

Recurso de reclamación

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Diego Hernández De Lamotte y Camilo León Millones, abogados, en representación de don **Ricardo Pacheco Campusano**, en autos contenciosos caratulados “**Requerimiento de la FNE en contra de Inaer Helicopter Chile S.A. y otros**”, Rol C N°393-2020, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (el “H. Tribunal”) respetuosamente decimos:

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 27 del Decreto Ley N°211 sobre Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”), dentro de plazo, deducimos recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°185/2023 del H. Tribunal (“Sentencia N°185”), notificada a esta parte el 16 de agosto de 2023, solicitando que se enmiende en el sentido de dejar sin efecto: **(i)** la multa impuesta a don Ricardo Pacheco Campusano o, en su defecto, la reduzca según estime ajustado a derecho; y, **(ii)** la condena en costas impuesta a nuestro representado. Todo ello, en virtud de las consideraciones que se exponen en esta presentación.

H. Tribunal, si bien podríamos invertir varias páginas en explicar por qué, en la respetuosa opinión de esta parte, el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) a folio 82¹ (“Requerimiento”) debió haber sido ser rechazado por el H. Tribunal, esta presentación se centrará en el punto de mayor relevancia para nuestro representado: la ausencia de una participación por parte de don Ricardo Pacheco en los hechos imputados por la Fiscalía, que amerite la imposición de una sanción personal a su respecto y, particularmente, de una de la entidad de aquella impuesta por el H. Tribunal.

En el proceso se acreditó que el señor Pacheco no tenía injerencia en la toma de decisiones estratégicas de Pegasus South América Servicios Integrales de Aviación SpA (“Pegasus Chile”), pues éstas eran tomadas por sus superiores; que estaba lejos de ser la “cabeza” de la compañía; y que, ciertamente, no actuaba como administrador de esa sociedad. De hecho, la Sentencia N°185 sostuvo con claridad que: “(...) *la administración de [Pegasus Chile] la ejercían aquellos delegados que los socios asignaban mediante estatutos sociales [por lo que] este hecho requiere probarse de la forma contemplada en los estatutos sociales. En consecuencia, la prueba testimonial e instrumental que apunta a que, en los hechos, Ricardo Pacheco habría tenido injerencia en la toma de decisiones estratégicas de Faasa, que sería ‘la cabeza de compañía’ y que, a juicio de la FNE permitirían acreditar que Ricardo Pacheco habría actuado como administrador de esa sociedad, serán desestimadas*”².

Lo esperable hubiese sido que una persona sin injerencia en la toma de decisiones estratégicas, que está lejos de ser la cabeza de la compañía y que no tiene la facultad para representarla, no hubiese sido condenada personalmente, pues ciertamente una persona con esas características no tiene las atribuciones, competencias ni incentivos para celebrar acuerdos con terceros, particularmente en un contexto como el del señor Pacheco, en el que sus superiores estaban a cargo de adoptar todas esas decisiones, que luego se limitaban a informarle como instrucciones que él debía cumplir sin espacio para cuestionamientos, como un simple mensajero o intermediario.

¹ Requerimiento subsanado por la Fiscalía Nacional Económica luego de que el H. Tribunal, mediante su resolución de folio 80, acogiera las excepciones dilatorias de corrección del procedimiento presentadas don Rodrigo Lizasoain, Calquín Helicopters SpA. y Pegasus South America Servicios Integrales de Aviación SpA., en presentaciones de folio 65, 66 y 67.

² H. Tribunal, Sentencia N°185, considerando cuadringentésimo cuadragésimo cuarto.

Sin embargo, sorprendentemente, el señor Pacheco sí fue condenado personalmente, pues el H. Tribunal consideró que el señor Pacheco –quien no tenía injerencia en las decisiones estratégicas de Pegasus Chile, que no era la cabeza de la compañía y que no tenía facultades para administrarla, además de tener superiores que sí estaban a cargo de todo ello y ejercían con determinación su rol de tomadores de decisiones estratégicas de Pegasus Chile y emisores de instrucciones que el señor Pacheco se limitaba a cumplir– habría tenido una participación “*activa y protagónica*”³ en los hechos sancionados, agregando que habría sido uno de los dos “*principales artífices*”⁴ del supuesto acuerdo anticompetitivo descrito en la Sentencia N°185.

Eso no parece justo ni apegado a derecho, H. Tribunal. Existiendo tomadores de decisiones distintos del señor Pacheco claramente identificados, ¿cómo puede alguien sin injerencia en decisiones estratégicas, que no es la cabeza de la compañía y no tiene facultades para administrarla y que simplemente se limita a seguir las instrucciones de sus superiores ser el *principal artífice* de un cartel y ser sancionado personalmente? ¿Cómo es ello posible considerando que las decisiones comerciales que cuestiona el H. Tribunal en la Sentencia N°185 fueron adoptadas por otras personas al interior de Pegasus Chile –las personas a cargo de su dirección estratégica y comercial– y no por el señor Pacheco?⁵

Por ello decimos que no parece justo ni apegado a la legalidad que alguien que simplemente seguía instrucciones termine siendo condenado personalmente a pagar una multa, ni mucho menos una de la entidad de aquella impuesta por la Sentencia N°185. Para decirlo con claridad, el hilo se está cortando por lo más delgado por la vía de imponer una responsabilidad personal a alguien que no la tiene.

Condenar al señor Pacheco al pago de una multa, por tanto, en la respetuosa opinión de esta parte, fue un error de la Sentencia N°185. Ahora bien, en el evento de que la Excma. Corte considerase que sí debe sancionar al señor Pacheco imponiéndole una multa, una exigencia mínima de debido proceso es que la forma de cálculo de esa multa sea clara y transparente, estándar que, en la respetuosa visión de esta parte, la Sentencia N°185 no cumplió.

En efecto, el H. Tribunal, luego de: **(i)** indicar que “*la FNE, pese a que señaló la prueba instrumental que utilizó en sus estimaciones [de multa], no presentó mayores antecedentes que permitieran replicar las cuantías que solicita [por lo que] tampoco es posible atribuir valor a dichos cálculos (...)*”⁶; **(ii)** reconocer que “*los antecedentes allegados al proceso no son exhaustivos ni permiten establecer que la totalidad de los ingresos recién expuestos sean atribuibles a los contratos adjudicados con ocasión del acuerdo colusorio*”⁷; **(iii)** aceptar que “*no ha podido ser determinada en el proceso*”⁸ qué porción de los ingresos del señor Pacheco se devengó de los episodios sancionados; y, **(iv)** señalar que “*tampoco es posible determinar una mayor o menor culpabilidad por parte de ninguno de estos requeridos [personas naturales]*”⁹; sin más, la Sentencia N°185 impuso a ambos requeridos personas naturales prácticamente la totalidad de la multa solicitada por la FNE.

Es decir, luego de reconocer que no pudo replicar la forma en que la FNE calculó la multa que

³ *Ibidem*, considerando cuadringentésimo vigésimo octavo.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Esta circunstancia –que las decisiones del *holding* de empresas que conforman el Grupo Pegasus son adoptadas por sus superiores en España– fue constatada tanto por el H. Tribunal como por la Excma. Corte Suprema cuando resolvieron el denominado Caso Aviones. H. Tribunal, Sentencia N°179/2022 y Excma. Corte Suprema, Sentencia Rol N°7.600-2023.

⁶ H. Tribunal, Sentencia N°185, considerando cuadringentésimo vigésimo noveno.

⁷ *Ibidem*, considerando cuadringentésimo trigésimo cuarto.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, considerando cuadringentésimo trigésimo sexto.

solicitó, que no pudo determinar qué porcentaje de los ingresos del señor Pacheco corresponde considerar para calcular la multa, y que no pudo establecer su grado relativo de culpabilidad, el H. Tribunal optó “*prudencialmente*”¹⁰ por prácticamente conceder la totalidad de la multa solicitada por la FNE en su Requerimiento, sin justificar realmente por qué 60 Unidades Tributarias Anuales (“UTA”) era la multa que correspondía imponer en justicia y derecho.

En virtud de lo anterior, afirmamos respetuosamente que la Sentencia N°185 yerra al calcular la multa impuesta al señor Pacheco en la forma en que lo hizo, y yerra también, en específico: **(i)** en la base que empleó para el cálculo de la multa a imponer a don Ricardo Pacheco –en la medida que tomó como base de cálculo el total de los ingresos del señor Pacheco en el período requerido, como si todos ellos dieran cuenta del beneficio económico supuestamente obtenido por éste–; **(ii)** al asumir que el señor Pacheco y el otro requerido tienen el mismo grado de culpabilidad –en circunstancias que la propia Sentencia N°185 indica algo distinto–; y, **(iii)** al no considerar la capacidad económica del señor Pacheco. De esta forma, la multa impuesta por el H. Tribunal simplemente no resulta justificada.

Menos justificado todavía parece que la Fiscalía en su recurso de reclamación de folio 702 (“Reclamación FNE”) pretenda que se imponga al señor Pacheco la obligación de responder solidariamente de la multa impuesta a Pegasus Chile, cuestión que el H. Tribunal en la Sentencia N°185 correctamente rechazó. En efecto, bien concluyó el H. Tribunal que no corresponde jurídicamente imponer dicha sanción al señor Pacheco pues él no era formalmente el administrador de Pegasus Chile pero, también, correspondía también adoptar dicha decisión considerando que el señor Pacheco: **(i)** en los hechos, tampoco ejercía la administración de Pegasus Chile, pues era un trabajador que se limitaba a ejecutar las instrucciones que recibía de sus superiores y carecía completamente de injerencia en asuntos comerciales y estratégicos; y, **(ii)** no se benefició por los hechos sancionados por la Sentencia N°185.

Pero, por lo demás, ¿qué sentido de justicia tiene imponer a una persona que, además de haber sido un empleado que seguía órdenes de sus superiores y que hoy se encuentra jubilada y a la que además se impuso la obligación de pagar una multa a título personal, el pago solidario de una multa de 4.400 UTA, es decir, \$3.336.907.200? Las consecuencias que una multa de esa entidad puede tener en cualquier persona natural son catastróficas; suponen simplemente arruinar la vida de esa persona y la de su familia. Ello, incluso si se considera la eventual posibilidad que tendría el señor Pacheco de repetir en contra de Pegasus Chile, considerando todas las complejidades de diversa índole que ello tendría respecto del señor Pacheco.

Finalmente, imponer a don Ricardo Pacheco la obligación de responder de forma solidaria de la multa impuesta a Pegasus Chile no cumple rol de garantía alguno, pues es evidente que el señor Pacheco no tiene patrimonio suficiente para hacerse cargo de dicha obligación.

Así las cosas, H. Tribunal, en la respetuosa opinión de esta parte, la Sentencia N°185 incurrió en graves vicios que afectaron sustancialmente lo resuelto por el H. Tribunal: **(i)** no ponderó adecuadamente la evidencia referida al rol del señor Pacheco en los hechos sancionados al obviar que él no tenía injerencia alguna en la toma de decisiones estratégicas de Pegasus Chile, que no era la cabeza de esa compañía y que no tenía la facultad para representarla, y concluir que fue uno de los principales artífices del cartel, pese a la abundante evidencia que obra en autos y que da cuenta de que fueron otras personas al interior de Pegasus Chile quienes adoptaron las decisiones comerciales sancionadas por el H. Tribunal; y, **(ii)** como consecuencia de ello, y de

¹⁰ *Ibidem*.

otras consideraciones que se expondrán *infra*, impuso una multa al señor Pacheco que en la respetuosa opinión de esta parte es improcedente o, al menos, desproporcionada.

I.

Primer vicio de la Sentencia N°185: ponderó de forma inadecuada la evidencia referida al limitado y, en algunos casos, nulo rol que don Ricardo Pacheco tuvo en los hechos sancionados

No fue don Ricardo Pacheco quien –de haber ello ocurrido en los términos indicados por la Sentencia N°185–, concurrió con la voluntad de Pegasus Chile a ser parte de los hechos sancionados. Y no fue él porque simplemente no tenía la capacidad, competencia e incentivos para hacerlo, y porque había otras personas al interior del Grupo Pegasus que sí estaban en dicha posición.

Como quedó acreditado en el proceso, las funciones del señor Pacheco durante el período cubierto por el Requerimiento consistieron en contribuir a la constitución de las operaciones de la compañía en Chile, el control de las tripulaciones que operarían en nuestro país y, en general, aportar el conocimiento que tenía sobre el combate y supresión de incendios forestales en las operaciones habituales de Pegasus Chile. En cambio, nunca tuvo dentro de sus funciones estructurar comercialmente el negocio ni adoptar decisiones estratégicas relacionadas con los procesos de contratación en los que participaba Pegasus Chile, pues eran los ejecutivos en España –incluyendo a aquellos que fueron trasladados a Chile, como don Héctor Tamarit–, y su representante legal en Chile, don Carlos Jeria, quienes ejercieron la administración comercial de Pegasus Chile entre los años 2006 y 2013. Es decir, las decisiones de negocio más importantes de la filial chilena que se relacionan con los hechos sancionados en la Sentencia N°185 emanaron directamente desde la matriz en España, Pegasus Aviación S.A. (“Pegasus Aviación”), en específico, de su Comité de Dirección (“Comité de Dirección”).

Esta centralización de las decisiones en España era de toda lógica, H. Tribunal. Dado que son las mismas aeronaves y demás recursos los que se emplean para combatir incendios en el hemisferio norte y en el hemisferio sur, las compañías activas en este mercado tienen que adoptar sus decisiones de manera centralizada, con el objeto de asegurar una adecuada cobertura de sus servicios en ambos hemisferios. El Comité de Dirección del Grupo Pegasus en España era el único órgano con la visión completa de las operaciones del Grupo Pegasus y, por tanto, el único en posición de adoptar decisiones comerciales relativas a su operación en todo el mundo, incluyendo Chile.

