

Recurso de reclamación

H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Tomás Pérez Lasserre y Sergio Fuentealba Cortés, abogados, en representación de **Pegasus South America Servicios Integrales de Aviación SpA** (“Pegasus Chile” o la “Compañía”), en autos contenciosos caratulados “**Requerimiento de la FNE contra Inaer Helicopter Chile S.A. y otros**”, rol **C-393-2020**, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. Tribunal” o “H. TDLC”) respetuosamente decimos:

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 27 del Decreto Ley N°211 (“DL 211”), y, dentro de plazo, deducimos recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°185/2023 del H. Tribunal, notificada a la Compañía el 14 de agosto de 2023 (la “Sentencia”), solicitando que dicho Recurso sea acogido en todas sus partes. Lo anterior, fundado en las razones que se expondrán a continuación, y, también, por los argumentos que fueron profusamente desarrollados en los escritos de contestación – presentado a folio 122 (la “Contestación”)– y de observaciones a la prueba –presentado a folio 671 (las “Observaciones a la Prueba”)–, los que damos por íntegramente reproducidos.

I.

SÍNTESIS DE LA SENTENCIA Y CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la Sentencia, el H. Tribunal acogió el requerimiento deducido el 20 de marzo de 2020 por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Pegasus Chile y otras personas (“FNE” o “Fiscalía” y “Requerimiento”, respectivamente), en el que se imputaba la verificación de una supuesta infracción al artículo 3° incisos primero y segundo letra a) del DL 211 en el mercado de provisión de servicios de transporte aéreo destinados a la prevención y combate de incendios por medio de helicópteros.

De acuerdo con la Sentencia, entre nuestra representada, Inaer Helicopter S.A. (“Inaer”), Helicópteros del Pacífico (“H. del Pacífico”) y Helicopters.cl (“Helicopters”), y, con la intervención de don Ricardo Pacheco Campusano (“Ricardo Pacheco”) y don Rodrigo Lizasoain Videla (“Rodrigo Lizasoain”), se habría verificado un acuerdo anticompetitivo en el marco del cual habrían existido cinco episodios colusorios desarrollados entre los años 2006 y 2013.

En línea con lo anterior, el H. Tribunal estimó que dichos episodios habrían constituido un “*acuerdo único y continuado*”¹ que tuvo por objeto “*afectar los resultados de licitaciones*”², el cual, considerando las características de cada proceso licitatorio, “*generaron la necesidad de*

¹ Considerando 242°.

² Considerando 263°.

*los participantes del acuerdo de ir adaptando los mecanismos de implementación para mantener el esquema ilícito*³. En base a tales supuestos, la Sentencia rechazó las excepciones y defensas opuestas por la Compañía, condenándola a la multa que más adelante se indica.

En lo que respecta a cada uno de los episodios descritos en el Requerimiento, la Sentencia resolvió, en resumen, **(i)** que a propósito del proceso licitatorio convocado por la Corporación Nacional Forestal (“Conaf”) en 2006 (“Conaf 2006” o “Episodio 1”), las empresas competidoras Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters, se habrían reunido y comunicado con anterioridad a la presentación de sus respectivas propuestas, para afectar el proceso licitatorio mediante un reparto geográfico de las diferentes bases de operación que eran objeto de la licitación.

Luego, **(ii)** la Sentencia se refiere a un segundo proceso licitatorio convocado por la Conaf en 2009 (“Conaf 2009” o “Episodio 2”), concluyendo que los mismos competidores se habrían coordinado para afectarlo, también repartiéndose las bases de operación contempladas en dicho concurso público. Para llegar a esa conclusión, el H. Tribunal analizó –de manera altamente especulativa e inconclusa, como se verá– una serie de comunicaciones sostenidas entre los señores Ricardo Pacheco y Rodrigo Lizasoán, sin considerar el hecho de que ellas se enmarcaron en una negociación entre la Compañía e Inaer para la formación de un consorcio con el que ofertarían a dicha licitación.

