

RECURSO DE RECLAMACIÓN

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

JORGE GRUNBERG PILOWSKY, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **Fiscalía Nacional Económica** (en adelante, “**FNE**” o la “**Fiscalía**”) en autos caratulados “Requerimiento de la FNE en contra de Inaer Helicopter Chile S.A. y otros”, Rol N°C 393-2020, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante indistintamente, “**H. Tribunal**” o “**H. TDLC**”) respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 26, 27 y 39 letra b) del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (en adelante, “**DL 211**”), y encontrándome dentro de plazo legal, interpongo fundado recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°185/2023 dictada por el H. Tribunal con fecha 14 de agosto de 2023 (en adelante, “**Sentencia N°185/23**” o “**Sentencia**”), notificada personalmente a esta Fiscalía con la misma fecha según consta en la certificación de folio 697, únicamente en lo relativo al rechazo de la declaración de responsabilidad solidaria respecto del Requerido Ricardo Pacheco Campusano (en adelante, “**Ricardo Pacheco**”) en relación con la multa impuesta a Pegasus South América Servicios Integrales de Aviación SpA (en adelante, “**FAASA**”), de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 letra c) del DL 211.

Solicito al H. Tribunal tener por interpuesto y admitir a tramitación el presente recurso, de manera que la Excm. Corte Suprema conociendo de él, lo acoja y enmiende la Sentencia N°185/23, conforme a los fundamentos de hecho y de derecho que se expondrán en esta presentación, declarando la responsabilidad solidaria de Ricardo Pacheco respecto de la multa de FAASA en los términos solicitados por esta Fiscalía en su Requerimiento que dio inicio a estos autos.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. La Sentencia N°185/23 da cuenta de un acuerdo colusorio, de carácter único y continuo, celebrado por las Requeridas FAASA e Inaer Helicopter Chile S.A. (en adelante, “**Inaer**”) a través de sus ejecutivos Ricardo Pacheco y Rodrigo Juan Pablo Lizasoain Videla (en adelante, “**Rodrigo Lizasoain**”), entre los años 2006 y 2013, por el cual se afectó el

resultado de procesos de licitación en el mercado chileno para la contratación de servicios de combate y extinción de incendios forestales mediante helicópteros. El H. Tribunal señaló en su fallo que las Requeridas *“compartieron información estratégica, en un período extendido de tiempo, para coordinar su comportamiento y así diseñaron un esquema entre ellas para incidir en los resultados de varios procesos de licitación, afectando los parámetros relevantes de competencia”*¹.

2. El H. Tribunal sostuvo en la Sentencia que *“para todos los Episodios, existe prueba que examinada en su conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica, resulta clara y concluyente para determinar que entre las Requeridas (...) existió un acuerdo consistente en afectar los resultados de licitaciones, en los términos planteados en el libelo acusatorio de la FNE”*². Adicionalmente, el H. TDLC refirió que se encontraba *“asentado como hecho de la causa que las dos personas naturales requeridas, a saber, Rodrigo Lizasoán y Ricardo Pacheco tuvieron una participación activa y protagónica en la celebración del acuerdo colusorio e intervinieron directamente en cada uno de los cinco Episodios del acuerdo, como sus principales artífices”*³.

3. Para tales efectos, el H. Tribunal ponderó diversos antecedentes probatorios, consistentes en correos electrónicos incautados por esta Fiscalía a las Requeridas, declaraciones prestadas ante la FNE, absoluciones de posiciones y declaraciones testimoniales rendidas ante el H. Tribunal, entre otras evidencias incorporadas en autos.

4. Como consecuencia de lo anterior, el H. Tribunal decidió acoger el Requerimiento interpuesto por esta FNE, declarando que las Requeridas infringieron el artículo 3° incisos primero y segundo, letra a) del DL 211; condenó a Inaer al pago de una multa a beneficio fiscal de 2.600 UTA y a FAASA de 4.400 UTA; impuso a Ricardo Pacheco y a Rodrigo Lizasoán una multa de 60 UTA a cada uno de ellos; declaró la responsabilidad solidaria de Rodrigo Lizasoán respecto de la multa impuesta a Inaer de acuerdo al artículo 26 letra c) del DL N°211; y condenó en costas a las Requeridas. Sin perjuicio de lo anterior, el H. Tribunal decidió no declarar la responsabilidad solidaria de Ricardo Pacheco respecto de la multa impuesta a FAASA, según dan cuenta los considerandos 437° a 447° de la Sentencia; decisión que es objeto del presente recurso.

5. Antes de analizar los fundamentos del presente recurso, en las siguientes subsecciones revisaremos los principales elementos de la imputación efectuada por la FNE,

¹ Sentencia, considerando 234°.

² *Ibid.*, considerando 233°.

³ *Ibid.*, considerando 428°.

para luego examinar cómo la Sentencia tuvo por acreditados los hechos fundantes del ilícito anticompetitivo sancionado.

A. El acuerdo colusorio imputado por la FNE en su Requerimiento contra de las Requeridas FAASA, Inaer, Ricardo Pacheco y Rodrigo Lizasoán.

6. Con fecha 20 de marzo de 2020, la FNE formuló un Requerimiento en contra de las empresas FAASA e Inaer, y de sus principales ejecutivos en Chile don Ricardo Pacheco y don Rodrigo Lizasoán, respectivamente.

7. La imputación fue efectuada en contra de las Requeridas por celebrar y ejecutar un acuerdo consistente en afectar el resultado de procesos de licitación públicos y privados en el mercado nacional de la contratación planificada de servicios de combate y extinción de incendios forestales mediante helicópteros, entre los años 2006 y 2013, cuyos efectos se mantuvieron en el mercado, a lo menos, hasta el año 2015.

8. La acusación imputó a las Requeridas haber ejecutado la conducta colusoria a través de un acuerdo único y continuo que afectó cinco procesos de contratación planificada llevada a cabo a través de licitaciones: tres de ellas de CONAF, desarrolladas los años 2006, 2009 y 2011, y dos licitaciones desarrolladas por las empresas forestales privadas Forestal Mininco S.A. (en adelante, "**Mininco**") y Forestal Masisa S.A. (en adelante, "**Masisa**") los años 2012 y 2013, respectivamente. Durante los más de 8 años en que funcionó el cartel, las Requeridas buscaron afectar procesos de contratación efectuados a través de licitaciones públicas y privadas, para las que debieron adoptar diversos mecanismos que se adaptaban según los requerimientos y especificaciones de las bases de licitación de cada proceso de contratación.

9. El acuerdo fue posible debido a la intervención de los ejecutivos Ricardo Pacheco y Rodrigo Lizasoán. La participación de estos permitió la coordinación necesaria entre las empresas para llegar al acuerdo imputado, interviniendo además en la ejecución de los actos necesarios para su materialización.

10. Esta Fiscalía indicó en el Requerimiento que las Requeridas intensificaban sus comunicaciones durante el período de publicación de las bases hasta el período de entrega de las ofertas, adaptando la información comercial sensible que se intercambiaban a la evolución del proceso de licitación, lo que refleja el alto nivel de coordinación que mantenían.

11. Al respecto, fueron aportados al proceso correos electrónicos incautados de las dependencias de una de las empresas Requeridas, junto a otros antecedentes en los que consta la intensidad del contacto y como, pese a que el objeto del acuerdo se mantuvo inalterado, se perfeccionaron los mecanismos de cooperación, recayendo sobre criterios de asignación geográfica, entrega de información de los tipos de aeronaves a ofertar, o la presentación de una oferta de cobertura, todo con el objetivo de afectar el resultado de los procesos de licitaciones antes referidos, para reducir la incertidumbre propia del mercado.

12. Como se expondrá *infra*, los graves hechos mencionados y que fundaron el Requerimiento de la FNE fueron acreditados clara y concluyentemente durante el proceso, y el H. Tribunal así lo declaró en su Sentencia.