¿Qué rol tenía el señor Pacheco en este contexto? Recopilar la información que sus mandantes le exigían, aportando insumos relacionados con temas técnicos y operacionales, para poder ellos adoptar las decisiones estratégicas de su filial Pegasus Chile; y, ejecutar las órdenes que recibía en consecuencia, sin capacidad de cuestionarlas o modificarlas. Alguien con ese limitado rol, mal puede ser calificado como un ejecutivo relevante con la capacidad de articular un acuerdo como el planteado por el H. Tribunal en la Sentencia N°185. Dicho de otra manera, H. Tribunal, si se suprime la conducta desplegada por el señor Pacheco en relación con las conductas sancionadas en la Sentencia N°185, lo cierto es que los acuerdos que el H. Tribunal tuvo por acreditados –acuerdos que, por supuesto, desconocemos–, habrían igualmente existido, pues las personas que habrían decidido llevarlos adelante son distintas del señor Pacheco.

I.1. Don Ricardo Pacheco no contaba con la capacidad, competencia e incentivos para adoptar decisiones comerciales

La prueba acompañada en el expediente da cuenta con total claridad de que las atribuciones del señor Pacheco estaban circunscritas a aspectos operacionales de Pegasus Chile, pues las decisiones comerciales eran adoptadas por el Comité de Dirección. Por lo tanto, en la respetuosa opinión de esta parte, la Sentencia N°185 no debió haber sancionado al señor Pacheco con la imposición de una multa y, mucho menos, con una de la entidad como aquella que en definitiva impuso.

Por ejemplo, don Osvaldo Vera, Jefe de Operaciones de Forestal Mininco S.A. (“Mininco”) hasta el año 2012 y luego Subgerente de Protección de la misma compañía, señaló:

“MINISTRA: No, administradores, yo entiendo que es que trabajaron en dichas empresas, me parece que Juan Pablo o Rodrigo Lizasoain en Inaer y Ricardo Pacheco en ¿Faasa? Entre el 2006 y el 2013.

OSVALDO VERA: Sí, **ambos obviamente eran las contrapartes con la empresa en lo operacional**, así que, de esos años, yo entiendo que ambos estaban, yo me acuerdo claramente que nos interrelacionamos con ellos.

MINISTRA: Ya, en lo operacional, ¿y también en la parte administrativa?

OSVALDO VERA: En la parte administrativa, si usted se refiere a las facturaciones, a los pagos...

MINISTRA: Sí, sí a eso me refiero, a las negociaciones.

OSVALDO VERA: **No, a las negociaciones, yo no recuerdo que hayamos negociado con ellos, las negociaciones se hacían directamente con la gerencia española**, ellos eran los que venían y conversaban con los gerentes, lo que yo recuerdo, y en el caso de **Ricardo [Pacheco] y de Rodrigo, las interacciones con ellos fueron en lo operacional, en el tema tripulaciones, en el tema aeronaves, en el tema combustible que mencionaba, en la logística, en que los recursos estén operativos al 100% para el combate**, pero que hayamos, que se haya sentado la empresa con ellos a resolver los temas de tarifa o algo así, hasta donde yo sé, no era así, puedo también equivocarme, pero lo que yo sé, nunca lo vi”¹¹.

Como podrá ver el H. Tribunal, el señor Vera, ejecutivo de uno de los principales clientes de Pegasus Chile que, incluso, habría sido víctima del supuesto acuerdo colusorio imputado en autos, señaló de forma expresa que el señor Pacheco no estaba a cargo de los temas comerciales en Pegasus Chile, pues todas las negociaciones se desarrollaban de forma directa con la gerencia española.

En similar sentido declararon incluso los superiores de don Ricardo Pacheco, los señores Miguel Ángel Tamarit y Manuel González, principales ejecutivos de la matriz española, Pegasus Aviación. En efecto, respecto de las funciones del señor Pacheco en Pegasus Chile, don Miguel Ángel Tamarit indicó lo siguiente en su audiencia de absolución de posiciones:

“MINISTRO: Pregunta número 10. **Para que diga cómo es efectivo que el señor Ricardo Pacheco era el gerente de operaciones de Pegasus entre el año 2006 y octubre del año 2013.**

MIGUEL ANGEL TAMARIT: **Es efectivo** (...).

¹¹ Transcripción de audiencia testimonial de don Osvaldo Vera, acompañada a folio 448, p.60. Énfasis agregados. Todos los énfasis de esta presentación han sido agregados.

MINISTRO: Pregunta número 14. Para que diga cómo es efectivo que **las funciones del señor Pacheco, en tanto en gerente de operaciones eran mantener las operaciones de la empresa y materializar las decisiones comerciales instruidas por la dirección de la Compañía.**

MIGUEL ANGEL TAMARIT: **Es efectivo**¹².

De hecho, H. Tribunal, y tal y como consta en escritura pública de 19 de agosto de 2009¹³, el señor Tamarit declaró que don Ricardo Pacheco sólo tenía poderes para representar a Pegasus Chile ante las autoridades aeronáuticas, en específico la Dirección General de Aeronáutica Civil (“DGAC”) y el Servicio Nacional de Aduanas (“Aduanas”), para efectos de realizar trámites relativos a las operaciones de la compañía en Chile, lo cual no es sino una confirmación del limitado ámbito de atribuciones del señor Pacheco:

“MINISTRO: Pregunta número 11. Para que diga cómo es efectivo que el señor Ricardo Pacheco, no tenía facultades ni poderes para representar a Pegasus frente a terceros.

MIGUEL ANGEL TAMARIT: No es efectivo, **tenía ciertas capacidades de representación, ante las autoridades aeronáuticas por su responsabilidad como gerente responsable, en el ámbito aeronáutico**¹⁴.

Por lo demás, así lo tuvo por establecido el H. Tribunal en la Sentencia N°185, cuando concluyó que no había evidencia en autos que acreditara que el señor Pacheco haya tenido la calidad de administrador de Pegasus Chile¹⁵.

Siguiendo con las funciones del señor Pacheco, el señor Manuel González, Director General del Grupo Pegasus y de Pegasus Chile en el período relevante para estos autos, declaró lo siguiente:

“Rafael Collado (Abogado de Ricardo Pacheco): Y, don Manuel si pudiera explicar mejor al Tribunal, cuál era la distribución de funciones que tenían entre usted y don Ricardo.

MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: **Bueno Ricardo, digamos que, era el responsable de todo lo que era la parte operativa de, de los trabajos en Chile.** Una vez que se ganaba, que se ganaba un contrato, se llevaban una cantidad de medios aéreos aviones y helicópteros. **Cuando él se encargaba de ingresarlos, de conseguir las autorizaciones de la aeronáutica, los permisos. Y después de hacer toda la logística de la operación.** De recibir a los pilotos, reentrenarlos, recibir a los mecánicos, preparar, preparar las bases de operación, las cisternas de combustibles fijas y móviles, los coches de alquiler, las relaciones con la aeronáutica, cobro con las empresas. **Todo lo que tenía que ver con la, con la operativa del grupo. Si estaba supervisado la parte financiera se llevó siempre prácticamente desde España.** En Chile a bases de tener un outsourcing con TNF, que nos llevaba lo que es la contabilidad y los temas tributarios. **Toda la parte,**

¹² Transcripción de audiencia de absolución de posiciones de don Miguel Ángel Tamarit, acompañada a folio 449, p.4.

¹³ Escritura pública fecha 19 de agosto de 2009, suscrita ante la 34° Notaría de Santiago de don Eduardo Diez Morello, repertorio N°15.997-2009. Este documento fue acompañado al proceso por la FNE en su presentación de folio 174, mediante la cual acompañó copia del expediente administrativo de la investigación que originó el Requerimiento. En lo sucesivo, los documentos que se acompañaron en dicha presentación serán referenciados como “Soporte Físico del Expediente Administrativo” o “Soporte Digital del Expediente Administrativo”, según corresponda, junto con su respectiva ruta de acceso. En el caso de la escritura pública referenciada, ésta se encuentra en Soporte Digital del Expediente Administrativo: \Documentos Digitales Públicos expediente Rol N°2465-17 FNE\ 13. EDP\2.- TOMO III\ 18. CD adjunto Faasa Chile Oficio Res. 0369\0369\ Disco Compacto N° 1\ 1 - Poderes (con mandatos judiciales y delegaciones menores) 2009 08 19 Ricardo Pacheco - Poder DGAC y Aduanas.pdf.

¹⁴ Transcripción de audiencia de absolución de posiciones de don Miguel Ángel Tamarit, acompañada a folio 449, p.4. En el mismo sentido declaró el testigo doña Bárbara García, Asistente de Gerencia de Pegasus Chile, quien junto con indicar que era el señor Carlos Jeria el representante legal de la Compañía, confirmó que el señor Pacheco sólo tenía poder para representarla ante la DGAC y Aduanas:

“BÁRBARA GARCÍA BETANZO: (...) **La representación legal de Faasa Chile, hoy Pegasus South America, sigue siendo a nombre de Carlos Jeria, que es el representante legal de la empresa. Don Ricardo no tiene, ni tuvo poder para representar a la empresa. Solo de firma ante la DGAC y Aduana para tramitación de ingreso de aeronaves. Pero para representación de la empresa, firma, contratos, arriendos o, hasta contratación de personal, siempre la documentación se ve con Carlos Jeria**”. Transcripción de audiencia testimonial de doña Bárbara García Betanzo acompañada a folio 550, p.42.

¹⁵ H. Tribunal, Sentencia N°185, considerando cuadringentésimo cuadringentésimo segundo y cuadringentésimo cuadringentésimo tercero.

toda la parte financiera se llevaba desde la central, los dineros que había que aportar y tal, y bueno. Y Ricardo digamos, era el operativo, el operativo del grupo, el que se encargaba de ejecutar las misiones que se le encargaban. (...).

Rafael Collado (Abogado de Ricardo Pacheco): Gracias don Manuel. Una última consulta, en ese sentido. Pudiera aclarar al tribunal, ¿cuán fluidas eran sus contactos con Ricardo Pacheco?

MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: **Bueno eran fluidos, eran bastante fluidos. Una relación de dependencia orgánica directa.** Nos veíamos con cierta frecuencia, entre España y Chile, y bueno, y manteníamos comunicaciones sí. Teníamos, teníamos contacto prácticamente, pues él no hacía nada importante bajo ... sin, digamos, sin consultarlo. **Aunque desde luego en el día a día, él era el responsable, y se le medía por resultados. Obviamente él tomaba las decisiones de las cuestiones operativas**¹⁶.

Así, según su jefe directo, don Ricardo Pacheco *se encargaba de ejecutar las misiones que se le encargaban*. Así de claro, H. Tribunal. El señor Pacheco no tenía margen para adoptar decisiones comerciales y alcanzar acuerdos con terceros; él simplemente se encargaba de ejecutar lo que se le ordenaba.

Lo que se viene diciendo es la consecuencia inmediata del hecho de que las decisiones comerciales de Pegasus Chile se tomaban por el Comité de Dirección. Al respecto, el señor Miguel Ángel Tamarit, actual vicepresidente del Grupo Pegasus y delegado para la administración de Pegasus Chile, en su audiencia de absolución de posiciones indicó lo siguiente:

“MINISTRO: Pregunta número 13. **Para que diga como todas las decisiones comerciales y estratégicas de Pegasus eran tomadas por el Comité de Dirección de Pegasus Aviación S.A., en España y no por el señor Ricardo Pacheco.**

MIGUEL ANGEL TAMARIT: **Es efectivo**¹⁷.

Por su parte, en su audiencia de absolución de posiciones, don Carlos Jeria, representante legal de Pegasus Chile, al ser consultado sobre sus funciones, indicó lo siguiente:

“Absolvente: **No, porque ésta es una compañía de carácter patriarcal, donde las órdenes llegan directa, por escrito, por el dueño de la empresa** y nosotros como firma de auditores también firmamos o ejecutamos las acciones de acuerdo a las instrucciones de ellos (...)¹⁸.

En cuanto a las funciones del señor Pacheco y a las personas que tomaban las decisiones comerciales de Pegasus Chile en el período relevante para estos autos, doña Bárbara García confirmó que era la *dirección* en España la encargada de definir las propuestas comerciales:

“BÁRBARA GARCÍA BETANZO: Ah, perdón **la dirección es nuestra jefatura en España. Es la casa matriz de Pegasus South America, que entre el año 2006 y 2013, estaba don Héctor Tamarit, don Manuel González Gabaldón y hoy en día nos entendemos con el vicepresidente junior, que es Miguel Ángel Tamarit.**

Rafael Collado (Abogado de Ricardo Pacheco): Perfecto. Dentro de... o sea, ¿cuál era la relación que existía entre la dirección y Ricardo Pacheco?

BÁRBARA GARCÍA BETANZO: Eh... **don Ricardo Pacheco tenía que eh... todo pasarlo a la dirección para la toma de decisiones. Don Ricardo era el encargado de buscar negocios, más o menos, armar la operación y presentarla a la dirección,** para saber si estaban de acuerdo con la propuesta de don Ricardo.

Rafael Collado (Abogado de Ricardo Pacheco): Dentro de los negocios, ¿estaban las licitaciones públicas a las que ha hecho referencia previamente?

¹⁶ Transcripción de audiencia testimonial de don Manuel González, acompañada a folio 568, pp.9-10.

¹⁷ Transcripción de audiencia de absolución de posiciones de don Miguel Ángel Tamarit, acompañada a folio 449, p.4.

¹⁸ Transcripción de audiencia de absolución de posiciones de don Carlos Jeria, acompañada a folio 544, p.4.

BÁRBARA GARCÍA BETANZO: Sí, por supuesto.

Rafael Collado (Abogado de Ricardo Pacheco): **¿Y quién tomaba la decisión de precio a la oferta que se iba a ir?**

BÁRBARA GARCÍA BETANZO: **En la dirección. Siempre se ha tomado en la casa matriz, la decisión de precio**¹⁹.

Por su parte, el señor Héctor Tamarit, miembro del Comité de Dirección del Grupo Pegasus, al referirse a la definición de las ofertas por parte de Pegasus Chile, señaló:

“Testigo: (...) **la construcción de las ofertas sea en un documento Excel, en un documento Word, en cualquier tipo de documento, nacían en España en función de los costes de cada modelo**, porque no podemos perder de vista que la operación chilena no se puede entender de manera aislada sin ver la operación en España (...)”²⁰.

