias, considera el Ministerio que ésta es insostenible, ya que CONAF no es competidor de la demandante, no cobra un precio por sus servicios y se trata de una función pública, por lo que resulta inconcebible que pueda expulsar a los operadores privados y luego imponer precios más elevados;

Sexto. Que, por su parte, CONAF argumenta, en primer término, que la demanda no invocaría normas específicas del D.L. 211 que hayan sido vulneradas. Luego afirma que CONAF está habilitada para desarrollar esta actividad por el D.S. N° 733 de 1982, que no ha cobrado por la extinción de incendios ni ha buscado lucro con estos servicios, por lo que no rivaliza con las empresas privadas, y que la actividad comercial de éstas no ha podido ser afectada, ni tampoco la libre competencia del mercado. Señala que sus actividades no serían de carácter empresarial o comercial, al carecer de fines de lucro, y que cuenta con la expresa autorización de la DGAC para prestar servicios aéreos “No Comerciales”;

Séptimo. Que, además, dicha corporación considera que el mercado nacional de extinción aérea de incendios no es suficientemente competitivo para asegurar la oportunidad, buenos precios y calidad del servicio que requiere para llevar a cabo sus fines de protección de los recursos forestales;

Octavo. Que, a fin de establecer si efectivamente las demandadas incurrieron en las conductas imputadas, y si dichas conductas configuran o no infracciones a la libre competencia, se analizará a continuación el mercado relevante en que incidirían éstas;

Noveno. Que, para definir si una actividad determinada —en este caso los servicios de extinción aérea de incendios— corresponde a una actividad económica en los términos establecidos en el artículo 1° del D.L N° 211, para los efectos de resguardar la libre competencia, debe atenderse, a juicio de este Tribunal, a la naturaleza misma de la actividad y no a la de quien la realice;

Décimo. Que, además, todo agente económico, esto es, cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado como oferente o demandante de bienes o servicios, realiza actividades que se encuentran sometidas al Decreto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ley N° 211, cuyo artículo 3°, inciso primero, no hace distingo alguno referido a fines o calidades. Así, por ejemplo, este Tribunal se ha pronunciado anteriormente respecto de conductas anticompetitivas imputadas a organizaciones sin fines de lucro (Sentencias N° 1, 15, 35 y 56), y a organismos públicos (Sentencias N° 4, 11, 13, 14, 20, 32, 34, 37 y 44);

Undécimo. Que, por lo demás, los servicios de extinción aérea de incendios se encuentran regulados en los artículos 95 y siguientes del Código Aeronáutico, y en los Capítulos 2 y 6.6 del Reglamento de Operación de Aeronaves, Decreto N° 52, del año 2002, del Ministerio de Defensa Nacional, comprendidos dentro de la categoría de “trabajos aéreos”. De acuerdo a las normas citadas, son “trabajos aéreos comerciales” aquellos que se realizan con fines de lucro, en aeronaves comerciales certificadas para tales efectos; y son “trabajos aéreos no comerciales” aquellos que se ejecutan sin fines de lucro en aeronaves privadas;

Duodécimo. Que, por otra parte, según dispone el artículo 93 del citado Código Aeronáutico, la *“aeronáutica no comercial es la que tiene por objeto actividades de vuelo sin fines de lucro, tales como la instrucción, recreación o deporte. La aviación no comercial no podrá realizar servicios de transporte o trabajos aéreos remunerados. Sin embargo, previa autorización de la Junta de Aeronáutica Civil, la aviación no comercial podrá efectuar servicios de transporte o trabajos aéreos pagados, siempre que éstos no persigan fines de lucro, cuando la aeronáutica comercial no esté en condiciones de prestar dichos servicios.”*;

Decimotercero. Que, según lo dispuesto en la norma antes citada, la aviación no comercial, situación en que se encuentra CONAF, no está facultada para realizar servicios de transporte o trabajos aéreos remunerados, salvo autorización previa de la Junta de Aeronáutica Civil, la que sólo podrá otorgarse si se cumplen dos requisitos: (i) que éstos no persigan fines de lucro, y; (ii) que la aeronáutica comercial no esté en condiciones de prestar dichos servicios;