B. La Sentencia tuvo por acreditados los principales hechos que dan cuenta del acuerdo colusorio imputado por la FNE en su Requerimiento, desestimando las defensas de las Requeridas.

La Sentencia es concluyente al tener por acreditados los principales hechos que coinciden con el cartel descrito por la FNE en su Requerimiento, rechazando las defensas que fueron opuestas por las Requeridas.

Primer hecho acreditado: La evidencia aportada por la FNE y la prueba rendida en el proceso permite acreditar la existencia de un acuerdo colusorio entre FAASA e Inaer, desarrollado en cinco episodios, e implementado por sus principales ejecutivos, Ricardo Pacheco y Rodrigo Lizasoain.

13. La Sentencia analiza cada uno de los episodios imputados por esta Fiscalía, esto es, las contrataciones para provisión de helicópteros para el servicio de combate y extinción de incendios forestales entre los años 2006 a 2013, en particular, las Licitaciones Conaf 2006, Conaf 2009, Conaf 2011, Mininco 2012 y Masisa 2013. Todo ello se aborda entre los considerandos 75° a 241° del fallo.

14. Así por ejemplo, la Sentencia, al momento de analizar la evidencia asociada a cada uno de los referidos episodios, explica que la prueba vertida “es *elocuente y coincide con los enunciados fácticos de la acusación de la FNE*”⁴; que “*el contenido de las comunicaciones reproducidas permite dimensionar el nivel de coordinación hacia un esquema común ilícito, toda vez que da cuenta de que los ejecutivos de Faasa se reunirían*

⁴ *Ibid.*, considerando 85°.

con sus competidores, durante la preparación de ofertas de la Licitación Conaf 2009⁵; que la prueba “constituye un indicio grave y preciso del objeto del acuerdo ilícito en el Episodio 3 y sus mecanismos de implementación”⁶; que “Ricardo Pacheco y Rodrigo Lizasoán se comunicaron para asegurarse de no enfrentar competencia en sus ofertas respecto a los modelos de helicópteros disponibles”⁷; o que “existía un contacto fluido entre ambos ejecutivos para coordinar las ofertas de Faasa e Inaer en la Licitación Masisa 2013 y que incluso Faasa estaba dispuesto a presentar una oferta menos competitiva que Inaer porque así esta última podría compensarla en el futuro”⁸.

15. El análisis detallado de la evidencia contenido en la Sentencia permitió al H. Tribunal concluir, respecto del acuerdo imputado por esta Fiscalía:

“Que, en definitiva, la prueba rendida en el proceso demostró que las Requeridas alcanzaron un acuerdo colusorio y se coordinaron mediante el intercambio de información estratégica entre éstas y sus competidores. Asimismo, los antecedentes probatorios dan cuenta que la información compartida versó sobre sus intenciones futuras relativas a las ofertas económicas que proyectaban presentar en las licitaciones, las bases de operación a las que postularían, el tipo de helicópteros que ofrecerían y sus estrategias de cara a las licitaciones. Así, el intercambio de información les permitió hacer operativo el acuerdo y ajustar la posición comercial de cada una en el mercado, reduciendo de esta manera la incertidumbre inherente a un entorno competitivo”⁹.

Segundo hecho acreditado: Las explicaciones alternativas de las Requeridas para justificar los intercambios de información y las comunicaciones entre ellas no logran desacreditar la existencia del acuerdo.

16. La Sentencia, al analizar cada uno de los episodios expuestos en la imputación de esta Fiscalía, aborda los argumentos que las Requeridas dieron para desnaturalizar el tenor anticompetitivo de los correos y justificar los intercambios de información comercial sensible. En este sentido, la ponderación de la prueba rendida en el proceso es contrastada en la Sentencia con las explicaciones alternativas sostenidas por las distintas defensas, lo

⁵ *Ibid.*, considerando 109°.

⁶ *Ibid.*, considerando 159°.

⁷ *Ibid.*, considerando 190°.

⁸ *Ibid.*, considerando 222°.

⁹ *Ibid.*, considerando 235°.

que según ha reconocido la doctrina, es un ejercicio necesario en un sistema de valoración de sana crítica; estándar que el H. Tribunal cumple a cabalidad en la Sentencia¹⁰.

17. Al respecto, el H. Tribunal desestimó las explicaciones de las Requeridas señalando que “*no aportaron antecedentes que den cuenta de (...) acuerdos de colaboración y de las comunicaciones o intercambio de información asociados a éstos*”¹¹; que “*no demostraron que la información intercambiada (...) fuese la necesaria para materializar el consorcio. Tampoco se aportó prueba que dé cuenta que estos ejecutivos, ni las empresas que representaban, hubiesen adoptado algún resguardo en la negociación del consorcio que pretendían materializar*”¹²; que “*aun en el evento que la coordinación entre Rodrigo Lizasoain y Ricardo Pacheco obedeciera a un bluf o información artificiosa, ello es indiferente para efectos de calificar la ilicitud de su actuar conjunto en este episodio*”¹³; y que “*el hecho de que Faasa no tuviera intenciones de implementarlo, no impide asentar la existencia del ilícito*”¹⁴.

18. De esta forma, la Sentencia, abordando las explicaciones alternativas de las Requeridas, las rechazó por “*falta de plausibilidad y ausencia de prueba que las sustente*”¹⁵.

Tercer hecho acreditado: Los cinco episodios imputados por la Fiscalía a las Requeridas constituyeron un único acuerdo de carácter continuo.

¹⁰ Así por ejemplo, BENFELD, Johann. *La sana crítica y el olvido de las reglas de sana crítica*. Valdivia, Revista de Derecho, vol. 31, N°1, año 2018. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100303> (última visita: 23.08.2023); GASCÓN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Tercera Edición. Barcelona, Marcial Pons, p.158, quien reconoce que un sistema de descarte de hipótesis alternativas (el que denomina modelo de probabilidad inductiva) refuerza la hipótesis principal acreditada: “*el procedimiento de eliminación de hipótesis es un medio de aumentar el grado de probabilidad inductiva de una hipótesis confirmada por un dato probatorio que es también compatible con otras hipótesis*”. Desde otra perspectiva, estudiando el estándar probatorio, también lo aborda BAYÓN, Juan Carlos. *Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano*. Madrid, Revista jurídica Mariano Alario D’Filippo pp.15-19. En este sentido, Bayón señala que un ejercicio de descarte de hipótesis alternativas satisface incluso un estándar probatorio más allá de toda duda razonable.

¹¹ Sentencia, considerando 100°, descartando las explicaciones alternativas de FAASA y Rodrigo Lizasoain que justificaban los contactos entre competidores por las características propias de la industria, como acuerdos de colaboración horizontal.

¹² *Ibid.*, considerando 136°, descartando las explicaciones alternativas de FAASA, Ricardo Pacheco y Rodrigo Lizasoain que justificaban los contactos por una alianza estratégica o consorcio operativo bajo una “Unión Temporal de Proveedores”.

¹³ *Ibid.*, considerando 192°, descartando las explicaciones alternativas de las Requeridas que explicaban que los contactos consistían únicamente en un ardid comercial.

¹⁴ *Ibid.*, considerando 229°, descartando las explicaciones alternativas de FAASA sobre la supuesta falta de intención de implementar el acuerdo.

¹⁵ *Ibid.*, considerando 44°.

19. Las Requeridas contrvirtieron la acusación de la Fiscalía respecto a que los cinco episodios imputados por la FNE fueran una infracción única y continua. El H. Tribunal, al analizar la abundante evidencia aportada, y considerando sus decisiones previas en la materia, así como las directrices definidas por la Excma. Corte Suprema al respecto, afirmó que:

“(...) el acuerdo colusorio entre Faasa e Inaer, con la participación de Ricardo Pacheco y Rodrigo Lizasoán (...) fue celebrado con un único objeto, a saber, afectar procesos licitatorios para contratar servicios de combate y extinción de incendios forestales, a través de helicópteros, entre el 2006 y el 2013. Del mismo modo, se demostrará que dicho acuerdo contempló un grupo medular de empresas partícipes, en los términos que ha sido definido jurisprudencialmente, y los mismos ejecutivos involucrados; durante el período imputado, el acuerdo se basó en la misma forma de comunicación entre los ejecutivos pertinentes; que se ejecutó en el mismo ámbito geográfico y que la naturaleza de los servicios contratados era idéntica”¹⁶.