Lo anterior también fue señalado por don Héctor Tamarit en su declaración ante la Fiscalía en el marco de la investigación Rol N°2424-17 que originó estos autos, al recalcar que era el Comité de Dirección en España quien tomaba las decisiones sobre cómo Pegasus Chile participaba en las licitaciones:

“Declarante: La filial a través de nuestro gerente general nos informa de las posibles licitaciones que van a salir, o en el caso de las empresas privadas, que también o hacen licitaciones públicas, te avisan o te llaman, digo él propone, nos avisa oye está esto, está esto, ya, **y aquí se crea un comité de dirección con, donde eh se toma una decisión a lo que se va y a que precios se va.**

FNE: **Ya, quiénes toman esas decisiones.**

Declarante: **Comité de Dirección, conformado por mi persona, el presidente, el vicepresidente y la asesoría de mi tío.**

FNE: Ya. Y entre el año 2010 y 2015, lo mismo.

Declarante: **Lo mismo. Todas las decisiones de inversión, licitaciones que se disputan en Chile, Italia, donde sea, se toman en la matriz**²¹.

En similar sentido declaró don Manuel González:

“Tomás Pérez (Abogado de Pegasus): Muchísimas gracias don Manuel. Y, en concreto, en lo que se refiere al negocio chileno, ¿usted tenía alguna injerencia en la negociación de los servicios que esa compañía prestaba en Chile?

MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: Sí, por supuesto. Yo ...eh bueno, **a mí me reportaba Ricardo Pacheco**, pues yo, en relación con el grupo Faasa me encargaba de coordinar todas sus relaciones con la Matriz. Por supuesto de proveerle todos los servicios que se necesitaban. Y sí, **en relación con las negociaciones de las empresas privadas, de las empresas madereras, sí me ocupé muy personalmente.** Digamos que, la función principal, en relaciones con esas empresas, que cuando contratamos en la época hasta el año 2014, 2015, prácticamente siempre fueron tratos directos, casi nunca fueron licitaciones. **Sí, me involucré directamente como la, creo que la persona más importante que se involucró en las negociaciones fui yo. Con las empresas privadas**²².

¹⁹ Transcripción de audiencia testimonial de doña Bárbara García, acompañada a folio 550, p.41.

²⁰ Transcripción de audiencia testimonial de don Héctor Tamarit, acompañada a folio 554, p.25.

²¹ Transcripción de declaración de don Héctor Tamarit ante la Fiscalía Nacional Económica, investigación rol N°2424-17, p.24, acompañada al proceso en Soporte Digital del Expediente Administrativo. Ruta de acceso dentro del soporte: Documentos Digitales Públicos expediente Rol N° 2465-17 FNE\Carpeta N° 1 Documentos Físicos Públicos expediente Rol N° 2465-17 FNEITOMO IV\81. DECLARACIÓN HÉCTOR TAMARIT (03-10-2017).pdf.

²² Transcripción de audiencia testimonial de don Manuel González, acompañada a folio 568, p.7.

En lo que respecta a la determinación de las ofertas a presentar a los potenciales clientes, el señor González confirmó que era la dirección de la matriz de Pegasus Chile, y en particular el propio señor González, el encargado de definir las propuestas comerciales de la Compañía, sin que el señor Pacheco interviniese directamente en este proceso:

“Tomás Pérez (Abogado de Pegasus): (...) ¿usted tenía algún grado de intervención en la determinación de las ofertas que la compañía prestaba a sus clientes, o potenciales clientes?

MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: Claro, yo era el director, era el director general del grupo... yo reportaba al presidente de la compañía, en aquella época, no, no había todavía un comité de dirección, como después se montó y demás. **Estaba el director general del grupo y el presidente, bueno pues yo, preparaba las ofertas, ponía, calculaba los costes, con el equipo que teníamos en España a tal fin, director financiero, director de compra de aeronabilidad, director de flota, mantenimiento, operaciones y tal. Y en relación con ello, preparaba los precios, los consultaba con la presidencia, normalmente recibía su visto bueno o podía recibir alguna indicación distinta.** Y con arreglo a algunos criterios, con los que nosotros funcionábamos, los criterios que teníamos para establecer, el desarrollo en Chile y de arreglo con algún presupuesto inicial de fin de año. (...). **Sí, digamos que yo era el responsable de fijar los precios**²³.

Al ser nuevamente consultado por el apoderado de la Fiscalía sobre el rol de don Ricardo Pacheco en los asuntos comerciales de Pegasus Chile, el señor González indicó que el Comité de Dirección, en España, tomaba las definiciones estratégicas de la Compañía:

“MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: En España, en España, en España. **La compañía Faasa española, que era la que tomaba las decisiones. Yo como director general con mi equipo, y con la supervisión del presidente. Tomábamos las decisiones en España, a eso me refiero. Nosotros los españoles**²⁴.

Lo que se viene diciendo, H. Tribunal, en el sentido de que las decisiones de Pegasus Chile eran tomadas por personas distintas del señor Pacheco, en España, no es casualidad ni un argumento diseñado por la defensa del señor Pacheco. Y es que un elemento fundamental en la planificación y administración de los destinos comerciales de Pegasus Chile era la información de la disponibilidad de la flota del Grupo Pegasus a nivel global. Ello, pues el Grupo Pegasus operaba bajo el modelo de la *contra temporada*, es decir, usando de forma alternada la flota del Grupo Pegasus durante la temporada de incendios forestales en España, entre los meses de mayo y septiembre, y luego trasladando esas mismas aeronaves a Chile para la temporada estival del hemisferio sur, entre los meses de octubre y abril. Por tanto, este modelo exigía operar con *contratos espejos*, esto es, cada contrato suscrito para una aeronave en un hemisferio debía contar con un correlato en el hemisferio sur. De esta forma, la aeronave se utilizaba la mayor parte del año, pues de no existir un *contrato espejo*, el respectivo avión o helicóptero quedaría sin utilización en los meses de invierno del respectivo hemisferio.

Operar bajo la modalidad de la *doble temporada* con *contratos espejos* por cada aeronave supone un esfuerzo logístico importante, pues los compromisos comerciales en cada hemisferio junto con los tiempos de operación y de traslado de las aeronaves de Europa a Sudamérica, vuelve especialmente dificultoso hacer “*calzar*” de forma adecuada la flota de aeronaves del Grupo Pegasus entre las distintas empresas que forman el *holding*, entre ellas, Pegasus Chile, para poder cumplir los compromisos contractuales adquiridos en los distintos hemisferios.

²³ *Ibidem*, p.8.

²⁴ *Ibidem*, p.140.

Pues bien, H. Tribunal, el único órgano capaz que hacer “calzar” y distribuir de forma adecuada los activos del Grupo Pegasus entre las temporadas españolas y chilenas era el Comité de Dirección del Grupo Pegasus. Ello, pues era la matriz la que contaba con un amplio panorama del estado de los recursos, activos y compromisos comerciales de las empresas del Grupo Pegasus tanto en Europa como en Sudamérica, por lo que era la única que manejaba la información necesaria para elaborar las ofertas que Pegasus Chile debía presentar en el mercado local. En ese sentido, don Ricardo Pacheco nunca tuvo acceso a dicha información, por lo que simplemente no estaban en posición de acordar con terceros las propuestas comerciales que Pegasus Chile presentaría ante sus potenciales clientes si, en estricto rigor, ni siquiera sabía qué aeronaves tenía disponible la compañía de cara a cualquier proceso de contratación. Esto fue confirmado por don Héctor Tamarit en su declaración testimonial:

“Testigo: **La, la información en cuanto a la disponibilidad de flote y de recursos nacía en la matriz porque la, como he dicho, el plan general de servicio y después la información local de qué postulaciones podían salir o intereses de empresas privadas podía haber lógicamente, nos llegaba a través de, del personal chileno y nosotros analizábamos, veíamos si era factible o no es factible, decidíamos el precio y, y lo lanzábamos, si funcionaba**”²⁵.

En similar tono declaró doña Bárbara García: la información de las ofertas era manejada de forma exclusiva por la *dirección*, siendo enviada a *última hora* a los ejecutivos en Chile para la postulación a licitaciones:

“BÁRBARA GARCÍA BETANZO: No sé si te entendí bien la pregunta Rafael disculpa. **Pero nosotros los precios, los desconocemos, hasta el día que se debe cargar la información a la plataforma.** O se entrega definitivamente, hasta hace unos años, como les comenté delante era entrega casi que física, papeles se entregaban. **Pero nosotros el acceso a los precios, los teníamos a última hora,** ya para guardar el sobre o cargar la información a las plataformas, que eso también lo hacía yo.

Rafael Collado (Abogado de Ricardo Pacheco): **¿Y quién enviaba esa información a última hora?**

BÁRBARA GARCÍA BETANZO: **Eh... don Héctor Tamarit a don Ricardo, o Miguel Ángel a Julián hoy. Y ellos me los traspasan a mí, que son los gerentes responsables aquí en Chile, me lo traspasan a mí, para que yo los cargue a las plataformas que corresponda**”²⁶.

Para cerrar esta sección, vale la pena remitirse a lo indicado por la propia FNE en el denominado *Caso Aviones*²⁷, al referirse a las medidas intrusivas que se decretaron a propósito de dicho caso: “*esa medida investigativa no incluyó a quienes posteriormente se demostró que eran activos partícipes del acuerdo colusorio de ambas empresas, los señores Tamarit y González Gabaldón por parte de Faasa (...)*”²⁸, y que “*esos ejecutivos tienen su residencia en España y desde ese lugar dirigen e intervienen en el actuar anticompetitivo de ambas compañías*”²⁹. Esta conclusión, referida a un acuerdo colusorio en el mercado de aviones, es totalmente replicable en el mercado de helicópteros, pues: (i) los dos mercados son muy similares; (ii) la estructura jerárquica y organizacional de Pegasus Chile no varía según el mercado, siendo en ambos los ejecutivos españoles quienes tomaban las decisiones estratégicas de la compañía; y, (iii) los hechos acaecidos tanto en el mercado de helicópteros como en el de

²⁵ Transcripción de audiencia testimonial de don Héctor Tamarit, acompañada a folio 554, p.81.

²⁶ Transcripción de audiencia testimonial de Bárbara García, acompañada a folio 550, pp.41-42.

²⁷ H. Tribunal, Sentencia N°179/2022 y Excma. Corte Suprema, Sentencia Rol N°7.600-2023.

²⁸ Alegato del apoderado de la Fiscalía Nacional Económica ante la Excelentísima Corte Suprema por recurso de reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N°179/2022 del H. Tribunal. Minuto 2:37:10 grabación de la audiencia. Disponible en: <<http://go.fn.cl/8we12>>. [Fecha de última consulta: 25 de agosto de 2023].

²⁹ Alegato del apoderado de la Fiscalía Nacional Económica ante la Excelentísima Corte Suprema por recurso de reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N°179/2022 del H. Tribunal. Minuto 2:37:25 grabación de la audiencia. Disponible en: <<http://go.fn.cl/8we12>>. [Fecha de última consulta: 25 de agosto de 2023].

aviones ocurrieron en épocas similares. ¿Por qué el señor Pacheco sería el *activo partícipe* entonces de este caso? No hay razón alguna para sostener ello, H. Tribunal.

Así las cosas, H. Tribunal, como podrá ver, existe abundante evidencia rendida en autos que acredita el rol secundario del señor Pacheco en los destinos comerciales de Pegasus Chile, por lo que simplemente no estaba en posición de acordar con terceros los términos en que Pegasus Chile participaría en una o más licitaciones. Por ello, al resolver como lo hizo, condenando personalmente a don Ricardo Pacheco al pago de una multa, la Sentencia N°185 no ponderó adecuadamente los antecedentes que obran en el proceso en relación con el rol secundario y, en algunos casos, inexistente, que el señor Pacheco tuvo en los hechos sancionados por el H. Tribunal. En efecto, y pese a reconocer en varios pasajes que el señor Pacheco era más bien un mensajero o instrumento de sus superiores, la Sentencia N°185 terminó injustamente condenando al señor Pacheco al pago de una cuantiosa multa.

I.2. El H. Tribunal, en la respetuosa opinión de esta parte, ponderó de forma contradictoria e incorrecta la evidencia relativa al rol que el señor Pacheco tuvo en los hechos sancionados por la Sentencia N°185

Si se revisa el rol que el señor Pacheco tuvo en los episodios referidos en la Sentencia N°185 es posible apreciar con total claridad que lo que se viene diciendo –en el sentido de que él se limitaba a seguir las instrucciones de sus superiores el en Comité de Dirección–, es consistente con los hechos.

¿Cuál fue el rol de don Ricardo Pacheco en el episodio denominado por la Sentencia N°185 como *Conaf 2006* o *Episodio N°1*? Luego de ser contactado por representantes de otras empresas del rubro, el señor Pacheco se limitó a informar a su jefatura en España de dicha circunstancia, quienes luego se encargaron de definir la estrategia que adoptaría Pegasus Chile en el proceso de contratación referido, y ordenaron al señor Pacheco transmitir cierta información a representantes de las otras requeridas, sin considerar las sugerencias del señor Pacheco respecto de cómo estructurar la postulación de Pegasus Chile. Así lo reconoció justamente una de las personas que dio dichas instrucciones, don Héctor Tamarit:

“Testigo: En ese proceso de licitación yo recuerdo que eh... si me lo permite don Víctor nosotros una vez que llegamos a Chile el 2005 y nos adjudicamos la primera... primer contrato con Conaf por tres helicópteros y un año eh... la industria local empezó a contactar, no directamente conmigo, yo nunca estuve en esas reuniones ni en esos contactos sino a través de Ricardo ahí, contactó con nosotros para preguntarnos cuáles eran nuestras intenciones de... en el país. Ricardo se acercó y lo único que le dijimos que nuestra intención en este caso era mantener nuestra o intentar obtener el mismo número de aeronaves que habíamos adjudicado el año anterior con Conaf y poco más, y seguir trabajando, pero no, vamos, información que era pública de todas maneras, como yo nunca tuve participación en ninguna reunión con esos operadores locales, que fueron los que nos contactaron”³⁰.