Más adelante, la Sentencia se refiere a **(iii)** otro episodio ocurrido con motivo de un proceso licitatorio convocado por la Conaf en 2011 (“Conaf 2011” o “Episodio 3”), concluyendo que habría existido un acuerdo –cuyo contenido, según se verá, no está explicado– que habría permitido eliminar la competencia, esta vez, entre Pegasus Chile e Inaer, solamente. Respecto de este episodio, el H. Tribunal resolvió que, producto de ciertas modificaciones introducidas en las bases de licitación de Conaf respecto de los concursos anteriores, los participantes debieron modificar “*su esquema colusorio ilícito*”⁴, no pudiendo mantener la distribución por áreas geográficas, pero perseverando en su intención anticompetitiva.

La Sentencia también se refiere a **(iv)** un proceso de contratación desarrollado por Forestal Mininco S.A. (“Mininco”) en 2012 (“Mininco 2012” o “Episodio 4”), concluyendo que habría existido un acuerdo entre la Compañía e Inaer tendiente a afectar la supuesta “licitación” llevada adelante por Mininco. En este episodio, las partes supuestamente habrían acordado los modelos y cantidades de helicópteros que cada una cotizaría.

Por último, **(v)** la Sentencia concluye que en 2013 Inaer y Pegasus Chile habrían afectado un proceso licitatorio convocado por Forestal Masisa S.A. (respectivamente, “Masisa” y “Masisa 2013” o “Episodio 5”). En lo que se refiere a este proceso de contratación, la Sentencia resolvió que, de acuerdo con los antecedentes de la causa –ponderados de

³ *Ibidem.*

⁴ *Considerando 164°.*

manera especulativa e inconclusa, como se verá–, la oferta presentada por la Compañía habría tenido por objeto facilitar la adjudicación de Inaer.

Ello, pues, sostiene el H. Tribunal, consciente de la oferta que presentaría su competidora, Pegasus Chile habría decidido ofertar por un valor considerablemente superior a ella, demostrando un actuar coordinando entre las requeridas.

Así, y en función de lo anterior, se condenó a nuestra representada a pagar una multa equivalente a 4.400 Unidades Tributarias Anuales (“UTA”).

La definición de dicha multa se efectuó calculando el supuesto beneficio económico percibido por la Compañía –que la Sentencia avaluó en 2.139 UTA⁵–, aplicando una agravante de efecto disuasivo prevista en el artículo 26 del DL 211 –lo que avaluó en aproximadamente 1,5 veces el beneficio económico⁶–, para luego agregar una segunda sanción –que avaluó en 1.200 UTA⁷–. A este respecto, la Sentencia rechazó la existencia de atenuantes alegadas por la Compañía⁸.

En la Sentencia consta un voto disidente de parte del Ministro Sr. Ricardo Paredes (“Voto Disidente”), en el que se sostiene que la evidencia no alcanza el estándar de prueba clara y concluyente como para concluir que el acuerdo se haya presentado en los episodios Conaf 2009 y Masisa 2013. Por esa razón, el Voto Disidente sostiene que la multa que correspondería imponer a nuestra representada sería de 3.500 UTA.

Según se expondrá en esta presentación, y tal como lo demuestra el mérito del proceso, concurren múltiples razones que demuestran que el Requerimiento debió haber sido rechazado.

Brevemente, en el escrito de Contestación esta parte estructuró su defensa en base a los siguientes argumentos: **(i)** la falta de concurrencia de los supuestos de una colusión, pues los términos en que se verificaron cada uno de los procesos de licitación y la negociación directa que se describen en la acusación descartan la imputación efectuada; **(ii)** de manera subsidiaria, se opuso excepción de prescripción, en atención a la fecha de término de los servicios otorgados; y, **(iii)** en la necesidad de controlar la desproporcionada e infundada pretensión punitiva de la Fiscalía.

Sin perjuicio de que damos por íntegramente reproducidas las excepciones y defensas reseñadas –desarrolladas en el escrito de Contestación– para su reconsideración por parte de la Excma. Corte, a continuación, enunciamos los aspectos que serán particularmente desarrollados en esta presentación, y que constatan los graves yerros en que incurre la Sentencia para fundar sus conclusiones:

⁵ Considerando 414°.