Decimocuarto. Que, al respecto, se encuentra acreditado en autos que CONAF cuenta únicamente con un “Certificado Especial de Operador Aéreo No Comercial”, emitido por la Dirección General de Aeronáutica Civil (Res. DGAC N° 08/0/071, de 24 de noviembre de 2006, acompañado a fojas 338), que sólo la autoriza para realizar operaciones de trabajos aéreos de extinción de incendios no comerciales, como entidad sin fines de lucro, sin cobrar por ello.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Concuerda con lo anterior lo informado por la DGAC mediante el oficio N° 08/1/2/1168, de 7 de agosto de 2007, que rola a fojas 627, en que señala que CONAF, como entidad sin fines de lucro, está habilitada para prestar servicios aéreos a terceros en forma gratuita. Así por lo demás ha sido resuelto por la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago y confirmado por la Excma. Corte Suprema de Justicia, tal como consta de la jurisprudencia acompañada a fojas 511, en el sentido que CONAF prestaría un servicio público gratuito, por lo que rechazó los recursos de amparo económico interpuestos en contra de dicha corporación;

Decimoquinto. Que, por otra parte, no consta en autos que CONAF cuente con la autorización de la Junta de Aeronáutica Civil que le permita cobrar por la prestación de servicios de extinción de incendios, a que se refieren las consideraciones Duodécima y Decimotercera, precedentes, por lo que dicha Corporación sólo estaría legalmente habilitada para realizar trabajos aéreos, pero en ningún caso para hacerlo en forma remunerada, y menos si la aeronáutica comercial estuviera en condiciones de prestar dichos servicios directamente. En dicho caso, además de infringirse la norma indicada dichas consideraciones, no se estaría respetando los principios de subsidiariedad y libertad empresarial, consagrados en los artículos 1° y 19 N° 21 de nuestra Constitución Política, entre otros;

Decimosexto. Que establecido lo anterior, y con el objeto de determinar si las conductas imputadas a CONAF producen o tienden a producir efectos contrarios a la competencia, es preciso definir y caracterizar el mercado en el que participa y la posición que ocupa en el mismo;

Decimoséptimo. Que, al respecto, no se encuentra controvertido que CONAF participa en las actividades de extinción de incendios en predios sometidos a su administración y cuidado, así como en predios de terceros. En términos generales, la actividad de extinción de incendios involucra la participación de equipos de combate aéreo y equipos de combate terrestre. Los equipos de combate aéreo utilizan helicópteros y aviones cisternas para transportar y arrojar líquidos o espumas químicas, o una combinación de ellos, sobre el foco del incendio, con la finalidad de extinguirlo o controlarlo. Los helicópteros son utilizados además para transportar a los brigadistas y los equipos necesarios para el combate terrestre. De lo anterior se deduce que los servicios prestados por los aviones cisterna y los helicópteros pueden presentar interacciones que involucren tanto efectos de sustitución como de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

complementariedad entre ellos. Por otra parte, los equipos de combate terrestre están constituidos por brigadistas que realizan tareas de prevención y de extinción en tierra;

Decimoctavo. Que, en cuanto a los equipos de combate aéreo, la oferta de servicios de extinción de incendios mediante los aviones cisterna se diferencia de la oferta realizada por los helicópteros en una serie de factores: costo de operación, radio de acción, volumen de líquido que pueden transportar y tiempo de reacción. Todo lo anterior incide en la eficiencia y efectividad con que uno y otro medio combaten los incendios y, por consiguiente, en su grado de sustituibilidad;

Decimonoveno. Que, de los antecedentes proporcionados por la FNE en su informe de fojas 924 y siguientes, se desprende que, al año 2007, participaban como oferentes de servicios aéreos de extinción de incendios, además de CONAF, ocho empresas privadas. La oferta de aeronaves estaba conformada, a esa época, por 15 aviones (13 de ellos modelo PLZ Dromader M18B) y 37 helicópteros, siendo la empresa Consorcio Patagonia del Pacífico S.A., integrado por las empresas Helicópteros del Pacífico e Inversiones Aéreas Patagonia, la que concentra aproximadamente el 47% de los helicópteros y el 68% de los aviones disponibles. Esta dotación de equipos de combate aéreo para la extinción de incendios presenta heterogeneidad en cuanto a su antigüedad, aspecto que incide en la confiabilidad y seguridad operacional de estos equipos. Por su parte, CONAF cuenta con 3 aviones y 1 helicóptero propios, y además ha contratado con otros operadores aéreos para contar con aeronaves adicionales;