“Testigo: Hace tiempo, pero vamos, esto es un documento interno obviamente que realizaba Ricardo con unas diferentes opciones de postulación eh... que... en la base al cual nosotros analizábamos hasta donde se veía, cuáles eran los límites máximos o mínimos que podíamos ofertar y él hacía distintos ejercicios para que finalmente, como se hacía siempre, se tomaba la decisión de la oferta en España”³¹.

“Testigo: Fue una, una, una mejora de, por parte de la compañía de incorporar un medio más moderno, 12 biturbinas, con más capacidad, obviamente a un precio mayor que al del

³⁰ Transcripción de audiencia testimonial de don Héctor Tamarit, acompañada a folio 554, p.17.

³¹ *Ibidem*, p.21.

205 UH1H que teníamos con 13 Conaf, **y fue una decisión del grupo para ir introduciendo en el mercado otro tipo de helicópteros**³².

El H. Tribunal concluyó que los hechos que configuraron el denominado Episodio N°1 podían ser calificados como anticompetitivos. Esta parte, pese a no compartir dicha conclusión, en esta etapa no pretende cuestionarla. Nuestro objeto es mucho más limitado, y es que la Excm. Corte analice si es justo y corresponde en derecho que alguien que obró como mensajero, como simple implementador de las órdenes de sus superiores, sea sancionado como ejecutor de la conducta; como el único ejecutor, nos permitimos agregar, y sea condenado al pago una multa a título personal.

Dicho rol de empleado que sigue órdenes o espera autorizaciones de sus superiores pudo ser constatado por el propio H. Tribunal en la Sentencia N°185 al referirse a este Episodio N°1, cuando citó parte de la declaración de don Manuel González, en la que quedó en evidencia que el rol del señor Pacheco fue ejecutar aquello que sus superiores habían autorizado:

“Nonagésimo cuarto: Que, en el mismo sentido, Manuel González añadió que ‘Ricardo Pacheco **estaba autorizado** a que nosotros le dijéramos a los operadores chilenos que íbamos a ir a 3, a las mismas tres bases que habíamos ganado (...). Eh,... **ese es el contactó que se autorizó**’.”

De esta forma, resulta evidente que lo que hizo el señor Pacheco lo realizó obrando en consecuencia a lo dispuesto por sus superiores en España. Honestamente, H. Tribunal, no entendemos por qué es el señor Pacheco y no quiénes tomaban las decisiones que él se limitaba a comunicar o cumplir quien termina siendo condenado al pago de una multa a título personal.

¿Cuál fue el rol de don Ricardo Pacheco en el episodio denominado por la Sentencia N°185 como Conaf 2009 o Episodio N°2? Nuevamente, en este caso, según lo indicado por el H. Tribunal, representantes de otras empresas requeridas se habrían acercado al señor Pacheco para obtener información respecto de la postura que tendría Pegasus Chile en el proceso licitatorio en cuestión. Ante ello, el señor Pacheco habría remitido la solicitud a sus superiores.

En el contexto de este episodio, el señor Pacheco recibió órdenes. Así lo reconoció explícitamente el señor Manuel González:

“MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: (...) Bueno lo, el, el personal nuestro de, de Chile nos comentó a la dirección en España que, habían preguntado que qué íbamos a hacer y tal. Que, que, qué órdenes les transmitíamos. **Y las órdenes que les transmitimos, fue decirle a estas dos compañías chilenas, que nosotros íbamos a ir al siguiente concurso de Conaf, que no sé si fue 2008, 2009 o por ahí** (...)”³³.

“MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: (...) Pues sería un poco por esto, un poco por la tranquilidad de saber que, que por lo menos 3 bases tendríamos. Eh... **ese es el contexto en el que se autorizó, esta, el, el compartir esta información con las empresas chilenas, a petición de las empresas chilenas, por supuesto** (...)”³⁴.

“Las órdenes que le transmitimos”. Así se refirió el señor González a su relación con su empleado, el señor Pacheco, quien era un mero receptor de órdenes. El hecho de que el señor Pacheco recibió órdenes de sus superiores fue incluso recogido por el H. Tribunal en la Sentencia N°185³⁵. En efecto, el propio H. Tribunal refirió, a propósito de este episodio que “Manuel González le indicó

³² Ibidem, p.85.

³³ Transcripción de audiencia testimonial de don Manuel González, acompañada a folio 568, p.74.

³⁴ Ibidem, p.88.

³⁵ H. Tribunal, Sentencia N°185, considerando centésimo decimotavo.

a R. Pacheco (...). Ricardo Pacheco respondió a esa instrucción”. Por ello, resulta llamativo que el H. Tribunal lo haya hecho responsable a él de decisiones tomadas por terceros.

No es razonable, H. Tribunal, sostener que el señor Pacheco sea la persona que haya celebrado y ejecutado el acuerdo sancionado por el H. Tribunal, en circunstancias que él fue simplemente un instrumento de sus superiores, uno de los cuales en esa fecha incluso estaba realizando sus labores desde Chile³⁶. En efecto, es del caso destacar que don Héctor Tamarit, en la época de ocurrencia de los hechos vinculados a este episodio, se encontraba viviendo en Chile y con plenos poderes de administración, dirigiendo personalmente las decisiones comerciales de Pegasus Chile y concurriendo a la celebración de todos los compromisos comerciales de la compañía, incluyendo aquellos a los que dio lugar este Episodio N°2.

Es más, obra en el expediente un antecedente muy relevante que ha sido obviado por el H. Tribunal al momento de valorar la prueba rendida en relación con el episodio *Conaf 2009*, y que en definitiva demuestra que no existió una *voluntad anticompetitiva* por parte del señor Pacheco durante este *Episodio N°2*. El señor Pacheco, antes de presentar cualquier propuesta a Conaf, se comunicó con el abogado don Juan Ignacio Erbeta, asesor legal externo de Pegasus Chile, para plantearle la estrategia definida por la compañía de cara a este proceso licitatorio, manifestando una especial preocupación de no *transgredir* la normativa de libre competencia como “*competencia desleal*”, “*colusión*” u otra figura que desconozca³⁷. Un correo de estas características simplemente no se condice con una voluntad de actuar de forma anticompetitiva.

A mayor abundamiento, lo que se viene diciendo es plenamente consistente con lo afirmado por el Ministro señor Paredes en su voto de minoría en la Sentencia N°185, cuando señaló que la evidencia relativa a este *Episodio N°2* simplemente “*no alcanza el estándar de prueba clara y concluyente*”³⁸, para luego agregar que “*el contexto y la evidencia de las comunicaciones no sólo resulta débil, sino a veces también contradictoria respecto tanto de la intención de los demandados, como respecto de los efectos adversos, reales y potenciales*”³⁹. Si no se puede tener por acreditada la existencia o ilicitud de este *Episodio N°2*, menos se puede afirmar que el señor Pacheco haya tenido un rol en el mismo que amerite que sea sancionado.

¿Cuál fue el rol de don Ricardo Pacheco en el episodio denominado por la Sentencia N°185 como *Conaf 2011* o *Episodio N°3*? En relación con este proceso, el 23 de septiembre de 2011, el señor Pacheco recibió un correo de don Jesús de la Fuente, coordinador general del Grupo Pegasus con todos los detalles de la oferta que la compañía debía presentar ante Conaf⁴⁰. Esta oferta fue confeccionada por el mismo señor de la Fuente en España, tal y como lo confirmó don Manuel González en un correo que envió al señor Pacheco: “*Salvo que D Miguel diga algo en contra, la propuesta que acordamos hoy es la de Jesús*”⁴¹.

H. Tribunal, estas comunicaciones confirman una vez más que fue el Comité de Dirección del Grupo Pegasus, en España, el que definió los pormenores de la oferta que se presentaría en el proceso de licitación *Conaf 2011*. Lo anterior nuevamente pone en evidencia lo poco entendible

³⁶ Transcripción de audiencia testimonial de don Héctor Tamarit, acompañada a folio 554, p.3.

³⁷ Correo electrónico enviado por Ricardo Pacheco a Juan Ignacio Erbeta, enviado el 29 de septiembre de 2009 a las 12:06 PM, asunto “Bases de Licitación CONAF 2009”, acompañado en presentación a folio 559.

³⁸ H. Tribunal, Sentencia N°185, voto de minoría del Ministro señor Paredes, punto 1.

³⁹ Ibidem, punto 3.

⁴⁰ Correo electrónico enviado por don Jesús de la Fuente a don Ricardo Pacheco, el 23 de septiembre de 2011 a las 11:18, asunto “OFERTA CONAF.”, acompañado en el documento N°5 de la presentación de folio 559.

⁴¹ Correo electrónico enviado por don Manuel González a don Ricardo Pacheco, el 23 de septiembre de 2011 a las 20:15, asunto “Re: Enviando por correo electrónico: Valor nuevo Contrato CONAF 2”, acompañado en el documento N°6 de la presentación de folio 559.

que resulta que la Sentencia N°185 haya sancionado a don Ricardo Pacheco de acordar con competidores alguna variable competitiva de la oferta de Pegasus Chile, pues fue el Comité de Dirección referido el que definió las condiciones a ofertar. Así lo reconoció a propósito de este episodio el señor Manuel González:

“Sergio Fuentealba (Abogado de Pegasus): Y solo para finalizar respecto a Conaf 2011. **¿Usted qué participación tuvo en la definición de la oferta de Faasa en esa licitación?**

“MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: Total. **O sea la oferta se, se organizaba en España, yo era el director general, yo la proponía. (...) Pero era yo quien autorizaba y quien ponía los precios**”⁴².

Sin ir más lejos, el propio H. Tribunal en la Sentencia N°185 citó un correo electrónico en que don Héctor Tamarit habría instado al señor Pacheco a tomar contacto con sus competidores para “*ver en qué línea andar*”⁴³. Citó también un correo electrónico en que don Héctor Tamarit, luego de que el señor Pacheco le informara que fue contactado por un ejecutivo de una empresa competidora, le responde “*Ok, reuniros*”, autorizando —de la manera en que autorizan los superiores, es decir, mandatando—, al señor Pacheco a sostener ese encuentro⁴⁴. Sin embargo, inexplicablemente quien termina condenado en estos autos es el señor Pacheco; pareciera que el hilo se cortó por lo más delgado, H. Tribunal.

¿Cuál fue el rol de don Ricardo Pacheco en el episodio denominado por la Sentencia N°185 como *Mininco 2012* o *Episodio N°4*? Respecto de este episodio, H. Tribunal, podemos decir que su participación fue prácticamente nula, pues fue el señor Manuel González quien llevó personalmente adelante esta negociación, tal como lo sostuvo con claridad ante el H. Tribunal:

“MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: (...). **Ricardo en esta negociación participó muy poco. Esto estaba bastante hablado con, con Mininco antes de presentar esta oferta, que luego detalló.** Entiendo que él, en aquella época estaba, estaba negociando con Héctor sus condiciones de su contrato, y me imagino que, pues que de alguna forma que quería figurar, estar, hablar, decir, no lo sé, darse alguna importancia (...)”⁴⁵.

“MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: Mhm... **pues antecedentes de, de análisis que hacíamos internamente con mi equipo en España.** (...)”⁴⁶.

“MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: Pues eh... vamos a ver. **Yo entiendo que debe de ser algo relacionado con lo que nosotros preparábamos en España, que era donde se preparaba lo que había que ofertar, cantidad de aeronaves y dificultades y demás.** Pues me imagino que será el documento preparado, como se hacía para todas las licitaciones. (...)”⁴⁷.

De este modo, es posible apreciar que el detalle del análisis interno y estratégico de las propuestas comerciales que debía presentar Pegasus Chile era desconocido para don Ricardo Pacheco, quien era informado solamente de la decisión final de la postulación. Ello queda en evidencia si se analizan los correos electrónicos que obran en autos.

Como bien se indicó en la contestación presentada a folio 123, Mininco solicitó a Pegasus Chile presentar una oferta a más tardar el día 3 de julio de 2012. En ese contexto, el 28 de junio de 2012, don Ricardo Pacheco envió un correo a don Héctor Tamarit recalcando la importancia de enviar la oferta a Mininco el miércoles 3 de julio, a lo que el señor Tamarit respondió:

⁴² Transcripción de audiencia testimonial de don Manuel González, acompañada a folio 568, p.111.

⁴³ H. Tribunal, Sentencia N°185, considerando cuadragésimo octavo.

⁴⁴ *Ibidem*, considerando quincuagésimo segundo.

⁴⁵ Transcripción de audiencia testimonial de don Manuel González, acompañada a folio 568, p.119.

⁴⁶ *Ibidem*, p.120.

⁴⁷ *Ibidem*.

“El miércoles tendrán respuesta por parte del grupo faasa por medio tuyo, económica y con las condiciones mínimas que podemos ofrecer, el martes lo hablamos junto a d manuel”⁴⁸.

Llegado el día 3 de julio, el señor Pacheco recibió el siguiente correo, que confirma que los pormenores y detalles de la oferta en *Mininco 2012* fueron definidos por los superiores de don Ricardo Pacheco en España:

“Nos hemos reunido D Manuel y yo con D Miguel y para que puedas conversar con Mininco hoy día 3 de julio, estas serian algunas de las condiciones en las que el grupo Faasa podría ofertar a Mininco (...).

Ricardo creo que con esto puedes hacer un acercamiento a Mininco en la fecha acordada y de aquí al jueves tener nosotros un feedback”⁴⁹.

Estas comunicaciones dan cuenta de que el señor Pacheco poco y nada tuvo que ver con la definición de la oferta a presentar en este proceso de licitación y que, en definitiva, fue el Comité de Dirección el que nuevamente definió los pormenores de la propuesta comercial que presentaría Pegasus Chile.

Es más, H. Tribunal, en este proceso tuvo lugar un hecho bastante particular, pues existió un desencuentro entre don Ricardo Pacheco y sus superiores, dado que el señor Pacheco manifestó no estar de acuerdo con la oferta definida por el Comité de Dirección. Desencuentro que, por supuesto, se resolvió por el Comité de Dirección, rechazando la sugerencia del señor Pacheco.