Cuarto hecho acreditado: El acuerdo colusorio, único y continuo, tuvo un único objeto y fue implementado a través de diversos mecanismos, manteniendo un grupo medular de partícipes en su ejecución.

20. Como se indicó en el Requerimiento y luego se reiteró por parte de la FNE en su escrito de observaciones a la prueba¹⁷, las Requeridas mantuvieron un único objeto en su acuerdo, este es, afectar el resultado de procesos de licitaciones relativas a la prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales, a través de helicópteros.

21. Si bien este aspecto fue controvertido por las Requeridas, la Sentencia descartó la existencia de acuerdos independientes en cada uno de los episodios en base a un supuesto objeto diverso para cada uno de ellos, señalando que:

*“(...) más allá de las particularidades concernientes a cada uno de los Episodios que comprenden la imputación de la FNE, la prueba aportada al proceso permite acreditar que **el objeto de las Requeridas en todos ellos era afectar los resultados de licitaciones relativas a la prestación de servicios de combate y extinción de incendios forestales**, a través de helicópteros, entre 2006 y 2013. Sin perjuicio de lo anterior, las características de cada proceso de licitación generaron la necesidad de los participantes del acuerdo de ir adaptando los mecanismos de implementación para poder mantener el esquema ilícito”¹⁸.*

¹⁶ *Ibid.*, considerando 244°.

¹⁷ Escrito de Observaciones a la Prueba de la FNE, folio 659.

¹⁸ Sentencia, considerando 263° (en lo sucesivo, las citas que incluyen pasajes destacados con negrita o subrayado corresponden a énfasis agregados).

22. Adicionalmente, al momento de formular su imputación, la FNE sostuvo que existía un grupo idéntico de personas: Inaer, a través de Rodrigo Lizasoain y FAASA a través de Ricardo Pacheco. Este aspecto fue igualmente recogido por la Sentencia, reconociendo la participación de ambos ejecutivos, refiriendo que intervinieron constante y activamente a lo largo de todo el período acusado, lo que permitió lograr la coordinación necesaria entre FAASA e Inaer para alcanzar el acuerdo ilícito¹⁹.

Quinto hecho acreditado: El acuerdo reconoce la existencia de diversos elementos que facilitaron la colusión.

23. Adicionalmente, esta Fiscalía aportó al juicio elementos probatorios que permitieron acreditar la presencia de diversas características del mercado, que facilitaron la existencia y sostenibilidad del acuerdo en el tiempo.

24. La Sentencia, recogiendo lo señalado por esta Fiscalía, declaró que el acuerdo se implementó y mantuvo debido a ciertos elementos que facilitaron la colusión, reconociendo que los actores de la industria mantenían cercanía debido a vínculos sociales como la formación y el desempeño en la Escuela Militar, vínculos laborales en una misma empresa como Copter S.A., la alta rotación de trabajadores entre las diversas empresas existentes en la industria, o las diversas instancias de encuentro entre las Requeridas y sus competidores, particularmente en reuniones explicativas organizadas por demandantes de servicios, reuniones y capacitaciones de la DGAC, entre otras²⁰.

Sexto hecho acreditado: Todos los procesos de contratación afectados por el acuerdo colusorio imputado correspondían a licitaciones desde la perspectiva del artículo 3 letra a) del DL 211.

25. Dos de las Requeridas, FAASA y Ricardo Pacheco, controvirtieron lo señalado por esta Fiscalía respecto de la naturaleza jurídica de los procesos de contratación desarrollados por las forestales privadas Mininco y Masisa, exponiendo que estas serían contrataciones dirigidas o directas, o procesos de cotización, descartando que se tratara de licitaciones²¹.

¹⁹ *Ibid.*, considerando 268°.

²⁰ *Ibid.*, considerandos 270° a 275°.

²¹ Contestación FAASA, folio 122, p.60; contestación Ricardo Pacheco, folio 123, pp.13 y 24.

26. Al respecto, acertadamente el H. Tribunal señaló en su Sentencia que, cuando el artículo 3° letra a) del DL 211 considera como ilícito un acuerdo que afecte el resultado de procesos de licitación, no distingue la clase de licitaciones afectadas, de modo que no existe otra formalidad específica más que adjudicar la contratación a quién presente la mejor oferta. Para tales efectos, una licitación introducirá competencia *ex ante* o por la cancha, y sus condiciones mínimas serán: (i) contar con una invitación o convocatoria a competir *ex ante* por un contrato de provisión de bienes o servicios; (ii) que su proceso e hitos se establezcan *ex ante*; y (iii) que garantice la adjudicación al proponente que presente la oferta más ventajosa, lo que, de acuerdo con los antecedentes de hecho acompañados al proceso, se encuentra acreditado²².

Séptimo hecho acreditado: El acuerdo confirió poder de mercado a las Requeridas.

27. La Sentencia explicó que el producto del mercado relevante de autos son los helicópteros, cuyas características los hagan aptos para formar parte de las estrategias destinadas al combate y extinción de incendios forestales²³. En términos geográficos, se tuvo por acreditado que el mercado relevante se encuentra circunscrito a todo el territorio nacional²⁴.

28. Adicionalmente, el H. Tribunal constató que la contratación de los servicios en comento se realiza a través de dos modalidades: (i) de manera planificada y (ii) en situaciones de emergencia²⁵; estando la primera de ellas sujeta a errores *ex post*, en función de la diferencia entre los incendios esperados y los que efectivamente ocurren durante una temporada en particular, de modo que la segunda cubre la contratación planificada cuando la primera resulta insuficiente.

29. Se establece igualmente que los demandantes del servicio “siempre” contratan planificadamente, lo que no ocurre con la contratación de emergencia; ello, por cuanto como reconoce la Sentencia, necesitan asegurar recursos para reaccionar rápidamente a los siniestros que se produzcan²⁶. En consecuencia, resulta razonable -constata el H. Tribunal- que la disponibilidad de helicópteros y sus precios difieran de manera considerable²⁷.

²² Sentencia, considerandos 276° a 295°.

²³ *Ibid.*, considerando 306°.

²⁴ *Ibid.*, considerando 303°.

²⁵ *Ibid.*, considerando 309°.

²⁶ *Ibid.*, considerando 317°.

²⁷ *Ibid.*, considerando 314°.

30. Con todo, la Sentencia afirma expresamente que ya sea que el mercado relevante del producto comprenda únicamente la contratación planificada o también incluya a la de emergencia, las conclusiones no varían²⁸. En efecto, el H. Tribunal expone que conforme a prueba rendida se puede concluir que las empresas Requeridas, en los primeros tres episodios, lograron en conjunto aumentar o mantener su participación en el mercado, y que en la Licitación Masisa 2013 tuvieron objetivamente la capacidad de producir un efecto anticompetitivo²⁹. A su turno, y pese a que en la Licitación Mininco 2012 la participación total de ambas empresas Requeridas disminuyó, se debe considerar, entre otras cosas, que Inaer durante el año 2014 puso término a sus contratos y que FAASA por sí sola pasó a tener una cuota de mercado de 42,6% previo a la Licitación Mininco 2014, para luego mantenerse estable sobre un 40% de participación al término del contrato adjudicado³⁰. Con todo, la Sentencia concluye que el cartel tuvo una participación que superó el 50% en el mercado durante las temporadas 2006-2007 a 2013-2014, y alcanzó casi la totalidad del mercado en la temporada 2009-2010.