Vigésimo. Que, en relación con el grado de sustitución de aeronaves para la provisión de servicios aéreos de extinción de incendios, la FNE señaló en su informe de fojas 924 y siguientes, que los aviones serían más eficientes que los helicópteros para el combate aéreo de incendios y que, por consiguiente, no participarían del mismo mercado relevante. Sin embargo, a partir de la información contenida en los contratos acompañados a fojas 433, 534, 865, 901, 914, 918 y 921, este Tribunal es de la opinión que el grado de sustitución entre dichas aeronaves depende del tamaño del predio que se quiere resguardar, de la magnitud que alcance el siniestro una vez que se ha iniciado, y del precio de los respectivos servicios. De ello se desprende que los helicópteros y aviones podrían ser sustitutivos o complementarios entre sí, dependiendo de las circunstancias específicas de cada evento. Por lo anterior,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a falta de mayores antecedentes y considerando que tanto la demanda como las contestaciones no plantean algo diverso, este Tribunal adoptará como hipótesis para su análisis la definición más amplia del mercado relevante, esto es, considerará que la oferta de la industria incluye ambos tipos de aeronaves;

Vigésimo primero. Que, así las cosas, la demanda por servicios de extinción de incendios forestales está compuesta por personas naturales y jurídicas, tanto públicas como privadas, que enfrentan el riesgo de ser afectadas por incendios forestales;

Vigésimo segundo. Que la demanda resultante posee especificidades geográficas y estacionales (temporada de incendios). En efecto, según se evidencia de los antecedentes que rolan a fojas 324 y siguientes, la mayor parte de los incendios forestales ocurre entre la Vª y Xª regiones, y entre los meses de noviembre y abril. Asimismo, de estos antecedentes es posible diferenciar la demanda total por estos servicios en función de diversas categorías o fuentes de demanda: (a) los terrenos administrados por CONAF, (b) grandes predios privados con especialización forestal de tipo comercial, (c) predios pequeños y medianos con especialización forestal de tipo comercial, y (d) otros terrenos sin especialización de tipo forestal comercial;

Vigésimo tercero. Que debe tenerse en consideración que la ocurrencia de incendios forestales es fundamentalmente incierta. Dentro del contexto general antes descrito, se observa en la práctica que, tal como consta de los contratos ya citados, y de las declaraciones juradas acompañadas a fojas 511, la contratación de servicios aéreos de extinción de incendios se realiza mediante dos modalidades: (i) la celebración de un contrato de prestación de servicios entre oferentes y demandantes, por una o más temporadas de servicio, estableciéndose la disponibilidad en el tiempo, cantidad y características técnicas de los medios aéreos garantizados, el tiempo de respuesta máximo ante una emergencia de siniestro forestal, la tarifa por hora y la forma de pago; y (ii) la contratación de estos servicios por parte de una persona, jurídica o natural, una vez ya iniciado el incendio en una zona determinada.

Vigésimo cuarto. Que así, una parte de la demanda por los servicios en comento se asemeja a la demanda por un seguro respecto de la posible ocurrencia de este tipo de siniestros. Este segmento de demanda expresa sus disposiciones de pago contratando anticipadamente capacidad de oferta de servicios de extinción aérea, buscando garantizar tiempos rápidos de respuesta y cantidades mínimas aseguradas de servicio por parte de la oferta así

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contratada, segmento que, para efectos de esta sentencia, se denominará “mercado de contratos por temporadas”. El resto de la demanda corresponde a transacciones ante eventos específicos, una vez que ya ha sido detectado el inicio de un incendio forestal, y en las que no se había contratado anticipadamente el servicio. Este segundo componente de la demanda —que para efectos de la sentencia se denominará “mercado *spot*”— presenta una valoración por estos servicios caracterizada por su inmediatez y, por tanto, es dable esperar que, al menos respecto de este segundo segmento de la demanda por servicios aéreos de extinción de incendios, se presente un grado significativo de insensibilidad frente a variaciones en los precios de los mismos;

Vigésimo quinto. Que, adicionalmente, existen características que condicionan las valoraciones privadas de los usuarios de servicios aéreos de extinción de incendios; características que conducen a esperar, en opinión de este Tribunal, que la demanda privada total observable en el mercado por estos servicios sea menor que la demanda social total por los mismos, generándose por ello fallas de mercado que justificarían la actuación subsidiaria del Estado. Lo anterior, dado que es muy probable que la actividad orientada a detener un determinado foco de incendio beneficie no sólo a los agentes económicos hasta entonces directamente afectados por dicho siniestro, sino también a otros agentes que enfrentan la probabilidad de verse afectados en eventuales fases futuras del mismo, así como al medio ambiente;