⁶ Considerando 416°.

⁷ Considerando 421°.

⁸ Considerando 423°.

- La Sentencia incurre en omisiones, vicios y deficiencias al momento de valorar y apreciar la prueba rendida en el proceso.

Al respecto, se explicará cómo la completa y correcta valoración de la prueba permite descartar la existencia del acuerdo imputado, pues concurren múltiples omisiones o errores que permitieron arribar a conjeturas e inferencias que no se condicen con el mérito del proceso. Una correcta valoración y ponderación de la prueba habría, necesariamente, llevado a concluir que en la especie no se alcanzó el estándar de “prueba clara y concluyente” que rige en esta sede, tal como el Voto Disidente concluye respecto de los Episodios 2 y 5.

- Por su parte, la Sentencia aplica una sanción desproporcionada, arbitraria e ilegal a la Compañía.

Lo anterior, al constatarse que (i) impone dos sanciones por incurrir en una misma supuesta convención colusoria imputada, en abierta vulneración al principio de *ne bis in idem* y que, como resultado, además exceden el límite superior del *quantum* sancionatorio vigente; (ii) transgrede la jurisprudencia de la Excma. Corte al realizar distinciones impropias entre las sanciones impuestas a las empresas requeridas, pese a reconocer expresamente que no se acreditó una mayor o menor culpabilidad para una de estas; y, (iii) vulneró el principio de proporcionalidad, pues el cálculo que funda el importe de la multa para Pegasus Chile alterna de manera injustificada y arbitraria entre distintos mecanismos de cálculo durante el periodo concernido, considerando únicamente los antecedentes fácticos que agravan la misma pero no aquellos que la atenúan.

II.

LA SENTENCIA INCURRE EN UNA SERIE DE VICIOS, OMISIONES Y ERRORES EN LO QUE SE REFIERE A VARIOS DE LOS EPISODIOS SUPUESTAMENTE COLUSIVOS QUE SE TUVIERON POR ACREDITADOS

A continuación, nos referiremos a los errores en los que incurrió la Sentencia en lo que se refiere al establecimiento de varios de los episodios que se tuvieron por acreditados.

II.1. Una correcta valoración y ponderación de la prueba rendida habría descartado la existencia del acuerdo imputado respecto del episodio Conaf 2009, tal como lo concluyó el Voto Disidente.

Refiriéndose al episodio Conaf 2009, también individualizado como “Episodio 2”, la Sentencia concluye que “*las empresas Requeridas, a través de la participación de R. Pacheco y R. Lizasoain, junto con Helicopters y H. del Pacífico, se coordinaron para afectar el proceso de Licitación Conaf 2009, y con ello se repartieron las bases de operación*”⁹.

⁹ Considerando 139°.

Lo anterior sería consecuencia **(i)** de que se habrían acreditado comunicaciones entre los señores Ricardo Pacheco y Rodrigo Lizasoain en el período que medió entre la publicación de las bases de la Licitación Conaf 2009 (24 de septiembre de 2009) y la expiración del plazo para presentar ofertas¹⁰ (14 de octubre de 2009); y, **(ii)** de que no se habría logrado acreditar suficientemente que esas comunicaciones se habrían dado en el marco de la negociación de un consorcio que Pegasus Chile e Inaer sostuvieron en ese período¹¹.

Refiriéndose a este episodio, como contrapartida, el Voto Disidente concluyó **(i)** que “[...] el contexto y la evidencia de las comunicaciones no solo resulta débil, sino a veces también contradictoria respecto tanto de la intención de los demandados, como respecto de los efectos adversos, reales y potenciales”¹²; **(ii)** “[e]n este Episodio se da la particularidad de que Faasa e Inaer intentaron formar un consorcio para postular conjuntamente a la licitación, y Conaf, el convocante de la licitación fue informado de este propósito”¹³, sin cuestionarlo¹⁴; y, **(iii)** que “el escenario de coordinación que persigue la Fiscalía requiere de conspiradores que definan ciertos parámetros, definan precios, asignen material, bajo la perspectiva que ello afectaría adversamente el resultado del proceso licitatorio [...] mirada que [...] es inconsistente con el hecho que el propósito de formar un consorcio para este caso se comunicara y transparentara al afectado”¹⁵.