31. En línea con el análisis previo, el H. Tribunal concluyó que *“se ha constatado que el acuerdo confirió a las empresas requeridas poder de mercado, en cuanto se erigieron como las principales proveedoras de helicópteros en el mercado relevante de autos, acumulando durante las temporadas 2006-2007 a 2013-2014, más de la mitad de las ventas del mismo, y durante las temporadas 2008-2009 a 2010-2012, casi la totalidad del mercado”*³¹.

Octavo hecho acreditado: Los efectos de la conducta imputada se mantuvieron en el mercado hasta abril de 2015, por lo que la infracción no se encontraba prescrita.

32. Las Requeridas sostuvieron que el Requerimiento presentado el 20 de marzo de 2020 se encontraba prescrito, toda vez que los efectos en el mercado de las conductas imputadas habrían cesado antes de la fecha de presentación y notificación del Requerimiento, computándose el plazo de cinco años que exige el artículo 20 inciso cuarto del DL 211.

33. En relación con lo recién señalado, la Sentencia expone que a la fecha de presentación del Requerimiento se encontraba vigente lo dispuesto en la Ley N°21.226, por

²⁸ *Ibid.*, considerando 325°.

²⁹ *Ibid.*, considerando 332°.

³⁰ *Ibid.*, considerando 332°.

³¹ *Ibid.*, considerando 342°.

lo que la prescripción extintiva de las acciones se entendió interrumpida por la sola interposición del Requerimiento.

34. Bajo dicho supuesto, la Sentencia N°185/23 analizó la prueba rendida tanto por las Requeridas como por esta FNE, teniendo por acreditado: (i) que pese a la salida de Inaer durante el primer semestre de 2014, la relación contractual entre FAASA y Mininco aún se encontraba afectada por el acuerdo colusorio, por lo que los efectos no cesaron en el mercado respecto de dicha requerida; y (ii) que la prueba rendida por esta FNE reveló que Mininco informó el término de temporada 2014-2015 durante abril del año 2015, y que, considerando el contrato, FAASA continuó asegurando material aéreo y manteniendo a disposición de esa empresa helicópteros *in situ* para cualquier eventual incendio forestal posterior al 20 de marzo de 2015³². Lo señalado se vio reforzado, además, por la existencia de una factura aportada por la FNE que confirma que se pagaron servicios prestados por FAASA a Mininco durante abril de ese mismo año³³.

Noveno hecho acreditado: No concurren las circunstancias de hecho alegadas por las Requeridas para fundar la imposición de una multa menos gravosa.

35. FAASA alegó, subsidiariamente, que implementó un programa de cumplimiento de libre competencia de altos estándares y que habría colaborado más allá de las cargas públicas en la investigación de esta FNE.

36. Frente a lo anterior, la Sentencia señaló que no se analizaría el mérito ni la suficiencia del programa de cumplimiento, pues dicho programa se implementó en 2019, por lo que careció por completo de una función preventiva³⁴. Adicionalmente, expuso que FAASA no acreditó en autos que haya prestado una colaboración antes o durante la investigación que vaya más allá del deber legal de cumplir con las cargas públicas³⁵.

Décimo hecho acreditado: Los ejecutivos Rodrigo Lizasoain y Ricardo Pacheco intervinieron en la realización del acto anticompetitivo.

37. El Requerimiento de esta FNE imputó la participación en el acuerdo de los principales ejecutivos de las Requeridas, Rodrigo Lizasoain respecto de Inaer, y Ricardo Pacheco en relación a FAASA, señalando que esta *“permitió la coordinación necesaria*

³² *Ibid.*, considerando 366°.

³³ *Ibid.*, considerando 369°.

³⁴ *Ibid.*, considerando 423°.

³⁵ *Ibid.*, considerando 425°.

entre empresas para llegar al acuerdo imputado, interviniendo además en la ejecución de los actos necesarios para su materialización”³⁶.

38. Al respecto, la Sentencia resolvió que “las dos personas naturales requeridas, a saber, Rodrigo Lizasoain y Ricardo Pacheco, tuvieron una participación activa y protagónica en la celebración del acuerdo colusorio e intervinieron directamente en cada uno de los cinco Episodios del acuerdo, como sus principales artífices”³⁷.

39. En efecto, se tuvo por acreditado que Ricardo Pacheco ejerció como gerente de operaciones de FAASA al incorporarse en 2005, luego como gerente responsable desde 2008, y que en 2012 asumió como gerente general³⁸; mientras que Rodrigo Lizasoain ejerció como gerente general de Inaer desde el 18 de octubre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2013³⁹.

40. Además, se consignó en la Sentencia la existencia de incentivos respecto de ambos ejecutivos para aumentar los ingresos de sus empresas, ya sea por la serie de bonos que formaban parte de la estructura de remuneraciones de Ricardo Pacheco en FAASA - asociada a las nuevas relaciones contractuales que obtuviera con empresas forestales-, como por la participación como accionista en el 5% de la propiedad de Inaer que mantenía Rodrigo Lizasoain⁴⁰.

Decimoprimer hecho acreditado: Rodrigo Lizasoain tuvo la calidad de administrador durante el período imputado, y cumple los requisitos para ser declarado solidariamente responsable del pago de la multa impuesta a Inaer.

41. Esta Fiscalía sostuvo que Rodrigo Lizasoain detentaba la calidad de administrador de Inaer. Para tales efectos, la Sentencia reconoció que esta FNE probó que estatutariamente tenía facultades de administración, y que, además, ejerció materialmente dicha calidad, según declaró en su absolución de posiciones y según la prueba documental acompañada, hasta su salida de la compañía el 31 de diciembre de 2013⁴¹.

³⁶ Requerimiento subsanado de folio 82, p.10.

³⁷ Sentencia, considerando 421°.

³⁸ *Ibid.*, considerando 442°.

³⁹ *Ibid.*, considerandos 439° y 440°.

⁴⁰ *Ibid.*, considerando 435°.

⁴¹ *Ibid.*, considerando 439° y 440°.

42. En resumen, como se advierte, la Sentencia acogió prácticamente la totalidad de la imputación formulada por esta Fiscalía en su Requerimiento en relación con el acuerdo imputado, su ejecución, partícipes, efectos y condiciones del mercado que facilitaron su realización. Sin embargo, desestimó la petición de aplicar la responsabilidad solidaria respecto del Requerido Ricardo Pacheco en relación con la multa impuesta a FAASA, al no detentar, en los términos expuestos en la Sentencia, la calidad de administrador de esa empresa. Esta parte de la decisión es objeto del presente recurso de reclamación, cuyos fundamentos se exponen a continuación.

II. RECURSO DE RECLAMACIÓN

A. Consideraciones de la Sentencia relativas a la declaración de responsabilidad solidaria de Ricardo Pacheco respecto de FAASA y de Rodrigo Lizasoain respecto de Inaer.

43. La FNE solicitó en su Requerimiento declarar, de conformidad al artículo 26 letra c) del DL 211, la responsabilidad solidaria de Ricardo Pacheco Campusano y Rodrigo Lizasoain Videla respecto de la multa solicitada a FAASA e Inaer, respectivamente⁴². Lo recién señalado, *“como consecuencia de la calidad de administradores que ambas personas naturales tuvieron en las Empresas Requeridas y de su participación en las conductas imputadas”*⁴³.

44. El H. Tribunal, al resolver la determinación de responsabilidad solidaria de los ejecutivos que participaron en el acuerdo imputado en el considerando 447° de la Sentencia N°185/23, señaló lo siguiente:

*“(...) el artículo 26 letra c) ya citado, establece dos criterios necesarios para poder declarar la solidaridad de una persona natural en relación con la multa aplicable a una persona jurídica. **El primer requisito es que la persona natural cumpla con ser director, administrador o que se haya beneficiado del acto respectivo**, mientras que el segundo requisito es que hubiere participado en la realización del ilícito (...) **Respecto del primer requisito, solo se ha acreditado que R. Lizasoain tuvo la calidad de administrador de Inaer y no así respecto de Ricardo Pacheco**”.*

⁴² Véase, Requerimiento subsanado de folio 82, p.34-35.