Vigésimo sexto. Que los contratos de servicios por temporadas son celebrados por agentes económicos, por lo general empresas forestales grandes, que buscan asegurarse contra las pérdidas económicas que soportarían en caso de enfrentar limitaciones indeseadas en la oferta del servicio una vez producido el siniestro. Asimismo, y con similar motivación, consta a fojas 433, 534, 865, 901, 914, 918 y 921 que CONAF también ha celebrado y mantiene contratos de prestación de servicios de extinción de incendios por temporada con operadores privados, actuando recíprocamente tanto como demandante u oferente de contrapartes privadas, buscando así asegurar la provisión de medios aéreos suficientes para controlar y extinguir los incendios forestales en predios bajo su administración y en predios que sean propiedad de terceros;

Vigésimo séptimo. Que, históricamente, CONAF ha participado como oferente bajo ambas modalidades contractuales, esto es, atendiendo la demanda *spot* de personas naturales o jurídicas afectadas por un siniestro, como también

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios con empresas forestales, denominados “Convenios de Coordinación y Colaboración en la Prevención y Combate de Incendios”. En el primero de los casos, no existen antecedentes en autos que permitan acreditar que ha prestado tales servicios en forma remunerada. En el caso de los denominados “Convenios”, CONAF y la empresa forestal acuerdan pagarse recíprocamente el valor de aquellos recursos de detección y combate de incendios que efectivamente utilicen en la extinción de éstos, por una o más temporadas;

Vigésimo octavo. Que de lo anteriormente expuesto es posible confirmar que, para los efectos de esta causa, el mercado relevante es la provisión de servicios aéreos de extinción de incendios forestales mediante el uso de aviones y helicópteros, en todo tipo de predios, entre las regiones V^a y X^a del país;

Vigésimo noveno. Que, establecido lo anterior, corresponde ahora a este Tribunal determinar si existen o no barreras de entrada que dificulten o impidan el ingreso al mercado de servicios aéreos de extinción de incendios;

Trigésimo. Que al respecto, a juicio de este Tribunal, los principales elementos que podrían afectar las condiciones de entrada a este mercado son: (i) el tamaño mínimo eficiente de operación en relación al tamaño del mercado; (ii) el tiempo requerido de entrada a la industria; y (iii) los posibles costos de cambio de proveedor del servicio, desde el punto de vista de los demandantes (en el mercado de contratos por temporadas);

Trigésimo primero. Que, en relación con el primer elemento, este Tribunal estima que, sobre la base de los antecedentes aportados al proceso, es razonable presumir que en la provisión de este tipo de servicios existen costos indivisibles que definen escalas mínimas eficientes de operación a nivel de la firma oferente del servicio, las que a su vez definirán el número de firmas que, en equilibrio, puedan actuar como competidores en este mercado, condicionado por el tamaño de la demanda nacional relevante por estos servicios;

Trigésimo segundo. Al respecto, los antecedentes aportados en autos indican que en este mercado el número de firmas competidoras en los últimos años se ha ido reduciendo, tanto por fusiones como por salida de algunos operadores, desde 18 empresas el año 2003 a sólo 9 el año 2007 (Informe FNE, a fojas 924). Sin embargo, en el proceso no se han acompañado

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

antecedentes que permitan determinar cuál sería la escala mínima eficiente en la industria, y menos aún si dicha escala puede o no constituir una barrera relevante a la entrada;

Trigésimo tercero. Que, en relación con el segundo elemento mencionado, esto es, el tiempo requerido de entrada, y en particular respecto de los requisitos legales para operar en el mercado de servicios aéreos de extinción de incendios, la FNE informó a fojas 924 y siguientes que para un entrante a este mercado, obtener las autorizaciones necesarias para operar demoraría no más allá de 6 meses y que tal trámite no implica costos significativos. Por ello, los requisitos legales mencionados, en principio, no constituirían por sí mismos una barrera significativa a la entrada de nuevos operadores al mercado relevante de autos;

Trigésimo cuarto. Que, en relación con el tercer elemento mencionado en el considerando trigésimo, esto es, los posibles costos de cambio de proveedor del servicio bajo la modalidad de contratos por temporadas, los antecedentes acompañados a fojas 433, 534, 865, 901, 914, 918 y 921 dan cuenta de que, en general, los contratos de prestación de servicios suscritos entre las empresas forestales y los operadores ya establecidos tienen una duración de entre una y tres temporadas, y adicionalmente no presentan cláusulas de salida demasiado gravosas para los demandantes. Por lo tanto, en opinión de este Tribunal, los contratos vigentes para la prestación de estos servicios no constituirían, por sí mismos, una barrera de entrada relevante al segmento de mercado cuya demanda se satisface mediante contratos celebrados con anterioridad a la ocurrencia de un determinado siniestro forestal;