A continuación, nos referiremos a los errores en los que incurre la Sentencia en el establecimiento de este episodio, y que justifican que ella sea revocada en este punto.

A partir de ellos explicaremos **(i)** que no es admisible inferir, como lo hace la Sentencia, que habría existido el “martes 5 de octubre” una reunión entre Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters; **(ii)** cómo la Sentencia omite que la información de las ofertas presentadas al proceso de licitación pasó a ser de público acceso desde el 19 de octubre de 2009, lo que descarta que la planilla Excel utilizada como evidencia dé cuenta de un supuesto acuerdo, dado que ella tiene como fecha de última modificación el 4 de noviembre de 2009, y; **(iii)** que las únicas comunicaciones entre Pegasus Chile e Inaer sobre las que existe prueba clara y concluyente están referidas a un consorcio que ambas compañías buscaron implementar, tal como transparentemente informaron a Conaf.

II.1.1. Primer error: la Sentencia contiene un análisis altamente especulativo e inconcluso sobre la supuesta reunión –incluyendo su fecha y contenido– en la que se habría fraguado y alcanzado el acuerdo que supuestamente afectó la contratación de Conaf 2009.

Los antecedentes ponderados por el H. TDLC para dar por acreditado este episodio fueron los siguientes: **(i)** correo electrónico titulado “49. RE Conaf [451674]”¹⁶; **(ii)**

¹⁰ Véase, Considerando 118° y siguientes.

¹¹ Véanse, Considerandos 131° y siguientes.

¹² Considerando 3°.

¹³ Considerando 7° del Voto Disidente.

¹⁴ Ibid., Considerando 9.

¹⁵ Ibid., Considerando 10°.

¹⁶ Considerando 116°.

correo electrónico titulado “50. Mensaje Original [451666]”¹⁷; (iii) “Evidencia Acta [NUE 3399691]”¹⁸, página 59, que contiene una versión digitalizada de un cuaderno con notas manuscritas; y, (iv) Planilla Excel titulada “52. HISTORICOS MODALIDADES [451661]”¹⁹.

A continuación, expondremos cómo una adecuada valoración y ponderación de esa prueba en ningún caso permitía llegar a las conclusiones de la Sentencia.

II.1.1.1. Los instrumentos “49. RE Conaf [451674]” y “50. Mensaje Original [451666]” son insuficientes para demostrar la existencia de una supuesta reunión entre Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters.

Al respecto, el instrumento titulado “**49. RE Conaf [451674]**” corresponde a un intercambio de correos electrónicos de 28 de septiembre de 2009 sostenido entre don Héctor Tamarit y don Ricardo Pacheco, a los pocos días de haberse publicado las bases de la licitación de 2009. El contenido íntegro del correo que es citado en la Sentencia es el siguiente:

“Hola Ricardo

He estado repasando la licitacion y en un primer vistazo creo que nos beneficia en lo que a los requerimientos de modelo por base, me refiero a que en vina solo aceptan aeronaves tipo c.

Por otro lado tambien es bueno el tema del paquete de tres aeronaves, lo que nos hara mas competitivo.

Te comento para tu tranquilidad que Carlos Jeria andara por chile estos dias, con lo que podra dejar firmados todos los documentos que correspondan, ta le he avisado de que la licitacion se ha publicado.

Por otro lado no se si barrie y compania cuentan con 212 o similar para ofertar pero seria bueno que lo averiguaras.

Bueno nos ponemos en marcha, dime que documentacion de espana necesitas” (Sic).

La Sentencia recurre a este instrumento para recalcar únicamente aquella fracción que ha sido subrayada, pero, según veremos *infra*, omite algunos aspectos que son de suma relevancia para el acertado fallo de la presente causa.

Por su parte, el instrumento “**50. Mensaje Original [451666]**” corresponde a un intercambio de correos electrónicos sostenido un día después, el 29 de septiembre de

¹⁷ Considerando 117°.