⁴³ *Ibid.*, p.33.

45. Para efectos de lo anterior, los sentenciadores comenzaron por determinar el tipo social de cada una de las empresas Requeridas y, en base a ello, efectuaron un análisis de los estatutos de cada compañía con el fin de identificar si se les había conferido conforme a estas facultades o atribuciones de administrador.

46. En el caso de Lizasoain, la Sentencia sostuvo que, en atención a la calidad de sociedad anónima cerrada de Inaer -conforme da cuenta su escritura pública de constitución que obra en el proceso-, la administración la ejercía su directorio, el que, a su vez, podía delegar parte de sus facultades en sus ejecutivos principales, gerentes, subgerentes, abogados de la sociedad, entre otros. Revisados los poderes de la compañía, el H. Tribunal tuvo por acreditado que, habiéndose designado a Rodrigo Lizasoain como gerente general en la primera sesión de directorio realizada el año 2006, en la cual se le entregaron los “*poderes necesarios para la administración de la misma*”⁴⁴, este mantuvo la calidad de administrador de Inaer durante el periodo en que se desplegó la conducta.

47. A su turno, en el caso de FAASA, la Sentencia comenzó su análisis definiendo que esta se constituyó como Sociedad de Responsabilidad Limitada (“**SRL**”), según da cuenta su escritura de constitución societaria del año 2005. A continuación, refirió que “*la legislación aplicable a las SRL no regula expresamente a quién corresponde su administración*”⁴⁵; sin embargo, haciendo aplicable supletoriamente las normas de las sociedades colectivas, se llega a la conclusión que esta administración podría ser ejercida por quien determinen los estatutos o, si nada dicen, por sus socios (sin perjuicio de que estos puedan delegarla).

48. A continuación, el H. Tribunal explicó que según consta en los estatutos de FAASA, la administración de la compañía recayó en dos socios (en principio, las compañías Lanety S.A. y Fumigación Aérea Andaluza S.A.) quienes la podían ejercer por medio de uno o más delegados. En consideración a este antecedente, los sentenciadores analizaron la estructura de poderes de FAASA, constatando en sus escrituras públicas la designación de don Carlos Jeria, Héctor Tamarit y Miguel Ángel Tamarit como delegados de administración. Por lo demás, se expone que revisados los contratos de trabajo que suscribió Ricardo Pacheco con FAASA, ninguno de ellos (o sus anexos) “*dan cuenta de la asignación de Ricardo Pacheco como delegado de administración de Faasa o de que contara con facultades de administración de la sociedad*”⁴⁶.

⁴⁴ *Ibid.*, considerando 439°.

⁴⁵ *Ibid.*, considerando 441°.

⁴⁶ *Ibid.*, considerando 443°.

49. Asentado este elemento, la Sentencia señaló que dado que “*la administración de la sociedad [FAASA] la ejercían aquellos delegados que los socios asignaban mediante escritura pública, este hecho requiere probarse de la forma contemplada en los estatutos sociales*”⁴⁷.

50. Finalmente, la Sentencia expone que atendido que “*la FNE no aportó prueba que muestre la designación de Ricardo Pacheco como delegado de administración, de conformidad con lo dispuesto por los estatutos, se tendrá el hecho por no probado*”⁴⁸.

B. Fundamentos jurídicos y de hecho por los que procede declarar la responsabilidad solidaria de Ricardo Pacheco respecto de la multa impuesta a FAASA.

51. El tenor del artículo 26 letra c) del DL 211 es claro al establecer los requisitos para que opere la responsabilidad solidaria de personas naturales respecto de las multas impuestas a personas jurídicas, lo que es reconocido por el H. TDLC en la Sentencia. Ellos son: (i) que el solidariamente responsable sea director o administrador de la compañía o que se haya beneficiado del acto respectivo; y (ii) haber participado en la realización del acto sancionado.

52. La participación del Señor Pacheco en el acuerdo sancionado se tuvo por acreditada por el H. Tribunal, describiendo en diversos pasajes de la Sentencia la activa participación de este ejecutivo en el acuerdo y en los diversos episodios que lo conformaron, calificándolo -como se indicó *supra*- como artífice de la conducta colusoria.

53. Sin embargo, basándose únicamente en la revisión de estatutos sociales y poderes de la empresa FAASA, la Sentencia descartó la calidad de administrador del Señor Pacheco en ella. En base a este análisis estrictamente formal, el H. TDLC determinó que “*estos instrumentos no permiten demostrar que Ricardo Pacheco tuvo la calidad de administrador de Faasa*”⁴⁹.

54. Como veremos, esta línea de análisis eminentemente formalista no solo se aparta del espíritu y objetivo de la norma, sino que termina por circunscribir su aplicación a un escenario muy limitado y fácilmente eludible por los agentes que incurren en prácticas anticompetitivas.

⁴⁷ *Ibid.*, considerando 444°.

⁴⁸ *Ibid.*, considerando 445°.

⁴⁹ *Ibid.*, considerando 442°.

i. Calidad de Administrador para los efectos del artículo 26 letra c) del DL 211

55. Según se explicó previamente, para efectos de determinar si una persona natural que ha participado en la conducta sancionada debe responder solidariamente por las multas del agente económico, se requiere que reúna alguna de las siguientes calidades: (i) director, (ii) administrador⁵⁰, o (iii) haberse beneficiado del acto. En el caso de las dos primeras, es decir, ser director o administrador, se trata de supuestos que tienen algo en común: corresponden a sujetos que ejercen facultades decisorias o injerencia respecto de la dirección de las compañías, lo que no solo dependerá de lo que consagren los estatutos, sino que también de cómo opere la realidad de dicha empresa.

56. En esta línea se pronuncia el Excelentísimo Tribunal Constitucional, el que, al conocer de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se refirió expresamente al contenido del precepto, señalando que “[e]n el centro de esta norma parece estar **el poder de agencia de los actores involucrados en las definiciones de la persona jurídica**”⁵¹.

57. En consecuencia, lo que hace el legislador es delimitar los sujetos que serán responsables solidariamente, estableciendo para ello dos criterios estrictamente funcionales: el primero, claro está, asociado a la participación en la conducta anticompetitiva, y el segundo, centrado en quienes ejercen algún nivel de control o incidencia en la decisión de coludirse -como ocurrió en este caso- y, por ende, pueden involucrar a la compañía en un ilícito anticompetitivo, distinguiéndolos de aquellas personas que solo operan como simples ejecutores del mismo.

58. Abordando el aspecto antes mencionado, el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez ha señalado que: *“El legislador escogió sin embargo un repertorio complejo de criterios delimitadores, primero dos criterios alternativos que generan dos clases de codeudores solidarios, y luego un tercer criterio copulativo común a ambas clases. Las dos clases de codeudores solidarios son (i) los directores y administradores de la persona jurídica, (ii) las personas que se hayan beneficiado de la infracción. El criterio copulativo común, que*

⁵⁰ La responsabilidad solidaria de los “*ejecutivos involucrados en las infracciones a la libre competencia*” fue incorporada al DL 211 por medio de la Ley N°19.911, conforme da cuenta el Mensaje contenido en la Historia de su establecimiento (p.6), proponiéndose en aquella oportunidad “*hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ella*” (p.8). Dicha redacción, al incluir la conjunción “o” respecto de gerentes o administradores, revela una calidad equivalente entre ambas. Esto último explicaría que la norma vigente solo contemple el concepto de administrador, por encontrarse el de “gerente” subsumido en aquel.

⁵¹ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol 9469-20 INA.

*reduce el círculo de codeudores solidarios resultante de la consideración conjunta de ambas clases, es la participación en el hecho constitutivo de infracción*⁵².