Trigésimo quinto. Que, por otro lado, debe agregarse a los tres factores antes analizados la circunstancia que CONAF haya decidido participar mediante su propia oferta de servicios aéreos de extinción de incendios en los predios públicos bajo su administración y que, además, mantenga “convenios de cooperación” con empresas forestales, lo que tendría el efecto de disminuir en forma relevante la demanda de mercado a la que pueden aspirar, en forma actual o potencial, los oferentes privados de la industria;

Trigésimo sexto. Que, adicionalmente y por el lado de la oferta, las aeronaves destinadas a la prestación de servicios aéreos de extinción de incendios no enfrentan barreras de salida significativas, por lo que sería posible reasignar dichos recursos productivos hacia otros usos alternativos. Así se desprende de lo informado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 924;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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 en el segmento de mercado de contratos por temporada;

Trigésimo octavo. Que, en lo concerniente al segmento de mercado *spot*, por sus características ya descritas, si bien es cierto que los oferentes ya establecidos en este mercado -entre ellos CONAF- podrían tener un poder de mercado del que eventualmente podrían abusar, no existen antecedentes en autos que permitan darlo por acreditado. A mayor abundamiento, es dable sostener que, en el largo plazo, la posibilidad de suscribir contratos por temporadas con empresas que presten el servicio de extinción de incendios con medios aéreos podría actuar como incentivo para que quienes actúan por el lado de la oferta en el mercado *spot* se abstengan de ejercer abusivamente su poder de mercado. De cualquier modo, no existen en el proceso antecedentes que permitan a este Tribunal formarse convicción acerca de la forma en que se comportan los oferentes en este mercado ni de la relación que existe entre éste y el de los contratos por temporadas;

Trigésimo noveno. Que, establecido lo anterior, corresponde a continuación determinar si las demandadas han realizado algún hecho, acto o convención que tuviera por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o que tendiera a producir tales efectos en el mercado relevante;

Cuadragésimo. Que, en primer lugar, para resolver dicha cuestión es necesario distinguir entre las actividades de extinción de incendios que realiza CONAF en predios sometidos a su administración y cuidado, ya sea que la efectúe mediante subcontratación de operadores privados o directamente por el personal y con medios de esa Corporación, y la prestación del mismo servicio por CONAF, en predios de terceros;

Cuadragésimo primero. Que, en el primero de los casos descritos, como ya se ha dicho, esta actividad es connatural a la función de administración y protección delegada a CONAF por la Ley de Bosques (Decreto N° 4.363, de 1931), y el Decreto Supremo N° 733, de 1982, del Ministerio del Interior, respecto de predios fiscales y de aquellos que se encuentran bajo alguno de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los regímenes de protección establecidos en la Ley. Además, este Tribunal considera que la auto-provisión de los medios para llevar a cabo esta función constituye únicamente una forma de cumplir sus fines propios sin ofrecer en el mercado bienes y servicios de ningún tipo. Ello sin perjuicio que, en conformidad con el principio de subsidiariedad, esto podría hacerse contratando los servicios de empresas privadas, en la medida que éstas existan y provean el servicio en forma razonablemente competitiva;

Cuadragésimo segundo. Que, en consecuencia, desde la perspectiva de la libre competencia, no cabe reprochar a CONAF que haya adquirido aviones y helicópteros para la extinción de incendios forestales en los predios bajo su administración, y que haya decidido no subcontratar estos medios con operadores privados, pues ello forma parte de la libertad de todo agente económico para contratar o no de terceros los bienes y servicios que requiere para el cumplimiento de sus fines;

Cuadragésimo tercero. Que, por otra parte, en el caso de la extinción de incendios con medios aéreos en predios privados, no se ha controvertido que concurren a la prestación de este servicio tanto CONAF como diversos operadores privados, entre los cuales se encuentra la demandante;

Cuadragésimo cuarto. Que, por último, cabe destacar que la participación de CONAF, ya sea directamente o contratando servicios de terceros, en la extinción de incendios en predios públicos, y también en predios privados puede maximizar el bienestar social, por lo que parece justificable la intervención subsidiaria del Estado en estas materias, siempre y cuando se garantice que los particulares también puedan hacerlo en la mayor medida posible;