La intención del señor Pacheco era presentar una oferta más agresiva para que Pegasus Chile se adjudicase la mayor cantidad de aeronaves. Su idea era competir al máximo por este contrato, incluso ofreciendo aeronaves que no cumplían con las exigencias de antigüedad requeridas por Mininco, y así lo hizo ver a sus superiores en España. Clarificador en ese sentido es un correo electrónico de 21 de junio de 2012, enviado por don Ricardo Pacheco a don Héctor Tamarit con copia a don Manuel González:

“(…) he revisado acuciosamente el documento enviado, creo que es bastante mas que la oferta a Mininco, ya que toca varios temas que afectan la actual marcha del Grupo, según leo, lo que me parece muy interesante como preocupante y me llama la atención algunos puntos analizados por el equipo o persona que elaboro este documento , dentro de otros aspectos, **destaca a mi entender, una actual falta de capacidad en las áreas operativas de mantenimiento y logística para realizar y cumplir con nuestros contratos, mas aun para presentar una propuesta ganadora al cliente Mininco,** en los términos solicitados por el cliente, no siendo el factor precio, si no por capacidad y disponibilidad de medios.

De acuerdo al análisis, **deja entrever el ajustado, frágil como débil esquema de soporte actual , con que opera nuestro Grupo, para atender los actuales compromisos comerciales en ambos continentes,** siendo el punto mas débil los inicios, salidas de aeronaves, logística de traslado, como las mantenciones en diferentes periodos.

Me da a entender el documento que con este esquema y sin variar fechas de contratos, actuales en vigencia, estando ya ajustadas, **no podríamos abordar otros compromisos y hacer crecer nuestra cartera de clientes, por supuesto incluyendo a Mininco.** (...)

Por otra parte yo no dejaría de ofrecer lo que nos están pidiendo, si lo tenemos disponible, aunque no cuadremos en años solicitados, me refiero a B 212 o. B 412, (si los tengo y son de Faasa, B 412 , al mismo valor de un B 212) yo trataría de formar

⁴⁸ Cadena de correos electrónicos entre don Ricardo Pacheco y don Héctor Tamarit, de fecha 28 de junio de 2012, asunto “Re: Llamada”, acompañado en el documento N°23 de la presentación de folio 460.

⁴⁹ Correo electrónico enviado por Héctor Tamarit a Ricardo Pacheco, con copia a Manuel González, de fecha 3 de julio de 2012, asunto: “Respuesta Miminco”, acompañado en el documento N°14 de la presentación de folio 559.

un paquete de cuatro Koalas y dos medianos. Si no cuadran los años ellos lo deciden⁵⁰”.

Los superiores del señor Pacheco simplemente desestimaron la propuesta realizada en el correo electrónico recién citado, explicitando que no contaban con recursos para postular, considerando el número limitado de helicópteros con los que contaban⁵¹. Y punto. Pegasus Chile postuló en los términos planteados por sus ejecutivos españoles, sin importar la opinión del señor Pacheco. Así lo expuso con claridad el señor Manuel González ante el H. Tribunal:

“MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: Bueno, esto viene a corroborar lo que yo he comentado. Las ofertas las preparábamos en España, y después consultábamos con, con nuestra gente de Chile, entre ellos con Ricardo Pacheco. Eh bueno pues, Ricardo quería más, quería... estaba preocupado porque, porque no entrara Inaer en Mininco. Entiendo que de aquí viene su gran preocupación. Quería que ofertáramos un mínimo de 4, y de alguna forma bueno pues, nos decía que parece mentira que no tengamos más, y que tal, y, que, en fin. Se le ve como decepcionado, de que no hagamos lo que él quería. Pues no hicimos lo que él quería, ni el número de aeronaves, ni en los precios. Hicimos lo que yo quería, y lo que yo tenía hablado con los de Mininco. Bueno, esto es una manera de, de querer influir ¿vale? sin más, porque ni se dio ese precio, ni se dio lo que él quería. En ese contexto está redactado este... dirigido a Héctor bueno, pues imagino por si podía influir en la decisión que íbamos a tomar en España, que estaba en su derecho como responsable de aquí de Chile, pero creo que en ese contexto está, Sergio”⁵².

“MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: Pues claro, vamos a ver. Yo obviamente era el jefe, él era el subalterno trataba de, trataba de sobrepasarse en sus atribuciones. Yo le digo ‘tú lo que tienes que hacer es, hablarme de las fechas de los depósitos y tal, de lo otro ya me encargo yo’. Bueno, el responde que, que muy bien, que somos menos de lo que él se creía ¿vale? Sois menos de lo que te creía. No obstante, acepta mis órdenes y trabaja en lo que yo le digo. (...). Ésta era una negociación tan importante para el grupo Faasa, por esto se constituyó Faasa Chile, que no lo podíamos... bueno, primero, él nunca la llevó, pero después jamás hubiera yo dejado en manos de nadie hacer esto. Ni se dieron los precios que él quería, pero el tampoco tenía ni idea. (...) Yo lo imponía y punto, bien, pues ya está, pues él aparentemente se molestó, pero terminó diciendo haré lo que usted me diga. Es que yo creo que es claro, si eso es lo que dice este correo ¿no? (...)”⁵³.

Además de lo anterior, fue claro en señalar que el señor Pacheco no jugó absolutamente ningún papel en este proceso de contratación, pues fue el propio señor González quien lo llevó adelante personalmente y desde Chile:

“MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: Pues, a ver finalmente se hizo lo que yo, lo que yo transmito. Solamente tenemos 3 no podemos con los demás, el precio no es el de Arauco, ya lo pondré yo, ya te diré que precio es, punto. (.). El precio no, lo importante para quedarnos con este mercado es acotar los períodos de entrada y salida, Ricardo pues trabaja en eso. De lo demás ya me ocupo yo, pues tú no tienes nada que ver con esa historia, ni que se manda, ni a qué precio. Esto es lo que dice aquí, entonces él ahí no jugó absolutamente ningún papel, se lo puedo asegurar”⁵⁴.

“Sergio Fuentealba (Abogado de Pegasus): ¿Vino a nuestro país, a Chile, por esta negociación?”

MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: Sí. Yo estuve antes de la negociación, y después de la negociación. Estuve a principios de año, no sé, en febrero, algo así. Y

⁵⁰ Correo electrónico enviado por Ricardo Pacheco a Héctor Tamarit, con copia a Manuel González, asunto: “Re: BORRADOR OFERTA MININCO”, de fecha 21 de junio de 2012, acompañado en el documento N°12 de la presentación de folio 460.

⁵¹ Correo electrónico enviado por don Manuel González a don Ricardo Pacheco, con copia a don Héctor Tamarit, don Carlos Abrego, don Jesús de la Fuente, y don Miguel Ángel Tamarit, asunto “Re: BORRADOR OFERTA MININCO”, de fecha 22 de junio de 2012, acompañado en el documento N°15 de la presentación de folio 460.

⁵² Transcripción de audiencia testimonial de don Manuel González, acompañada a folio 568, p.129.

⁵³ Ibidem, p.131.

⁵⁴ Ibidem, p.132.

después estuve, no sé si en julio o agosto. Sí, primero para hablar con ellos previo a presentar las ofertas, y después para intentar, se lo dije, así de sencillo, interferir para que no cerraran la contratación del, del 412 de Inaer. **Sí, estuve, estuve dos veces en ese año**⁵⁵.

Incluso, H. Tribunal, el señor Osvaldo Vera, ejecutivo de Mininco por aquel entonces, confirmó que negoció directamente con “*los españoles*”:

“OSVALDO VERA: **No, a las negociaciones, yo no recuerdo que hayamos negociado con ellos, las negociaciones se hacían directamente con la gerencia española**, ellos eran los que venían y conversaban con los gerentes, lo que yo recuerdo, y en el caso de **Ricardo y de Rodrigo, las interacciones con ellos fueron en lo operacional, en el tema tripulaciones, en el tema aeronaves, en el tema combustible que mencionaba, en la logística, en que los recursos estén operativos al 100% para el combate**, pero que hayamos, que se haya sentado la empresa con ellos a resolver los temas de tarifa o algo así, hasta donde yo sé, no era así, puedo también equivocarme, pero lo que yo sé, nunca lo vi”⁵⁶.

El señor Pacheco no participó de esta negociación. Punto. Y el único rol que tuvo al interior de Pegasus Chile fue intentar que la propuesta de la compañía fuese lo más competitiva posible, tal como lo reconoció el propio H. Tribunal en la Sentencia N°185⁵⁷.

Finalmente, ¿cuál fue el rol de don Ricardo Pacheco en el episodio denominado por la Sentencia N°185 como Masisa 2013 o Episodio N°5? Tal como en alguno de los procesos anteriores, el señor Pacheco fue el mensajero entre el cliente y sus superiores en España, quienes definieron la propuesta comercial que presentaría Pegasus Chile. En efecto, una vez que el señor Pacheco recibió la invitación de la forestal a participar del proceso de licitación, la envió a sus superiores incluso indicando que “*existía una verdadera opción de contratar*”⁵⁸, lo que da cuenta de su intención de adjudicarse la licitación. Luego de recibida la comunicación del señor Pacheco, sus superiores prepararon la propuesta comercial que presentarían a Forestal Masisa S.A. (“Masisa”) y la enviaron al señor Pacheco⁵⁹. El señor Pacheco envió a Masisa la propuesta preparada por sus superiores, a quienes les confirmó que dicha propuesta ya había sido enviada al cliente diciendo “*licitación entregada y estamos en la pelea*”⁶⁰, frase totalmente inconsistente con la existencia de una voluntad colusoria por parte del señor Pacheco.

A finales del mes de agosto de 2013, Masisa solicitó a los oferentes que hiciesen un último esfuerzo y presentasen la mejor oferta económica posible, ante lo cual el señor Pacheco se remitió a enviar la información a sus superiores, tal y como consta en el siguiente correo enviado a don Manuel González:

“D. Manuel Masisa solicita una última propuesta de tarifas para adjudicar al mejor precio de los Pre seleccionados, entiendo que mantenemos el valor, o no (...)”⁶¹.

Como podrá apreciar el H. Tribunal, este correo electrónico nuevamente muestra la posición de mensajero del señor Pacheco, quien exclusivamente se limitó a transmitir la información recibida

⁵⁵ *Ibidem*, p.133.

⁵⁶ Transcripción de audiencia testimonial de don Osvaldo Vera, acompañada a folio 448, p.60.

⁵⁷ H. Tribunal, Sentencia N°185, considerandos centésimo septuagésimo noveno, centésimo octogésimo primero y centésimo octogésimo tercero.

⁵⁸ Correo electrónico enviado por don Manuel González a don Ricardo Pacheco, asunto “Ofertas varias”, de fecha 28 de julio de 2013. Documento incautado denominado “27. RE_ Ofertas varias [148598]” acompañado por la FNE en la presentación de folio 184. Ruta de acceso: 1. C-393-20 Documentos digitales públicos incautación\NUE 3399682\27. RE_ Ofertas varias [148598].

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Correo electrónico enviado por Ricardo Pacheco a Héctor Tamarit Almagro, asunto “Re: PROPUESTA BASA 07/08/2013 ULTIMA MODIFICACION”, de fecha 9 de agosto de 2013, acompañado en el documento N°44 de la presentación de folio 460.

⁶¹ Correo electrónico enviado por Ricardo Pacheco a Manuel González, asunto “Re: RV: Revisión Propuesta Económica Licitación LF004-2013 Servicios Aéreos con Helicópteros, para Operaciones de Combate de Incendios Forestales y Traslado de Personal”, de fecha 27 de agosto de 2013, acompañado en el documento N°47 de la presentación de folio 460.

de Masisa a sus superiores en España, para que ellos tomaran la determinación respecto al valor de la oferta.

Según las conclusiones alcanzadas por el H. Tribunal, que –en la respetuosa opinión de esta parte no se encuentran sustentadas en la evidencia que consta en autos–, los superiores del señor Pacheco le habrían ordenado que tomara contacto con un ejecutivo de la otra requerida para conseguir cierta información⁶². Una vez que habría conocido la información requerida por sus superiores, el señor Pacheco se las habría hecho llegar, recomendando qué precios a su juicio deberían ofrecerse para que Pegasus Chile resultara adjudicatario⁶³. Sin embargo, el señor González una vez más habría rechazado la sugerencia del señor Pacheco, y habría decidido presentarse a la licitación con los precios que el propio señor González había definido⁶⁴.

Nuevamente, de ser efectivos los hechos tal como el propio H. Tribunal los relató, el rol del señor Pacheco fue el de ser un mensajero, un intermediario de sus superiores que, cuando hizo una propuesta para que el desempeño competitivo de Pegasus Chile fuese más intenso, ésta fue rechazada por el señor González, quien definió en qué términos Pegasus Chile participaría de este proceso de licitación. No hay evidencia que permita sancionar a don Ricardo Pacheco en virtud de este episodio.

De hecho, lo que se viene diciendo es plenamente consistente con lo afirmado por el Ministro señor Paredes en su voto de minoría en la Sentencia N°185, cuando señaló que la evidencia relativa a este *Episodio N°5* simplemente “*no alcanza el estándar de prueba clara y concluyente*”⁶⁵, para luego agregar que “*el contexto y la evidencia de las comunicaciones no sólo resulta débil, sino a veces también contradictoria respecto tanto de la intención de los demandados, como respecto de los efectos adversos, reales y potenciales*”⁶⁶. Si no se puede tener por acreditada la existencia o ilicitud de este *Episodio N°5*, menos se puede afirmar que el señor Pacheco haya tenido un rol en el mismo que amerite que sea sancionado.

Así las cosas, esta parte estima respetuosamente que no se acreditó de forma clara y concluyente que el señor Pacheco haya sido más que un instrumento, un mensajero, la persona que cumplía las órdenes de sus superiores que, de hecho, en ocasiones manifestó su desacuerdo con las decisiones adoptadas por estos. Por ello, es que respetuosamente afirmamos que la Sentencia N°185 no ponderó adecuadamente la evidencia que obra en autos en relación con el rol que el señor Pacheco tuvo en los hechos imputados.

Así, no parece justo ni apegado a derecho que la persona que termine siendo sancionada a pagar una multa a título personal sea un simple trabajador, un mando medio, que se limitó a seguir las disposiciones de sus superiores; superiores que, permítasenos señalar, no han sido objeto de persecución en este proceso. ¿Por qué sería el señor Pacheco más responsable de los hechos sancionados que quienes tomaron las decisiones cuestionadas por el H. Tribunal?; de hecho ¿por qué fue el único sancionado si ni siquiera fue él quien adoptó dichas decisiones?