59. Así, el requisito transversal para determinar quienes estarán obligados solidariamente al pago de la multa del agente económico que atentó contra la libre competencia, es la participación en la conducta sancionada, manifestando el nivel de conexión exigido por el legislador con el comportamiento reprochado. Adicionalmente, en el caso de quienes se beneficiaron con el acto, la conexión estará dada, por cierto, por el beneficio mismo percibido como consecuencia de su ejecución⁵³; finalmente, en el caso de los directores y administradores, la vinculación estará determinada por el nivel de injerencia de su gestión en las definiciones que adopte la persona jurídica de cara al ilícito anticompetitivo.

60. De esta manera, siguiendo la finalidad de los criterios de delimitación entregados por el legislador, no puede sino resultar infundada una aproximación meramente formal como la que sostiene el H. Tribunal en la Sentencia recurrida. Más allá de que el obligado solidariamente detente o no estatutariamente facultades de administración, lo cierto es que las atribuciones y actuaciones del sujeto deben ser analizadas bajo el principio de primacía de la realidad del cargo, y en el caso de Ricardo Pacheco este no puede sino ser considerado como administrador de FAASA.

ii. Elementos probatorios del juicio que revelan el rol de administrador de Ricardo Pacheco en FAASA.

61. Como revelaron los antecedentes aportados a la presente causa, Ricardo Pacheco dista mucho de ser un simple ejecutor de instrucciones, habiéndose demostrado a lo largo

⁵² BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. Informe en Derecho titulado “*Responsabilidad personal por la infracción y garantía del pago de la multa aplicada a la persona jurídica en el Decreto Ley 211*”, causa Rol 9097-20-INA, folio 409, Excelentísimo Tribunal Constitucional.

⁵³ Al respecto, resulta paradójico que la Sentencia excluya la imposición de la responsabilidad solidaria al Sr. Pacheco en la multa impuesta a FAASA atendido que no revestiría por estatutos el carácter de administrador de la compañía, en circunstancias que el propio fallo reconoce que este ejecutivo se benefició del acuerdo colusorio, incurriendo de esta manera en otra de las hipótesis legales que fundamenta su responsabilidad solidaria: “*De este modo, no resulta discutible que una parte de dichos ingresos [de Pacheco y Lizasoain], la cual no ha podido ser determinada en el proceso, se devengó con motivo de los servicios que prestaron estos dos ejecutivos durante los cinco Episodios previamente estudiados, y que la adjudicación de las licitaciones en que se ejecutó el acuerdo colusorio pudo incidir en la permanencia, valoración y desempeño de cada uno de ellos en sus respectivos cargos*” (Sentencia, considerando 434°).

del juicio su iniciativa y poder de determinación respecto de distintos elementos del acuerdo, como, por ejemplo, proponer ofertas o instar a las reuniones⁵⁴.

62. En primer lugar, se acreditó a través de la prueba rendida en estos autos que Pacheco ejerció diferentes cargos gerenciales durante su paso por FAASA, detentando facultades de administración e injerencia en los procesos de determinación de ofertas y nuevas contrataciones que desarrolló la compañía en el periodo imputado. En efecto, la evidencia allegada al proceso dio cuenta que Ricardo Pacheco ingresó a trabajar a FAASA el 1 de junio de 2005 según el contrato de trabajo acompañado al expediente⁵⁵, constituyéndose desde los inicios como actor relevante para la compañía en Chile, particularmente por su experiencia⁵⁶. Esto último lo llevó incluso a gestionar la constitución e instalación de la empresa en nuestro país⁵⁷. Si bien el referido contrato indica que su cargo en esa época era de gerente de operaciones, desde su ingreso a la compañía desarrolló sus labores “*sin fiscalización superior inmediata (...) excluido de la limitación de jornada de trabajo*”⁵⁸. Este aspecto evidencia el nivel de autonomía e independencia de Ricardo Pacheco respecto de sus labores en la estructura corporativa de FAASA Chile⁵⁹.

⁵⁴ A modo ilustrativo, podemos señalar que respecto de la licitación Conaf 2006, que marca el inicio del acuerdo colutorio, los considerandos 83° y siguientes de la Sentencia reconocen que Ricardo Pacheco no solo elaboró el documento denominado “39. Informe licitación Conaf [451963]” que da cuenta de la gestación de la reunión con sus competidores para llegar a un acuerdo de valores y repartir el mercado, y de los sondeos que Pacheco había realizado con la competencia con la intención de lograr el acuerdo, sino que también (conforme expone el considerando 86°) era el mismo ejecutivo quien proponía los tipos de ofertas de FAASA para el referido proceso de licitación y los precios. Lo recién señalado revela que, en los hechos, Ricardo Pacheco tenía un importante nivel de injerencia en las decisiones de la compañía, además de ser quien derechamente las ejecutaba.

⁵⁵ 1) *Contrato de Trabajo - junio 2005 (a)*, ubicado en Cuaderno Principal a folio 193 y disponible en la siguiente ruta: ZIP: Carpeta N°1 Documentos Digitales Públicos expediente Rol N°2465-17 FNE\13. EDP\4.- TOMO IV\28. CD adjunto Faasa Chile Oficio Res. 007\Respuesta pregunta N°5\A) Contratos de trabajo y anexos- Ricardo Pacheco.

⁵⁶ Contestación Ricardo Pacheco, cuaderno principal, folio 123, p.6. “(...) *por la naturaleza de esta industria, y las exigencias normativas aeronáuticas, se hizo necesario reclutar ejecutivos locales que supervisarán sus operaciones en Chile, y ejecutarán sus proyectos. Así, por su conocimiento y experiencia en la industria, el señor Ricardo Pacheco fue contratado el mismo año 2005*”.

⁵⁷ Absolución R. Pacheco, cuaderno principal, folio 521, p.13, líneas 9 a 14. “*Ministra: Pero, perdón, esto se refiere específicamente al proceso de constitución e instalación de Faasa en Chile. Absolvente: Sí, por eso le digo en el tema de instalación debe haber una persona que se... aporte lo que es el área aeronáutica ¿ya?, manual de operaciones y exigencias de la autoridad aeronáutica para la formación de empresas. Y hay otra parte que es toda la parte de gestión de empresas, eso yo... cuando... cuando fui contratado mi rol fue la parte aeronáutica*”. En el mismo sentido, Declaración Ricardo Pacheco ante la FNE, p.2, líneas 13 a 17.

⁵⁸ “1) *Contrato de Trabajo - junio 2005 (a)*”, ubicado en Cuaderno Principal a folio 193 y disponible en la siguiente ruta: ZIP: Carpeta N°1 Documentos Digitales Públicos expediente Rol N°2465-17 FNE\13. EDP\4.- TOMO IV\28. CD adjunto Faasa Chile Oficio Res. 007\Respuesta pregunta N°5\A) Contratos de trabajo y anexos- Ricardo Pacheco.

⁵⁹ Ricardo Pacheco, como se acreditó en autos, actuó de manera duradera en el tiempo en condiciones de autonomía e independencia, lo que la doctrina reconoce bajo la figura de administrador de hecho. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español señala que

63. Al respecto, la testigo Bárbara García, secretaria de gerencia de FAASA, se refirió en su declaración al rol que tenía Ricardo Pacheco en aquella compañía, señalando lo siguiente:

“BÁRBARA GARCÍA BETANZO: (...) Ricardo Pacheco, sí, de 2012 que entré a Faasa Chile antes, hoy Pegasus South America, él fue gerente responsable de Pegasus South America.

MINISTRA: ¿Y usted sabe desde cuándo él ocupaba ese cargo? Don Ricardo Pacheco.

BÁRBARA GARCÍA BETANZO: Eh... sí, el inició la empresa acá en Chile, en el año dos mil... cinco.

MINISTRA: Perfecto.

BÁRBARA GARCÍA BETANZO: 2006 que iniciaron las operaciones.

MINISTRA: Ya, entonces a usted le consta que él sí tuvo la calidad de administrador de la sociedad Pegasus, entre el 2006 y 2013.

BÁRBARA GARCÍA BETANZO: Exacto⁶⁰.