Cuadragésimo quinto. Que, en ese contexto, y respecto de la imputación de conductas predatorias, este Tribunal estima que la prueba rendida en el proceso no permite acreditar que CONAF efectivamente haya prestado el servicio de extinción de incendios con medios aéreos con el objeto de expulsar del mercado, en forma ilícita, a los operadores privados en este negocio. Ello, habida cuenta de lo señalado precedentemente respecto de las barreras de entrada a este mercado. Tampoco existen antecedentes en autos que permitan establecer que, incluso de producirse la salida de empresas proveedoras del servicio de extinción aérea de incendios a consecuencia de las conductas de CONAF, esta corporación hubiera podido subsecuentemente ejercer en forma abusiva un eventual poder de mercado así adquirido y compensar mediante

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dicho abuso la disminución de rentas asociadas a una conducta predatoria. En consecuencia, se desecharán las acusaciones de conductas predatorias imputadas a CONAF, al no haberse acreditado en este caso los elementos propios de dicha conducta;

Cuadragésimo sexto. Que, ahora en cuanto a la acusación de competencia desleal, esta se configuraría, a juicio de la demandante, porque CONAF desarrolla una actividad económica sin la habilitación legal necesaria, en condiciones más favorables que el régimen general al que se someten las empresas privadas –también sin contar con una ley de quórum calificado que se lo permita– y por el uso de información privilegiada y confidencial de sus competidores privados para ingresar a la operación de aviones destinados a la extinción de incendios forestales;

Cuadragésimo séptimo. Que corresponde entonces determinar si CONAF, como organismo que ejerce funciones públicas, realiza o no una actividad empresarial al prestar estos servicios a terceros, y si lo hace cumpliendo con las limitaciones y requisitos establecidos en las normas constitucionales y legales que regulan la participación del Estado en estas actividades, bajo el principio de subsidiariedad;

Cuadragésimo octavo. Que, sobre la base de los “Convenios de Colaboración Mutua Para la Prevención y Combate de Incendios Forestales” celebrados entre CONAF y distintas empresas forestales, entre los años 2003 y 2007, que rolan a fojas 433, 534, 865, 901, 914, 918 y 921, y las declaraciones de los testigos Sres. Luis Martínez D. (a fs. 518) y Sergio Mendoza O. (a fs. 536), ambos funcionarios de CONAF, se ha acreditado que esta corporación ha establecido precios por los servicios de extinción aérea de incendios que realiza, al menos respecto de las empresas forestales con las que ha suscrito dichos convenios;

Cuadragésimo noveno. Que, en consecuencia, se encuentra establecido el hecho que CONAF ha cobrado un precio por prestar servicios de extinción aérea de incendios, al menos respecto de las empresas forestales con las que celebró los convenios acompañados en esta causa, resultando indiferente que estos precios se hayan denominado “costos de operación”, “recuperación de costos”, “tarifas” u otras calificaciones similares. Por ello, debe descartarse en esa parte la defensa de la corporación demandada;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo. Que, no obstante lo anterior, este Tribunal considera que podría justificarse, para el cumplimiento de los fines de CONAF, que ésta pueda celebrar convenios con empresas forestales para aumentar la protección de sus propios predios, aun cuando ello pueda implicar la obligación de dicha Corporación de prestar sus medios aéreos a las empresas con las que contrate, cuando éstas tengan un siniestro. Lo que no puede hacer, según ya se ha explicado en las consideraciones precedentes, es cobrar por esos servicios, en tanto no esté autorizada legalmente para ello;

Quincuagésimo primero. Que, además, según lo informado a fojas 919 por el Servicio de Impuestos Internos, CONAF se encuentra, además, exenta del pago de IVA y del impuesto a la renta por los servicios remunerados de extinción de incendios con medios aéreos que presta, situación más favorable que el régimen jurídico aplicable a las empresas privadas, sin que se haya dictado una ley de quórum calificado que establezca tal excepción. Además, la referida excepción tributaria le confiere a CONAF una ventaja de costos no replicable respecto de los operadores privados;

Quincuagésimo segundo. Que, tal como se ha indicado, de acuerdo con las normas constitucionales citadas, lo dispuesto en el artículo 93 del Código Aeronáutico y el “Certificado Especial de Operador Aéreo No Comercial” otorgado a CONAF por la DGAC, este Tribunal ha llegado al convencimiento de que CONAF se encuentra impedida de desarrollar el servicio de extinción aérea de incendios en forma remunerada;