⁶² Correo electrónico enviado por don Manuel González a don Ricardo Pacheco, asunto “RE: Ofertas varias”, de fecha 5 de agosto de 2013. Documento incautado denominado “27. RE_ Ofertas varias[148598]” acompañado por la FNE en la presentación de folio 184. Ruta de acceso: 1. C-393-20 Documentos digitales públicos incautación\NUE 3399682\27. RE_ Ofertas varias [148598].

⁶³ Correo electrónico enviado por Ricardo Pacheco a don Manuel González, asunto “Re: Masisa”, de fecha 7 de agosto de 2013. Documento incautado denominado “29. RE_ Masisa[149025]” acompañado por la FNE en la presentación de folio 184. Ruta de acceso: 1. C-393-20 Documentos digitales públicos incautación\NUE 3399682.

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ H. Tribunal, Sentencia N°185, voto de minoría del Ministro señor Paredes, punto 1.

⁶⁶ *Ibidem*, punto 3.

Esta incorrecta ponderación del rol del señor Pacheco por parte de la Sentencia N°185 ocasionó a esta parte un agravio medular, pues es lo que injustificadamente implicó que terminara siendo sancionado por el H. Tribunal con la imposición de una cuantiosa multa.

II.

Segundo vicio en que incurrió la Sentencia N°185: no procede, como equivocadamente se hizo, imponer una multa a don Ricardo Pacheco por las conductas sancionadas; ni, mucho menos, una de la entidad impuesta por el H. Tribunal

La Sentencia N°185 impuso a don Ricardo Pacheco una multa equivalente a 60 UTA. Ello, pese a que don Ricardo Pacheco no tuvo injerencia en las decisiones estratégicas de Pegasus Chile en los episodios sancionados por el H. Tribunal, que no era la cabeza de la compañía y que no tenía facultades para administrarla, además de tener superiores que sí estaban a cargo de todo ello y ejercieron con determinación su rol de tomadores de decisiones estratégicas en Pegasus Chile en los hechos sancionados por la Sentencia N°185.

Pero, adicionalmente, y obviando por un momento lo contradictorio que resulta sancionar a alguien en la posición del señor Pacheco, algo que también llamó la atención de esta parte es la ausencia de una metodología de cálculo de la multa impuesta.

En efecto, el H. Tribunal, luego de: **(i)** indicar que “*la FNE, pese a que señaló la prueba instrumental que utilizó en sus estimaciones [de multa], no presentó mayores antecedentes que permitieran replicar las cuantías que solicita [por lo que] tampoco es posible atribuir valor a dichos cálculos (...)*”⁶⁷; **(ii)** reconocer que “*los antecedentes allegados al proceso no son exhaustivos ni permiten establecer que la totalidad de los ingresos recién expuestos sean atribuibles a los contratos adjudicados con ocasión del acuerdo colusorio*”⁶⁸; **(iii)** aceptar que “*no ha podido ser determinada en el proceso*”⁶⁹ qué porción de los ingresos del señor Pacheco se devengó de los episodios sancionados; y, **(iv)** señalar que “*tampoco es posible determinar una mayor o menor culpabilidad por parte de ninguno de estos requeridos [personas naturales]*”⁷⁰; sin más, la Sentencia N°185 impuso a ambos requeridos personas naturales prácticamente la totalidad de la multa solicitada por la FNE.

Es decir, luego de reconocer que no pudo replicar la forma en que la FNE calculó la multa que solicitó, que no pudo determinar qué porcentaje de los ingresos del señor Pacheco corresponde considerar para calcular la multa, y que no pudo establecer su grado de culpabilidad, el H. Tribunal optó “*prudencialmente*”⁷¹ por prácticamente conceder la totalidad de la multa solicitada por la FNE en su Requerimiento. Al hacerlo, hizo referencia a la gravedad de la conducta, el efecto disuasorio de las sanciones y la capacidad económica del señor Pacheco, mas sin profundizar realmente en cómo cada una de esas variables llevó al H. Tribunal a concluir que 60 UTA era la multa que correspondía en justicia y derecho.

De esta forma, H. Tribunal, a esta parte asiste la genuina convicción de que, de darse por acreditados los hechos que constituirían los acuerdos sancionados, no procede imponer al señor Pacheco multa alguna. Ahora bien, en el improbable caso de que la Excma. Corte Suprema se forme la convicción de que nuestro representado es merecedor de un reproche jurídico por los hechos acaecidos entre los años 2006 y 2013, esta parte considera que el monto de la sanción

⁶⁷ H. Tribunal, Sentencia N°185, considerando cuadringentésimo vigésimo noveno.

⁶⁸ Ibidem, considerando cuadringentésimo trigésimo cuarto.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem, considerando cuadringentésimo trigésimo sexto.

⁷¹ Ibidem.

que se imponga debe responder a una metodología de cálculo transparente y clara, y ser sustancialmente menor al que el H. Tribunal fijó en la Sentencia N°185, dado que, por un lado, el cálculo del monto de la multa adolece de una serie de errores y, por otro lado, el H. Tribunal no se hizo cargo de gran parte de los elementos probatorios que esta parte presentó para demostrar la muy mermada capacidad económica del señor Pacheco.

II.1. La Sentencia N°185 yerra al imponer sanciones pecuniarias a don Ricardo Pacheco

El artículo 26 letra c) del DL 211, faculta al H. Tribunal y a la Excma. Corte Suprema a aplicar multas a beneficio fiscal no sólo a la persona jurídica que intervino en un determinado ilícito anticompetitivo, sino que también, bajo ciertas circunstancias que han ido siendo desarrolladas por nuestra jurisprudencia, a personas naturales.

Para que ello sea posible, el H. Tribunal ha señalado que es imprescindible que dicha persona natural concorra con su voluntad al surgimiento o ejecución de un acto o conducta de la persona jurídica en cuestión, o que esa persona natural por omisión y falta a sus deberes de administración permita o tolere a sabiendas que dicho acto surja o se ejecute⁷²⁻⁷³.

¿Con qué voluntad podría concurrir el señor Pacheco a la conducta anticompetitiva de Pegasus Chile? ¿Con qué voluntad podría hacerlo alguien que no tenía injerencia en la toma de decisiones estratégicas de dicha compañía, no era la cabeza de Pegasus Chile y que no era el administrador de la sociedad? ¿Con qué voluntad podría hacerlo alguien cuyos superiores tomaban todas las direcciones de la compañía? Simplemente no pudo haberlo hecho, H. Tribunal. De hecho, la situación del señor Pacheco se enmarca con una precisión llamativa en el siguiente considerando del H. Tribunal:

“En este orden de cosas, cualquier persona natural que participe en actos de una persona jurídica podrá verse liberada de su propia responsabilidad individual en la medida que no concorra a la instancia misma de decisión corporativa o que, haciéndolo, se oponga a la iniciativa ilícita sometida a su deliberación y votación, o se oponga con posterioridad a su ejecución”⁷⁴.

La situación no puede ser más clara, H. Tribunal: se exime de responsabilidad individual quien no concurrió a la instancia misma de decisión corporativa. Esa es precisamente la situación del señor Pacheco.

Así las cosas, no procede sancionar a don Ricardo Pacheco por los hipotéticos actos ilícitos en los que haya incurrido Pegasus Chile, toda vez que, en los hechos, el órgano que siempre actuó a través del señor Pacheco fue el Comité de Dirección del Grupo Pegasus. Don Ricardo Pacheco no concurrió en ninguno de los hechos descritos en el Requerimiento con una supuesta voluntad colusoria propia (ni a alcanzar un supuesto acuerdo ni a ejecutarlo), por lo que no corresponde sancionarlo de forma diferenciada de Pegasus Chile, dado que la única voluntad que concurrió en todo momento fue la de dicha empresa, manifestada por medio de su Comité de Dirección.

II.2. La Sentencia N°185 yerra al no incorporar una metodología de cálculo de la multa impuesta a don Ricardo Pacheco

Ahora bien, si la Excma. Corte estimara que sí corresponde imponer una multa a don Ricardo

⁷² H. Tribunal, Sentencia N°128/2013, p.140.

⁷³ H. Tribunal, Sentencia N°133/2014.

⁷⁴ H. Tribunal, Sentencia N°128/2013, p.140.

Pacheco, el debido proceso exige que dicha multa sea calculada de una forma clara y transparente. El H. Tribunal luego de reconocer que no pudo replicar la forma en que la FNE calculó la multa que solicitó, que no pudo determinar qué porcentaje de los ingresos del señor Pacheco corresponde considerar para calcular la multa, y que no pudo establecer en términos relativos su grado de culpabilidad, optó “*prudencialmente*”⁷⁵ por prácticamente conceder la totalidad de la multa solicitada por la FNE en su Requerimiento.

El H. Tribunal calculó la multa a aplicar a nuestro representado en base a los ingresos que percibió entre 2006 y 2015 que se habrían acreditado durante el curso del proceso, en particular, la remuneración *líquida* que recibió durante el período recién señalado, monto que ascendería a \$273.684.728, alrededor de 584 UTA. Adicionalmente, el H. Tribunal constató que el señor Pacheco habría recibido ciertos bonos durante este mismo período, por \$124.013.279⁷⁶.

Una vez obtenidos los ingresos del señor Pacheco, el H. Tribunal sostuvo que, por un lado, no fue posible establecer qué porción de ellos se vinculan al ilícito anticompetitivo sancionado⁷⁷ y, por otro lado, que no es posible determinar, en términos relativos, el grado de culpabilidad del señor Pacheco⁷⁸. Teniendo en cuenta lo anterior, y en base a la gravedad de la conducta, su duración y el efecto disuasivo de la multa –sin profundizar en esos puntos–, el H. Tribunal determinó sancionar al señor Pacheco con una multa de 60 UTA, es decir, prácticamente concediendo lo solicitado por la Fiscalía en su Requerimiento⁷⁹.

Muy respetuosamente, H. Tribunal, esta parte estima que, si el persecutor no acompañó antecedentes que justifiquen el monto de la multa que está pidiendo, la consecuencia de ello no puede ser que “*prudencialmente*”⁸⁰, se decida conceder prácticamente la totalidad de esa pretensión, como lo hizo el H. Tribunal en la Sentencia N°185.

De esta forma, el hecho de que la Fiscalía no haya aportado información para calcular la multa a imponer al señor Pacheco significó que el único perjudicado fuese este último: **(i)** ¿No hay manera de saber qué porcentaje de los ingresos del señor Pacheco se refirieron a los episodios sancionados? Pues lo que hizo el H. Tribunal fue igualmente considerarlos todos; **(ii)** ¿No hay forma de determinar el mayor o menor grado de culpabilidad del señor Pacheco en relación con el otro requerido que sí tenía todas las atribuciones de administración para tomar decisiones comerciales en su compañía tal como lo concluyó el propio H. Tribunal⁸¹? Pues lo que hizo el H. Tribunal fue asumir que tenían grados de culpabilidad equivalentes; **(iii)** ¿La Fiscalía no acompañó antecedentes para calcular la multa a imponer al señor Pacheco? Pues lo que hizo el H. Tribunal fue igualmente conceder prácticamente la totalidad de lo que solicitó la FNE. Es la respetuosa visión de esta parte que ello no corresponde en justicia y derecho, H. Tribunal.

Lo anterior es del todo relevante, H. Tribunal, debido a que la misma Excm. Corte Suprema, se ha mostrado en contra de que las sanciones impuestas por el H. Tribunal no cuenten con un razonamiento suficiente que justifique el monto de la multa que se impone, de modo tal de evitar decisiones discrecionales y sin fundamentos. Incluso, la Excm. Corte ha sostenido que esta falta de fundamentación puede atentar contra el debido proceso, así como los principios de

⁷⁵ H. Tribunal, Sentencia N°185, considerando cuadingentésimo trigésimo sexto.

⁷⁶ *Ibidem*, considerandos cuadingentésimo trigésimo segundo, cuadingentésimo trigésimo tercero, cuadingentésimo trigésimo cuarto y cuadingentésimo trigésimo quinto.

⁷⁷ *Ibidem*, considerando cuadingentésimo trigésimo sexto.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*, considerando cuadingentésimo cuadingentésimo séptimo.

razonabilidad y proporcionalidad que deben guiar el actuar de un órgano del Estado con facultades sancionatorias:

“Que, finalmente, esta Corte se hará cargo de la petición de los reclamantes, efectuada de manera subsidiaria, cual es la de rebajar substancialmente la multa aplicada. Para ello tendrá en consideración, en primer lugar, que la sentencia sobre este tópico no contiene razonamientos suficientes que sustenten debidamente la decisión, por lo que la aplicación de las multas se ha construido casi como una facultad discrecional, sin suficientes motivos, fundamentos y circunstancias sobre los parámetros utilizados para la fijación del monto en cuestión, todo lo cual importa un incumplimiento a lo dispuesto por el inciso final del artículo 26 del Decreto Ley 211. Como ha sostenido esta Corte en anteriores fallos (Rol N°2339-08), el desarrollo de tales razonamientos es necesario para el logro de un debido proceso, entendido tanto en su dimensión formal o adjetiva como en su extensión sustantiva o sustancial; sobretodo, considerando que esta última se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, de manera tal que permita también a las partes procurar una adecuada y clara defensa e interponer los debidos recursos”⁸².

En el caso recién referido, como se puede apreciar, la Excma. Corte Suprema disminuyó el monto de la multa aplicada por el H. Tribunal debido justamente a la falta de fundamentación del monto de la multa. Este criterio, en la respetuosa opinión de esta parte, debe aplicarse en el caso de la multa impuesta por la Sentencia N°185 a don Ricardo Pacheco.