64. Efectivamente, el año 2008 Ricardo Pacheco asumió formalmente el cargo de “gerente responsable” de FAASA Chile, y el año 2012 el cargo de gerente general, el que ejerció durante los últimos años del acuerdo imputado⁶¹.

65. Además, la prueba rendida por la FNE evidenció que Ricardo Pacheco actuó durante todo el periodo imputado en representación de la compañía participando e interviniendo en los procesos de licitación de contratos que le interesaban a FAASA,

“pueden ser tenidos por administradores de hecho los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo”. Sentencia Tribunal Supremo español, 25 de junio de 2010, Recurso de Casación núm. 519/2009. En la doctrina nacional, ha sido aplicada esta teoría por: JEQUIER LEHUEDE, Eduardo. *Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el derecho chileno*. Santiago. Revista chilena de Derecho v. 41, n°. 1, p. 121 – 152. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000100006> (última visita: 22.08.2023); y también CABALLERO GERMAIN, Guillermo. *Comentario de jurisprudencia*. Revista Chilena de Derecho Privado, N°22, pp.365-372. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n22/art19.pdf> (última visita: 22.08.2023), donde señala que son características de esta administración de hecho el ejercicio puramente fáctico durante un tiempo prolongado a quienes de hecho toman decisiones propias de un administrador, aunque se ejecuten a través de quienes válidamente puedan (p.370).

⁶⁰ Testimonial de B. García, cuaderno principal, folio 550, p.39, líneas 15 a 31.

⁶¹ “9) Anexo - 01 Octubre 2012”, ubicado en cuaderno principal a folio 193 y disponible en la siguiente ruta: ZIP: Carpeta N°1 Documentos Digitales Públicos expediente Rol N°2465-17 FNE13. EDP\4.- TOMO IV\28. CD adjunto Faasa Chile Oficio Res. 007\Respuesta pregunta N°5\A) Contratos de trabajo y anexos- Ricardo Pacheco. Su cláusula segunda señala: “Cargo. Las partes acuerdan incorporar la cláusula Primera del contrato de trabajo actualmente en vigencia, en los siguientes términos: “El Empleador contrato los servicios del Trabajador para que desempeñe los deberes y responsabilidad inherentes al cargo de “Gerente General”, en conformidad a los términos y condiciones señalados en el presente instrumento”.

contactando y relacionándose con CONAF⁶² y/o empresas forestales⁶³, proveyendo de información a los directivos de la matriz⁶⁴ y constituyéndose, por tanto, como una pieza clave en la adopción de decisiones estratégicas de FAASA y/o ejecutándolas directamente.

66. Ricardo Pacheco no solo era el interlocutor válido en Chile para los demás competidores, sino que era reconocido como “la cabeza” de FAASA en el país⁶⁵. En este sentido declaró el propio absolvente de FAASA ante el H. Tribunal don Carlos Jeria, indicando en la audiencia llevada al efecto lo siguiente:

*“**Ministro:** Perfecto, señor Jeria para que nos confirme a quién reportaba, si le consta, a quién reportaba don Ricardo Pacheco Campusano en la realización de sus labores entre el año 2006 y 2013.
Absolvente: El repor... a España me imagino, todo a España, **porque él era el cabeza aquí**”⁶⁶.*

67. En cuanto a las funciones que materialmente ejecutaba Ricardo Pacheco en FAASA, el propio Carlos Jeria relató al H. Tribunal:

⁶² Testimonial de Alfredo Mascareño, ejecutivo de Conaf, cuaderno principal, folio 572, p.5: “*Testigo: A ambos [Ricardo Pacheco y Rodrigo Lizasoain] sí los conozco porque forman parte, digamos, de un reducido número de empresas que existen en el país que integran esas empresas y que recurrentemente, digamos, nos encontr, nos he, nos habíamos encontrado, nos habríamos encontrado en reuniones de la Dirección General, General de Aeronáutica Civil, por ejemplo, que es la reunión anual que hace la dirección para tratar temas de seguridad aérea donde ellos concurren por sus respectivas empresas. (...) las del consejo técnico de manejo del fuego, que había, que reunía a la, a Conaf, representantes de empresas también y se trataban temas específicamente de incendios forestales, de operaciones de incendios forestales, de accidentes que pudieran estar ocurriendo, de coordinación y, básicamente, abordar en detalle técnico ya temas de, de esta, cómo mejorar las operaciones en general. Por lo tanto, (...) tanto Ricardo Pacheco como el señor Lizasoain son conocidos, digamos, además que formaron parte de las licitaciones, en más de una oportunidad uno ha tenido que conversar con ellos para tratar temas de funcionamiento de las licitaciones y todos estos temas que son propios en la administración de los contratos”.*

⁶³ Testimonial de Angeline Castillo, jefe de prevención de incendios de Forestal Arauco S.A., cuaderno principal, folio 436, p.4, líneas 2 a 3: “*(...) Pero sí con **Ricardo Pacheco que era el gerente de FAASA en la época en que yo estaba** y con Rodrigo Lizasoain en algún momento en... en algún contrato anterior de plagas o con Inaer un servicio Spot” y p.9, líneas 9 a 10: “*Es que con Ricardo Pacheco como gerente de FAASA tuvimos contratos de aviones y de helicópteros”.**

⁶⁴ Testimonial de Manuel González Gabaldón, director general de FAASA España, cuaderno principal, folio 567, p. 140, líneas 6 a 12: “*MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: Bueno vamos a ver. Esto era un tema de, bueno pues eh... el equipo de Chile, pues el... Ricardo Pacheco, como responsable operativo. Con la gente que estaba en la compañía de operaciones y mantenimiento. Pues lo que daban era, los datos de qué había pasado en Chile hasta entonces y tal. **Sí, ellos elaboraban, elaboraban un informe para que luego nosotros pudiéramos, sacar, tomar decisiones”.***

⁶⁵ El propio Manuel González, declarando ante el H. Tribunal, sostuvo que las empresas competidoras Pacífico y Helicopter habían contactado a Ricardo Pacheco, como responsable operativo de FAASA en Chile, interesados en saber que idea tenía la compañía en su operación en el país, hacia donde iba y qué querían hacer. Al respecto, Sentencia, considerando 93°.

⁶⁶ Absolución de posiciones de Carlos Jeria, de fecha 18 de mayo de 2022, según da cuenta el acta de folio 531, cuya transcripción se encuentra disponible a folio 544 del cuaderno principal, p.8, líneas 11-13.

“Ministro: ¿Y el señor Pacheco Campusano llegó con el cargo de gerente de operaciones a la empresa de Faasa Chile?

Absolvente: Sí, él era, él era en el fondo el gerente general sin tener título, digamos, pero le pusieron un... tenía un título bien... gerente de operaciones y algo más”⁶⁷.

68. Como es posible advertir, los cargos o “títulos” que detentaba Ricardo Pacheco en la empresa no reflejaban la realidad de sus funciones. A mayor abundamiento, debemos reiterar que a partir del año 2008 y hasta su designación formal como gerente general, Pacheco detentaba el cargo de “gerente responsable” de la compañía, lo que revela la importancia de su labor en FAASA y reafirma su posición como principal ejecutivo de la compañía en Chile.

69. En este sentido, Jeria complementó su declaración en cuanto a la realidad de las funciones de Ricardo Pacheco en FAASA durante el periodo imputado, precisando que era quien “comandaba” la compañía en Chile, aun cuando no tenía poder para “firmar” en representación de la empresa.

“Absolvente: ...pero por lo que se veía, él era el que comandaba la compañía, era un gerente general sin título de gerente general, pero sin poderes también ni para firmar, digamos, porque la firma... tenía que firmar un cheque, “no, eso no lo puede firmar don Ricardo”⁶⁸.