Quincuagésimo tercero. Que, concordante con lo que se ha razonado precedentemente, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia acompañada en autos se ha basado en que CONAF prestaría un servicio público gratuito, rechazando en consecuencia los recursos de amparo económico interpuestos en contra de dicha corporación. Sin embargo, habiéndose acreditado en este proceso que CONAF, al menos respecto de ciertas empresas forestales, ha estipulado un precio por sus servicios de extinción de incendios con medios aéreos, estas nuevas circunstancias de hecho no permiten arribar a las mismas conclusiones que en los referidos fallos. Se hace necesario establecer entonces si la conducta de CONAF antes descrita tuvo o no por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en el mercado relevante, pues sólo así se configuraría el segundo de los requisitos que establece el artículo 3º, letra c), del Decreto Ley N° 211 para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

poder estimar que existe una conducta de competencia desleal susceptible de ser sancionada por este Tribunal;

Quincuagésimo cuarto. Que, al respecto, si bien la conducta desplegada por CONAF, al celebrar convenios con predios privados, cobrando por los servicios prestados y operando bajo un régimen tributario más favorable, sin tener habilitación legal para ello, podría ser estimada como una conducta de competencia desleal, este Tribunal considera sin embargo que no se encuentra suficientemente acreditado en autos que dicha conducta haya tenido por objeto alcanzar, incrementar o mantener una posición dominante en el mercado, razón por la cual no la sancionará;

Quincuagésimo quinto. Que, por su parte, la segunda conducta imputada como competencia desleal por la demandante consiste en que, con ocasión de la licitación del servicio de extinción de incendios forestales con aviones que realizó CONAF en septiembre de 2006, dicha corporación habría solicitado información confidencial y estratégica sobre la estructura de costos de las empresas que participaron en esa licitación, la que después habría utilizado para desarrollar su propia operación del servicio;

Quincuagésimo sexto. Que, al respecto, la prueba aportada al proceso consiste en las Bases de dicha licitación, que en su Anexo C indica cada uno de los parámetros de costos solicitados a los interesados en participar en dicho proceso;

Quincuagésimo séptimo. Que del análisis de cada uno de estos parámetros de costos, este Tribunal considera que ellos corresponden a información normalmente ajena a los fines propios de una licitación. No parece justificable, en principio, que quien licita un servicio necesite conocer la estructura de costos de quienes participan en dicha licitación. Si bien podría argumentarse que CONAF lo hizo para saber si los precios ofrecidos en la respectiva licitación eran abusivos o no, este Tribunal estima que ello sólo sería aceptable en la medida que no participara, ni pretendiera participar, en el mercado relevante respectivo, pero que no se justifica la petición de dicha información si CONAF tenía la intención de entrar al mercado a competir con los servicios prestados por quienes proporcionaron la misma, como de hecho ocurrió;

Quincuagésimo octavo. Que, en conclusión, este Tribunal considera que si bien CONAF, en esta materia, podría haber incurrido en una conducta de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia desleal, tampoco se encuentra suficientemente acreditado en el proceso que ésta haya tenido por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado, por lo que no resulta sancionable de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3º c) del D.L. Nº 211.

Quincuagésimo noveno. Que, por último, si bien resulta entendible que los organismos públicos en ocasiones actúen con extremo celo en el cumplimiento de sus funciones, ello no puede justificar la infracción de las restricciones constitucionales y legales establecidas respecto de su participación en actividades económicas;

Sexagésimo. Que, considerando los efectos que las conductas descritas en esta sentencia pueden tener en el mercado de servicios de extinción de incendios con medios aéreos, se prevendrá a CONAF para que, en el futuro, se limite a solicitar la información relevante que sea indispensable en los procesos de licitación que realice, teniendo en especial consideración la posibilidad de que la misma corporación pueda, eventualmente, prestar los servicios que licita;

Sexagésimo primero. Que, respecto ahora de las conductas imputadas por la demandante al Ministerio de Agricultura, debe tenerse presente que la responsabilidad infraccional perseguida en esta causa no puede extenderse al Ministerio de Agricultura si éste no tuvo participación en hechos o conductas que puedan ser sancionados conforme al D.L. Nº 211;

Sexagésimo segundo. Que no consta en autos antecedente alguno que permita acreditar una participación de esa Secretaría de Estado en los hechos descritos en las consideraciones precedentes, los que además, según se ha expuesto, tampoco cumplen con los elementos suficientes para configurar una infracción a la libre competencia sancionable por este Tribunal, por lo que se rechazará también la demanda interpuesta en contra del Ministerio de Agricultura;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 18º, 19º, 22º, 26º, del Decreto Ley Nº 211, y demás preceptos legales citados, **SE RESUELVE:**