II.3. En caso de imponerse una multa al señor Pacheco, ésta debe ser considerablemente más baja que aquella impuesta por la Sentencia N°185

Sin perjuicio de las contundentes razones que, en la respetuosa opinión de esta parte, concurren para no imponer una multa al señor Pacheco, en el evento de que la Excma. Corte concluya lo contrario, a esta parte asiste la genuina convicción de que la multa que eventualmente se imponga debe necesariamente ser inferior de aquella decretada por el H. Tribunal. Lo anterior, considerando que la Sentencia N°185 yerra: **(i)** en la base que empleó para el cálculo de la multa a imponer a don Ricardo Pacheco; **(ii)** al asumir que el señor Pacheco y el otro requerido tienen el mismo grado de culpabilidad; y, **(iii)** al no considerar la capacidad económica del señor Pacheco.

II.3.1. La Sentencia N°185 no debió haber incorporado las remuneraciones líquidas fijas del señor Pacheco para el cálculo de la multa

El DL 211 vigente a la época de los hechos, para efectos de la determinación del monto de la multa a aplicar a los condenados en esta sede, contemplaba, entre otras, las siguientes circunstancias: *“el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”*.

La Sentencia N°185 tuvo por acreditado que el señor Pacheco, entre 2006 y 2015, percibió ingresos por una suma de \$397.698.007, monto que se descompone en los siguientes ítems: **(i)** \$273.684.728 por remuneraciones líquidas; y, **(ii)** \$124.013.279 correspondientes a los bonos que recibió durante el período referido.

En la respetuosa opinión de esta parte, el H. Tribunal incurrió en un error en la Sentencia N°185 al incluir dentro del monto base para la determinación de la multa, los ingresos que el señor

⁸²Excma. Corte Suprema, Sentencia Rol N°5937-08, p.5.

Pacheco percibió por concepto de remuneraciones líquidas fijas y, en un segundo error, al haber considerado la totalidad de dichos ingresos.

En efecto, estos ingresos de modo alguno deben considerarse como un *beneficio económico* obtenido *con motivo de la infracción*, en los términos del DL 211. Las remuneraciones fijas líquidas que recibió nuestro representado fueron pagadas con motivo de la relación laboral que mantenía con Pegasus Chile –relación laboral que, por lo demás, no se limitaba a aspectos relativos al mercado de helicópteros objeto de esta controversia–, y no por *la infracción* que el H. Tribunal tuvo por acreditada en la Sentencia N°185. Dicho de otro modo, el sueldo que recibía don Ricardo Pacheco en tanto empleado de la compañía no dependía de modo alguno de la adjudicación o no de los contratos de los distintos hechos sancionados la Sentencia N°185. Tanto es así que, por ejemplo, en el *Episodio N°5* del año 2013, proceso de contratación en el que Pegasus Chile no se adjudicó contrato alguno, el monto de la remuneración del señor Pacheco no varió en lo más mínimo. Así, la adjudicación de los procesos de contratación no influía en el sueldo líquido fijo que recibía nuestro representado.

Es más, de una revisión de los distintos instrumentos contractuales que configuraron la relación laboral entre Pegasus Chile y don Ricardo Pacheco, tampoco es posible vincular las remuneraciones líquidas que percibió nuestro representado con los contratos supuestamente afectados por la colusión sancionada en la Sentencia N°185.

A continuación, se expone un extracto del contrato de trabajo del señor Pacheco suscrito en junio de 2008. Como se puede apreciar, las funciones que desempeñaba –y que, por cierto, justificaban el pago de su remuneración líquida fija–, no se vinculaban ni dependían de modo alguno de la adjudicación de contratos.

Imagen N°1

Cláusula Tercera – Contrato de trabajo de Ricardo Pacheco

TERCERO: Entre las funciones que deberá desempeñar el Trabajador en el ejercicio de su cargo, y sin que la enumeración sea taxativa, sino meramente enunciativa de las funciones y deberes propios de su cargo, se encuentran las siguientes:
Crear un ambiente de trabajo seguro y armonioso, asegurando que se cumplan tanto en FAASA CHILE SERVICIOS AEREOS LIMITADA, como con nuestros clientes las políticas de seguridad y prácticas de trabajo.

Fuente: Contrato Individual de Trabajo de Ricardo Pacheco⁸³.

Estas funciones de “trabajador”, como lo especifica su contrato y que, reiteramos, justificaban la remuneración líquida fija del señor Pacheco, no variaron en los diversos anexos de contrato que nuestro representado suscribió con Pegasus Chile entre 2006 y 2015, sin perjuicio de los distintos bonos pactados en dichos instrumentos, respecto de los cuales nos referiremos más adelante⁸⁴.

⁸³ Es del caso agregar que este documento, en representación de Pegasus Chile, fue firmado por don Carlos Jeria, representante legal de la compañía y la cabeza de su operación en Chile (junto con don Héctor Tamarit, en el período en que estuvo avecinado en Chile, es decir, entre 2006 y 2009).

⁸⁴ Véase “Anexo Contrato de Trabajo” de 1 de marzo de 2006; “Anexo Contrato de Trabajo” de 1 de marzo de 2007; “Anexo Contrato de Trabajo D. Ricardo Pacheco con Faasa Chile Ltda” de 1 de marzo de 2008; “Anexo Contrato de Trabajo D. Ricardo Pacheco con Faasa Chile Ltda” de 21 de noviembre de 2011; “Anexo Contrato de Trabajo” de 1 de enero de 2012; “Anexo Contrato de Trabajo” de 1 de octubre de 2012. Todos estos anexos fueron acompañados por la FNE en la presentación de folio 184. Ruta de acceso: 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°5a) Contratos de trabajo y anexos- Ricardo Pacheco.

La imposibilidad de vincular la remuneración líquida fija del señor Pacheco con los episodios colusorios acreditados en la Sentencia N°185 fue incluso reconocida en parte por el mismo H. Tribunal cuando, al referirse a las remuneraciones líquidas de nuestro representado, señaló: “*los antecedentes allegados al proceso no son exhaustivos ni permiten establecer que la totalidad de los ingresos recién expuestos sean atribuibles a los contratos adjudicados con ocasión del acuerdo colusorio*”⁸⁵. Y ello es de toda lógica, H. Tribunal, pues la remuneración del señor Pacheco era pagada a cambio de su rol de mantener las operaciones de la Compañía en nuestro país y la supervisión operativa de las tripulaciones chilenas en la contra temporada en España. Esa era su función en Pegasus Chile. Es por ello por lo que recibía una remuneración mensual fija.

Por último, permítasenos hacer el símil con la manera en que el H. Tribunal calculó la multa de las empresas condenadas en estos autos. Al determinar el monto de la multa de Pegasus Chile y la otra requerida, el H. Tribunal consideró los ingresos de “*los contratos adjudicados por las empresas requeridas como consecuencia del acuerdo colusorio*”, y de “*los contratos que las empresas requeridas pretendían adjudicarse, en virtud de la colusión, pero que no lograron adjudicarse debido a circunstancias exógenas o ajenas a su voluntad*”⁸⁶. Sin perjuicio de lo discutible que puede resultar considerar como beneficio económico los contratos que las empresas pretendían adjudicarse, los ingresos que el H. Tribunal consideró para la determinación de la multa de las empresas se podrían vincular con los contratos afectados *con motivo de la infracción*, en los términos del inciso 2° de la letra c) del artículo 26 del DL 211. Lo que de forma acertada no hizo el H. Tribunal al calcular las multas de las empresas fue considerar todos los ingresos que obtuvieron entre 2006 y 2015, cuestión que, de forma errónea, sí hizo en el caso de las personas naturales.

H. Tribunal, en la respetuosa opinión de esta parte, al dar un tratamiento disímil a las personas jurídicas y naturales requeridas al momento de definir la multa, se ha incurrido en un grave vicio que da lugar a una injusticia manifiesta que afecta directamente al señor Pacheco. De hecho, para tener en consideración el criterio de beneficio económico respecto de estas últimas, necesariamente se tendría que haber acreditado por la FNE que tales personas naturales habrían obtenido dicho beneficio económico producto de las conductas sancionadas, cuestión que evidentemente no ocurrió. En ese sentido, H. Tribunal, resulta a todas luces desmedido que, para efectos del cálculo de la multa, el señor Pacheco termine siendo considerado como incluso más responsable que Pegasus Chile, en los hechos sancionados.

Así las cosas, esta parte tiene la genuina convicción de que el criterio que debió considerar el H. Tribunal al determinar el monto de la multa, como bien establecía el DL 211 de la época, consiste en el *beneficio económico* obtenido por el señor Pacheco *con motivo de la infracción*, y no todos los ingresos que percibió *durante* la época de la supuesta infracción.

Si bien negamos tajantemente que el señor Pacheco se haya visto beneficiado de modo alguno con la infracción sancionada por la Sentencia N°185, en el evento que se pretendiera imponer una multa al señor Pacheco, la base de cálculo a utilizar debiese ser aquella parte de su ingreso variable, de los bonos que percibió en el período relevante, que pueda conducirse directamente a los hechos objeto de sanción. De esta forma, la base de cálculo de una eventual multa que se imponga al señor Pacheco debiera necesariamente tomar como base el monto variable percibido por el señor Pacheco —que, según la Sentencia N°185, correspondería a \$124.013.279—. De ese monto base debiera considerarse exclusivamente aquella porción que pueda conducirse directamente a los hechos objeto de la sanción, pues solamente esa porción podría considerarse

⁸⁵ H. Tribunal, Sentencia N°185, considerando cuadingentésimo trigésimo cuarto.

⁸⁶ *Ibidem*, considerando cuadingentésimo decimoctavo.

como el *beneficio económico obtenido con motivo de la infracción*, en los términos del inciso 2° de la letra c) del artículo 26 del DL 211. Para ello, se debería restar del monto base todos aquellos ingresos variables que el señor Pacheco haya percibido producto de sus labores en Pegasus Chile y que no tengan estricta relación con los episodios sancionados.

II.3.2. El H. Tribunal yerra al concluir que las dos personas naturales requeridas en estos autos tendrían un similar grado de culpabilidad

Adicionalmente, no parece razonable que el H. Tribunal haya señalado que no es posible determinar una menor o mayor culpabilidad entre el señor Pacheco y el otro requerido persona natural en estos autos⁸⁷, lo que lo llevó a imponer a ambos una multa equivalente.

Sostenemos que lo anterior no parece razonable pues la abundante evidencia que consta en el expediente de este proceso, permite concluir que evidentemente el señor Pacheco tuvo un grado de culpabilidad menor, considerando los distintos roles que uno y otro requerido desempeñaron al interior de sus respectivas compañías, cuestión que fue confirmada por el propio H. Tribunal⁸⁸⁻⁸⁹.

Así las cosas, huelga preguntarse, ¿cómo una persona que no tuvo injerencia en la toma de decisiones estratégicas de Pegasus Chile, que no fue la cabeza de la compañía ni ejerció como su administrador, que tenía al menos cuatro personas por sobre sí en la línea de mando, y que, en definitiva, sólo se limitó a cumplir órdenes de sus superiores, pudo tener un grado de culpa similar con una persona que, en cambio, sí era el “número uno” y administrador de su empresa? En la respetuosa opinión de esta parte, ese es también un error de la Sentencia N°185 que debiese ser enmendado por la Excma. Corte.

II.3.3. La Sentencia N°185 no consideró la capacidad económica del señor Pacheco al momento de determinar el monto de la multa que le impuso

H. Tribunal, la capacidad económica de los condenados por actos anticompetitivos en esta sede es uno de los elementos que el actual DL 211 contempla para efectos de la determinación de la multa a aplicar⁹⁰.

En ese entendido, esta parte, durante el curso del proceso, acreditó de forma particularmente detallada la mermada capacidad económica que actualmente tiene nuestro representado para hacer frente a una millonaria multa como la solicitada por la Fiscalía, esperando que el H. Tribunal tuviera en consideración dicha circunstancia a la hora de la determinación de una eventual multa⁹¹.

Sin embargo, ello no ocurrió. Sin perjuicio que el H. Tribunal indicó de forma particularmente breve que habría tomado en cuenta la *capacidad económica* del señor Pacheco⁹², lo cierto es que en la Sentencia N°185 no existe ningún tipo de análisis de su situación económica y capacidad de

⁸⁷ *Ibidem*, considerando cuadingentésimo trigésimo sexto.

⁸⁸ *Ibidem*, considerando cuadingentésimo cuadragésimo cuarto.

⁸⁹ *Ibidem*, considerandos cuadingentésimo trigésimo noveno y cuadingentésimo cuadragésimo.

⁹⁰ “Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

⁹¹ Escrito de Observaciones a la Prueba, folio 670, pp.61-64.

⁹² H. Tribunal, Sentencia N°185, considerando cuadingentésimo trigésimo sexto.

pago. En efecto, el H. Tribunal no se hizo cargo de la abundante prueba de descargo presentada por esta parte que acredita la disminuida capacidad económica de don Ricardo Pacheco para hacer frente a una cuantiosa multa como la que se le impuso en la Sentencia N°185. Ello, en la respetuosa opinión de esta parte, es otro error en el que incurrió el H. Tribunal al resolver la controversia sometida a su conocimiento.

Lo anterior es del todo relevante, H. Tribunal, pues lo que se ha logrado acreditar en estos autos es que la actual capacidad económica del señor Pacheco es reducida, consistente con la de una persona de 65 años, pensionada.

Tal como esta parte demostró durante el proceso, el señor Pacheco actualmente es beneficiario de una pensión de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (“Capredena”)⁹³. Así, en su calidad de jubilado, entre enero y agosto del presente año, nuestro representado ha recibido una pensión mensual promedio de aproximadamente \$1.030.094⁹⁴. Ese monto mensual promedio se ha mantenido razonablemente inalterado en los últimos años.

Lo que se viene diciendo implica que, para pagar la sanción impuesta por el H. Tribunal, don Ricardo Pacheco debiera ahorrar durante aproximadamente 44 meses –casi cuatro años– la totalidad de la pensión de jubilado que actualmente recibe, sin gastar un sólo peso. Ello no parece proporcional ni ajustado a derecho o principios de justicia, H. Tribunal. Por lo demás, tampoco es posible de implementar, pues obviamente el señor Pacheco utiliza su pensión para satisfacer sus necesidades básicas, de modo que sería inviable que destinara íntegramente dicho monto a cubrir una multa de la entidad definida en la Sentencia N°185.