70. Lo curioso es que era Carlos Jeria quien estatutariamente mantenía facultades de administración, aspecto que por lo demás fue acreditado en la Sentencia, habiendo sido designado como delegado de administración de FAASA. Sin embargo, el mismo reconoció expresamente que su labor se limitaba exclusivamente a firmar documentos en representación de la empresa, careciendo de cualquier facultad de decisión al respecto⁶⁹.

71. Esta situación acaecida con el propio Jeria evidencia que una revisión estrictamente formalista resulta insuficiente si lo que se quiere es realizar una aplicación de la norma en cuestión, respetando su espíritu y finalidad. Ello, por cuanto como se refirió previamente, la incorporación de la solidaridad tuvo por objeto establecer un sistema de protección de la

⁶⁷ *Ibid.*, p.8, líneas 5 a 8.

⁶⁸ *Ibid.*, p.9, líneas 1 a 3.

⁶⁹ *Ibid.*, p.7, líneas 10 a 12, donde explica: “Absolvente: Yo no participo en la parte operacional yo, entonces, en el fondo no sé... yo firmo no más. Ministro: Okey. Absolvente: Firmo, por instrucciones entonces la parte esa de qué modelo es un helicóptero... estamos en el mundo de la auditoría, entonces no, no, esa parte no me la conozco”. En la misma audiencia, el absolvente indicó: “me mandaban los cheques a mí, a la oficina y yo los firmaba y se los devolvía, es una función bastante específica, digamos, mi atribución dentro de la compañía, sin mando, sin atribuciones de ningún tipo de administración”.

libre competencia más eficaz, generando incentivos en quienes, con base en sus decisiones, pueden determinar la participación de un agente económico en conductas anticompetitivas.

72. Los antecedentes descritos, además de otros aportados en el marco del juicio evidencian que Ricardo Pacheco ejerció funciones de administración en la empresa FAASA durante el periodo imputado, actuando como el principal ejecutivo de la compañía en Chile, operando como interlocutor válido no solo respecto de las entidades licitantes durante los distintos procesos de contratación planificada afectados por el acuerdo colusorio, sino que también con facultades suficientes que le permitieron participar y materializar los distintos aspectos del ilícito anticompetitivo por los cuales las Requeridas han sido condenadas.

iii. En el caso de marras, concurren todos los requisitos para enmendar la Sentencia y declarar a Ricardo Pacheco solidariamente responsable de la multa impuesta a FAASA.

73. Habiendo ya revisado detenidamente los requisitos establecidos en el artículo 26 letra c) del DL 211 para declarar la responsabilidad solidaria de una persona natural por las sanciones impuestas a una persona jurídica condenada en materia de libre competencia, y existiendo abundante evidencia que da cuenta de las funciones que en los hechos ejercía Ricardo Pacheco en FAASA y, por ende, del carácter de administrador que materialmente este desempeñaba en la compañía, ahondaremos a continuación en otros argumentos que sustentan el presente recurso y fundan que el mismo sea acogido.

74. La Excm. Corte Suprema se ha pronunciado señalando que en esta sede siempre debe privilegiarse aquella interpretación “*que conlleve una mayor protección y seguridad respecto de la tutela de la libre competencia*”⁷⁰. En este sentido, parece evidente que una aplicación formalista de la norma en cuestión basada estrictamente en el análisis de estatutos societarios y poderes, y que hace caso omiso a la realidad práctica y competitiva de la empresa -de la cual se ha dado cuenta a través de distintos medios probatorios-, no se condice con los lineamientos entregados en este sentido por el Máximo Tribunal.

75. En efecto, es la misma Sentencia la que reconoce expresamente la labor, gestión y facultades que en los hechos ejercía Ricardo Pacheco y que fue lo que permitió que se transformara en un artífice de la colusión sancionada, según refiere el fallo. Sin embargo,

⁷⁰ Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol 9361-2019, de fecha 8 de abril de 2020, considerando 3°.

únicamente en razón de que estatutariamente no le fueron conferidas facultades legales de administración, el ejecutivo podría eludir la responsabilidad solidaria que le cabe respecto de la multa de FAASA.

76. A mayor abundamiento, el criterio estrictamente formalista adoptado por el H. TDLC podría generar incentivos perversos para que las compañías blinden a los ejecutivos involucrados en este tipo de conductas mediante la incorporación en sus estatutos de limitaciones a la administración, perdiendo toda eficacia la norma de solidaridad que apunta a garantizar el pago de la multa impuesta al agente económico a través de los ejecutivos - con poder de agencia- que participen en las conductas colusorias.

77. Con todo, resulta importante también destacar que siendo Ricardo Pacheco el principal ejecutivo de la compañía en Chile, la existencia de instancias de reporte y validación de decisiones con los ejecutivos de FAASA España no obsta a que quien lidera a la compañía en este país ejerza labores de administración de la compañía, máxime si ha quedado acreditado que quien tenía facultades de representación legal de la compañía en Chile carecía de cualquier facultad decisional, según él mismo lo reconoció⁷¹.

78. En atención a lo señalado precedentemente, es posible concluir que el análisis que correspondería realizar en un caso como el de marras, en lo que respecta a la calidad de administrador, se debe efectuar tanto desde una perspectiva formal como material o funcional. Es decir, tanto de conformidad a las facultades legales conferidas conforme a la estructura corporativa de la compañía, como al *poder de agencia* que el ejecutivo efectivamente mantuviera y/o ejerciera respecto de las definiciones económicas o comercialmente estratégicas adoptadas por el agente económico.

79. Esta perspectiva funcional no es ajena al H. TDLC y ha sido adoptada por esa magistratura en otras instancias para imputar la responsabilidad a una persona jurídica. Así, por ejemplo, ha señalado que basta que otros actores asocien al empleado como un representante de la empresa⁷², o que, en los hechos, no es relevante si el ejecutivo cuenta

⁷¹ Absolución Carlos Jeria, cuaderno principal, folio 554, p.3, líneas 16 a 23, donde reconoce: “*mi función aquí funciona “firme tal documento” o “firme tal otro”, porque yo no tengo relación operacional de la compañía, digamos, solamente la representación legal para efectos de firmar algún cheque, alguna propuesta y contratos de trabajo y finiquitos de trabajo, ésa es la función específica mía, dentro de esta compañía*”.

⁷² Sentencia N°234/2011 del H. TDLC, considerando 19°.

o no con facultades especiales para la realización de los actos anticompetitivos⁷³. Una aplicación de las normas en este sentido, es decir, basada en la realidad y no en aspectos meramente formales, es la que permite un adecuado resguardo de la libre competencia.

80. Atendido lo expuesto, estimamos que una correcta valoración de la prueba bajo el régimen de sana crítica de los distintos elementos probatorios rendidos en la presente causa como son la prueba testimonial, documental y absolución de posiciones, y no únicamente una valoración meramente formal de los estatutos sociales, permite concluir a todas luces que Ricardo Pacheco detentó en los hechos el carácter de administrador y tuvo una significativa injerencia en la toma de decisiones estratégicas de FAASA y, por tanto, cabe plenamente a su respecto la responsabilidad solidaria respecto de la multa impuesta a la compañía.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, de los antecedentes que constan en autos y de lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 26 letra c), 27 y 39 letra b) del DL 211, y demás normas aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PIDO: Tener por interpuesto, dentro de plazo legal, fundado recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°185/23, admitirlo a tramitación y elevar los autos a la Excma. Corte Suprema con el fin de que, conociendo por esta vía, enmiende conforme a derecho la Sentencia recurrida, disponiendo en definitiva que se declare la responsabilidad solidaria de Ricardo Pacheco Campusano respecto de la multa impuesta a la Requerida FAASA, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 26 letra c) del DL 211.

⁷³ En este sentido, Sentencia N°136/2014 H. TDLC, considerando 17°: “(...) *no requiere que quien celebre acuerdos anticompetitivos en representación de una empresa cuente con algún poder o facultad especial para realizar tales actos, pues basta que quien actúe por la empresa en los hechos comprometa el actuar anticompetitivo de ésta, tenga o no facultades específicas para ello*”.