1. **RECHAZAR LA DEMANDA** de fojas 163 y siguientes, interpuesta contra la **Corporación Nacional Forestal** y el **Ministerio de Agricultura**;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. **PREVENIR a la Corporación Nacional Forestal** que, en tanto no se dicte una ley de quórum calificado que la autorice a prestar el servicio aéreo de extinción de incendios forestales a terceros como actividad empresarial, no podrá prestar dichos servicios en forma remunerada respecto de predios que sean distintos de aquellos que administra;
3. **PREVENIR a la Corporación Nacional Forestal** para que, en lo sucesivo, se limite a solicitar la información relevante que sea indispensable en los procesos de licitación que realice, debiendo ser especialmente estricta en el cumplimiento de esta exigencia en aquellos casos en que ella misma pueda, eventualmente, prestar los servicios que licita.

Acordada con la prevención del Ministro Sr. Peña, en cuanto a que si bien comparte la conclusión enunciada en la consideración Vigésimo Quinta de esta sentencia, en términos de que la demanda privada total observable en el mercado de los servicios aéreos de extinción de incendios es esperable que sea menor que la demanda social total por tales servicios, generándose por lo tanto fallas de mercado que justificarían la actuación subsidiaria del Estado, no concuerda con el tenor de la explicación dada al respecto por la opinión mayoritaria en esta sentencia.

En opinión del Ministro Peña Torres, existen dos características fundamentales que condicionan la valoración privada de los usuarios de estos servicios de extinción de incendios, las que conducen a esperar la conclusión precedente, y que son las siguientes. La primera característica corresponde a un elevado costo privado para excluir a terceras partes del goce o usufructo de los beneficios obtenibles de la provisión de estos servicios de extinción de incendios; y esto por cuanto las consecuencias de detener, o no, un determinado foco de incendio es muy probable que beneficien no sólo a los agentes económicos hasta entonces directamente afectados por dicho siniestro, sino también a otros agentes que enfrentan la probabilidad de ser afectados en eventuales fases futuras del mismo. La segunda característica se refiere al grado de 'rivalidad en el consumo' que esté asociado al goce o usufructo, por parte de un agente económico en particular, de los beneficios obtenibles de la provisión de servicios aéreos de extinción de incendios forestales. Que exista 'rivalidad en el consumo' de los servicios aéreos de extinción de incendios significa que el uso o goce de este servicio, por parte de un agente económico en particular, reducirá la posibilidad que otros agentes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

interesados también puedan disfrutar de los beneficios de la provisión de dicho servicio.

En aquellos casos en que prevalezcan simultáneamente (a) altos costos de excluir a terceras partes y (b) una nula, o muy baja, 'rivalidad en el consumo' de estos servicios, la correspondiente falla de mercado será equivalente a un problema de 'bien público puro', en el sentido económico de este concepto, esto es existirán incentivos a sub-reportar en el mercado la propia valoración privada (incentivo a comportarse como un *free-rider*). Por otro lado, en aquellos casos en que (i) el alto costo de excluir a terceras partes prevalezca en forma simultánea con (ii) la existencia de 'rivalidad (positiva y de grado relevante) en el consumo' de estos servicios aéreos de extinción de incendios, la correspondiente falla de mercado equivaldrá a un problema de 'efecto externalidad'.

Los dos tipos de 'fallas de mercado' descritos pueden originar intercambios de mercado socialmente ineficientes y, por ello, uno u otro tipo de falla de mercado podría justificar una participación subsidiaria del Estado como demandante y/o oferente de servicios aéreos de extinción de incendios. En el caso que dicha participación sea estrictamente en un rol subsidiario, es decir que sólo tenga por objeto resolver lo 'incompleto del mercado' o, en otras palabras, las 'fallas de mercado' que generan tal situación, la participación de representantes del Estado como oferentes en este mercado no podría entenderse como una oferta 'competidora' de otros oferentes privados, por cuanto la oferta subsidiaria del Estado sólo surge y se justifica para efectos de suplir la ausencia o déficit de un nivel socialmente adecuado de intercambio económico.

Notifíquese y archívese en su oportunidad.

Rol C N° 124-07

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres. Autorizada por el Secretario Abogado Sr. Javier Velozo Alcaide.