En conclusión, H. Tribunal, a juicio de esta parte, los antecedentes aportados en el término probatorio, sumado a la falta de justificación de la sanción impuesta por la Sentencia N°185, confirma que estamos ante una pretensión sancionatoria improcedente o, a lo menos, desproporcionada y que, por tanto, debe ser dejada sin efecto o, en subsidio, rebajada considerablemente por la Excm. Corte Suprema.

III.

No procede acoger el recurso de reclamación de la FNE en cuanto solicitó condenar al señor Pacheco al pago solidario de la multa impuesta a Pegasus Chile

La Sentencia N°185, acertadamente, rechazó la solicitud de la FNE de condenar al señor Pacheco al pago solidario de la multa impuesta a Pegasus Chile, y lo hizo considerando que el señor Pacheco no tenía facultades para obrar como administrador de Pegasus Chile, lo que imposibilita imponer a su respecto una obligación de pago solidario de la multa impuesta a Pegasus Chile⁹⁵. A la misma conclusión debiera llegar se si se considera también que el señor Pacheco no participó de una forma jurídicamente relevante en los hechos sancionados en la Sentencia N°185, según se ha explicado a lo largo de esta presentación.

Sin embargo, en la Reclamación FNE, la Fiscalía solicitó a la Excm. Corte que imponga al señor Pacheco la obligación de pago solidario respecto de la multa de Pegasus Chile. Por las mismas

⁹³ Esta parte, en presentación de folio 653, acompañó un documento denominado “Certificado de Calidad”, emitido por el Secretario General Subrogante de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, don Ricardo Alvia Muñoz, en el cual se certifica que el señor Pacheco es beneficiario de una pensión de retiro en dicha institución.

⁹⁴ Los antecedentes que dan cuenta de la pensión mensual promedio que recibió don Ricardo Pacheco entre enero y agosto de 2023 serán acompañados ante la Excm. Corte Suprema.

⁹⁵ H. Tribunal, Sentencia N°184, considerando cuadringentésimo cuadragésimo cuarto.

razones señaladas por el H. Tribunal, y por aquellas que se desarrollan a lo largo de esta presentación, estimamos respetuosamente que dicha solicitud debe ser rechazada.

La solicitud de la FNE se basa en que el señor Pacheco habría tenido la calidad de administrador de Pegasus Chile⁹⁶. Según se desprende de la Reclamación FNE, la calidad de administrador se podría tener atendiendo a dos criterios: **(i)** uno *técnico* –o, en palabras de la Fiscalía, *formalista* –; y, **(ii)** uno *fáctico*, que atienda a cómo se administra la empresa en los hechos.

Pues bien, tanto si se considera el criterio *técnico* –que es el corresponde aplicar por las razones que bien explicó el H. Tribunal–, como el *fáctico*, lo cierto es que la conclusión se mantiene inalterada: el señor Pacheco no tenía la calidad de administrador de Pegasus Chile.

III.1. Siguiendo el criterio *técnico*, se concluye que don Ricardo Pacheco no tenía la calidad de administrador de Pegasus Chile. Así lo estableció el H. Tribunal y no fue controvertido por la FNE

El H. Tribunal, de forma acertada, abordó el concepto de administrador en su sentido *técnico*, desde la perspectiva del derecho societario. Así, tomó en consideración la estructura societaria de Pegasus Chile para definir si el señor Pacheco era o no administrador de la empresa⁹⁷.

En ese contexto, el H. Tribunal constató que Pegasus Chile era, en la época de los hechos sancionados, una sociedad de responsabilidad limitada –Faasa Chile Servicios Aéreos Limitada–. A continuación, el H. Tribunal indicó que la administración de las sociedades de responsabilidad limitada, en nuestro sistema jurídico, “*corresponde en derecho a todos los socios y que estos pueden delegarla en otros socios u extraño*”⁹⁸. Lo anterior también ha sido reconocido por la doctrina especializada⁹⁹.

En consecuencia, como acertadamente analizó el H. Tribunal, lo fundamental para definir si una persona es o no administradora de una sociedad de responsabilidad limitada consiste en analizar los estatutos societarios y la estructura de poderes de esta sociedad. Aplicando este razonamiento a la situación de autos, los estatutos societarios y la estructura de poderes de Pegasus Chile son claros: el señor Ricardo Pacheco nunca fue nombrado por la matriz de Pegasus Chile como administrador de la empresa, nombramiento que, en cambio, sí recayó sobre los señores don Carlos Jeria, don Héctor Tamarit y don Manuel González. Estas personas, como ya ha quedado claro a lo largo de esta presentación, son quienes no solamente en el papel, sino que también, en los hechos, administraban los destinos comerciales y de todo tipo de Pegasus Chile, incluso dos de ellos, don Carlos Jeria, representante legal de la compañía, y don Héctor Tamarit, accionista de Pegasus Chile, con residencia en nuestro país, desde 2005 hasta la fecha, y entre 2006 y 2009, respectivamente.

⁹⁶ FNE, Requerimiento, p.33.

⁹⁷ H. Tribunal, Sentencia N°185, considerando cuadringentésimo cuadragésimo primero.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Véase Puelma, Álvaro. *Sociedades*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, pp. 284 y 285: “*En Chile la ley no define a este tipo de sociedades. Con el fin de diferenciarla de los otros tipos legales, podemos intentar describir la sociedad de responsabilidad limitada, en nuestro derecho positivo, como aquella sociedad solemne, de personas, con personalidad jurídica, sin fiscalización especial interna o externa, en que existe libertad para establecer el sistema de administración y representación, no respondiendo personalmente estos, frente a terceros, de las obligaciones sociales; por regla general y en la que los derechos de los socios están representados por una cuota*”.

“*La ley reconoce en estas sociedades libertad de estipulación en cuanto a la forma o manera de administrar la sociedad y de representarla. Esto las diferencia claramente de los tipos rígidos, en que la ley impone una forma de administración, tales como la sociedad anónima, la en comandita y la cooperativa*”.

El hecho de que el señor Pacheco no fue designado administrador de Pegasus Chile se estableció en la Sentencia N°185 por el H. Tribunal y no fue controvertido por la Fiscalía en la Reclamación FNE.

III.2. Incluso siguiendo el criterio *fáctico* la conclusión es la misma: en los hechos, don Ricardo Pacheco no era administrador de Pegasus Chile, pues dicha administración recaía en otras personas

A estas alturas de esta presentación, debiese resultar claro que el señor Pacheco no obraba, en los hechos, como administrador de Pegasus Chile, y que dicha responsabilidad recayó de manera clara en otras personas al interior de la compañía. Con el objeto de evitar reiteraciones innecesarias, damos por íntegramente reproducidos acá los argumentos expuestos en la sección I, que también permiten dar por establecido que el señor Pacheco no tuvo una participación jurídicamente relevante en los hechos sancionados.

Esta parte comparte plenamente con la FNE el punto según el cual de lo que se trata es de identificar a “*quienes ejercen algún nivel de control o incidencia en la decisión de coludirse (...) y, por ende, pueden involucrar a la compañía en un ilícito anticompetitivo, distinguiéndolos de aquellas personas que solo operan como simples ejecutores del mismo*”¹⁰⁰. Ese es precisamente el punto. Y, en este caso, no cabe duda de que el señor Pacheco se encuentra en el grupo de quienes simplemente no pueden involucrar a la compañía en un ilícito anticompetitivo por ser un mero ejecutor de la voluntad de un tercero.

La Fiscalía forzosamente busca concluir que el señor Pacheco sí podía incidir en la decisión de coludirse porque “*propuso ofertas*”¹⁰¹. Ante este argumento, vale la pena preguntarse ¿qué ocurrió con las sugerencias de oferta que hizo el señor Pacheco a sus superiores en relación con los episodios analizados en la Sentencia N°185? Fueron rechazadas por estos.

En la Reclamación Fiscalía también se indicó que el señor Pacheco sí podría haber tenido control sobre la voluntad de Pegasus Chile de coludirse, entre otras razones, porque estaba “*sin fiscalización superior inmediata (...) excluido de la limitación de jornada de trabajo*”¹⁰², o porque tenía relación con clientes¹⁰³, o porque “*proveía de información a los directivos de la matriz*”¹⁰⁴. Respetuosamente, esta parte estima que cada uno de dichos argumentos no son suficientes para calificar a alguien de administrador de una empresa, ni por separado ni tampoco si se consideran en conjunto. El señor Pacheco se encontraba excluido de la limitación de la jornada de trabajo en virtud de las extensas jornadas de trabajo, que incluía fines de semana y feriados, asociadas al control de los temas de operaciones aéreas, que requerían ser atendidas sin dilaciones y, evidentemente, los empleadores del señor Pacheco no estaban dispuestos a pagar por las horas extras trabajadas, por lo que decidieron excluirlo de la limitación de jornada de trabajo. El señor Pacheco tenía relación con clientes pues estos necesitaban permanentemente asesoría, también por temas técnicos y, dado su conocimiento de la industria, el señor Pacheco podía asistirlos con todas esas materias y coordinar y planificar las operaciones de la empresa. No parece necesario, a estas alturas, explicar por qué proveía de información a sus superiores.

¹⁰⁰ FNE, Reclamación FNE, p.16.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.17.

¹⁰² *Ibidem*, p.18.

¹⁰³ *Ibidem*, p.20.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

La Fiscalía también cuestionó el hecho de que el señor Pacheco haya sido designado como “gerente responsable”, lo que daría cuenta de la relevancia de su rol en la compañía. Esta parte ha explicado hasta el cansancio que el gerente responsable, según la regulación aplicable a la industria aeronáutica, en particular la norma aeronáutica “DAN 119” sobre Normas para Obtención de Certificación de Operador Aéreo, disposición que la DGAC dicta en ejercicio de las atribuciones que le otorga la ley para regular aquellas materias técnicas u operacionales tendientes a resguardar la seguridad aérea, es quien cuenta con la autoridad necesaria para gestionar que las operaciones de vuelo y actividades de mantenimiento se puedan financiar y realizar de acuerdo con lo establecido por la DGAC en su normativa técnica, y nada tiene que ver con las decisiones estratégicas o comerciales de una compañía¹⁰⁵.

De esta forma, no es dable concluir que el señor Pacheco haya obrado, en los hechos, como administrador de Pegasus Chile, por lo que, en la respetuosa operación de esta parte, corresponde rechazar la Reclamación FNE.

III.3. Las nefastas consecuencias que provocaría que se decrete la solidaridad del señor Pacheco respecto de la multa de Pegasus Chile

Además de todo lo señalado, imponer la solidaridad tendría consecuencias catastróficas para el señor Pacheco. Como ya se indicó, la multa personal que le fue impuesta por el H. Tribunal asciende a 60 UTA, es decir, \$45.503.280. Por su parte, la multa solidaria asciende a 4.400 UTA, cantidad que a la fecha de esta presentación equivale a \$3.336.907.200, es decir, aproximadamente USD\$3.880.000. Así las cosas, como podrá ver el H. Tribunal, sumando ambas sanciones –\$3.382.410.480– nuestro representado se vería expuesto a una altísima y millonaria multa.

Ello, a juicio de esta parte, no es procedente. A todas luces, H. Tribunal, una persona natural no tiene la capacidad económica para pagar una suma tal alta como la que pretende la Fiscalía, menos si se toma en consideración la actual situación de pensionado en la que se encuentra don Ricardo Pacheco.

En ese sentido, el principio de proporcionalidad debe operar como una limitación a las pretensiones sancionatorias de la FNE, toda vez que, si se acoge sin más lo pedido en la reclamación de la FNE, el señor Pacheco estaría expuesto a sanciones totalmente desproporcionadas y excesivamente gravosas, que no consideran su capacidad económica.

Para demostrar esta última aseveración, invito al H. Tribunal a hacer un ejercicio. Imaginemos que nuestro representado ahorró el 100% de las remuneraciones líquidas que, según lo acreditado en la Sentencia N°185, recibió entre 2006 y 2015 (es decir, 584 UTA)¹⁰⁶. Esta suma representa aproximadamente un 13,09% de 4.460 UTA, valor que representa la suma de la multa propia a la que ha sido condenado el señor Pacheco y la multa solidaria que reclama la Fiscalía. Lo anterior demuestra de forma clara que la pretensión de la FNE de que se decrete la solidaridad de nuestro representado respecto de la multa de Pegasus Chile a todas luces quebranta el principio de proporcionalidad. Por lo demás, tampoco se cumpliría el rol de garantía que tiene la solidaridad, por cuanto el patrimonio del señor Pacheco está lejos de permitir asegurar el cumplimiento del

¹⁰⁵ DGAC, DAN 199 sobre Normas para Obtención de Certificación de Operador Aéreo: “1) *Toda Empresa chilena o extranjera, deberá nombrar una persona responsable con la autoridad necesaria para gestionar que las operaciones de vuelo y actividades de mantenimiento se puedan financiar y realizar de acuerdo a lo establecido por la DGAC en esta norma y en la norma que fija las reglas de operación según corresponda*”.

¹⁰⁶ H. Tribunal, Sentencia N°184, considerando cuatringentésimo trigésimo segundo.

pago de la multa impuesta a Pegasus Chile.

Más aún, supongamos que la Excma. Corte Suprema decida, además de confirmar la multa personal que el H. Tribunal impuso en la Sentencia N°185, decretar la solidaridad de nuestro representado respecto de la multa de Pegasus Chile. Para que nuestro representado pueda pagar ambas multas –\$3.382.410.480–, deberá ahorrar la pensión mensual promedio que ha recibido durante el año 2023 –\$1.030.094–, sin gastar un solo peso, por aproximadamente 3.283 meses, es decir, 274 años. Mayor claridad de la desproporción de lo solicitado por la Fiscalía al reclamar la Sentencia N°185, imposible.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: Tener por interpuesto, dentro de plazo, recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°185/2023 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, notificada a don Ricardo Pacheco Campusano el 16 de agosto de 2023, admitirlo a tramitación con el objeto que la Excma. Corte Suprema, conociendo del mismo, lo acoja y deje sin efecto: **(i)** la multa impuesta a don Ricardo Pacheco Campusano o, en su defecto, la reduzca según estime ajustado a derecho; y, **(ii)** la condena en costas impuesta a nuestro representado. Todo ello, en virtud de las consideraciones expuestas en esta presentación.