¹⁸ Considerando 121°.

¹⁹ Considerando 126°.

2009, entre don Ricardo Pacheco y don Manuel González, en el que se continúan analizando una serie de aspectos sobre las bases de la licitación. Las únicas secciones de dicho intercambio que fueron consideradas en la Sentencia son las siguientes:

“[Mensaje de don Manuel González]- ves preparando borrador de distintas ofertas, algunas con los dos UH que nos sobran y el 205 por si la cosa se pone fea con los competidores y habrá que aclarar con RL que bases manejara en su oferta.”

[Respuesta de don Ricardo Pacheco] Ese borrador se lo he enviado a Héctor, el lo maneja, con las opciones, propondré un paquete de tres con dos Uhs y el CID. Para tu tranquilidad hoy me ha llamado López y quiere reunirse el próximo martes para revisar este tema, en principio para mantener lo actual que tiene cada parte, pensando en seis” [...]

[Mensaje de don Manuel González] Bueno, ya no me alargó mas, que no son horas. Un abrazo para los dos y recordad que " dios ayuda a los buenos cuando son mas que los malos”.

[Respuesta de don Ricardo Pacheco] Lo bueno es esta reunión del martes, ahí veremos, si están dispuestos a lo que dice CL, según el concensuado con CB, ya les cuento.....” (Sic).

A partir de los dos correos electrónicos referidos, la Sentencia da por acreditado “*que Faasa, H. del Pacífico y Helicopters se comunicaron e intercambiaron información comercial sensible y así se coordinaron respecto de las bases de operación a las que postularían*”²⁰. Es más, a partir de esas comunicaciones, en la Sentencia se da por acreditada la verificación de una supuesta reunión que habría tenido lugar el “**martes 5 de octubre de 2009**”²¹:

“Nótese que el correo reproducido data del 29 de septiembre de 2009 y se refiere al martes siguiente como la fecha de una reunión entre estos competidores, por lo que se puede inferir que ésta se habría realizado el martes 5 de octubre, es decir, días antes de que venciera el plazo para presentar las ofertas en la Licitación Conaf 2009 (14 de octubre, 2009)”²².

En concepto de esta parte, las conclusiones extraídas a partir de esos instrumentos son erradas, y ello responde a una exigua valoración y ponderación de la prueba. Veamos.

Primero. Los correos “49. RE Conaf [451674]” y “50. Mensaje Original [451666]” que han sido transcritos *supra* en ningún caso son suficientes como para acreditar, de manera clara y concluyente, que se verificó una reunión entre los representantes de Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters el “martes 5 de octubre de 2009”.

²⁰ Considerando 120°.

²¹ Considerando 119°.

²² Considerando 118°.

En efecto, en el primero solamente existe una proposición de don Héctor Tamarit para que don Ricardo Pacheco intentase averiguar los medios aéreos que “*barrie y compañía*” tendrían disponibles para ofertar. La Sentencia pasa por alto que la información sobre los medios aéreos con los que cuenta una compañía es de público acceso, tanto recurriendo a los registros de la Dirección General de Aeronáutica Civil, como por medio de una constatación empírica de las aeronaves que están estacionadas en las dependencias de cada operador, y, también, por medio de información extra oficial proveniente de pilotos o funcionarios de la propia Conaf.

Lo que el señor Tamarit sugirió a al señor Pacheco fue que este último intentase averiguar los medios que tendrían las otras empresas que operaban en el país, no que se reuniera o se comunicara con la competencia. Nótese que en dicho correo no se da cuenta de ninguna reunión ni comunicación. Tampoco que, en los hechos, don Ricardo Pacheco haya concretado una comunicación; es más, no existe ninguna respuesta de don Ricardo Pacheco en relación con ese punto.

El otro aspecto que vale la pena destacar de esa cadena de correos electrónicos –y que será tratado en detalle *infra*–, es que desde el inicio del proceso licitatorio de Conaf 2009 estuvo presente, y fue explicitado, la idea de ofertar en consorcio con Inaer. De hecho, una fracción de dicho intercambio de correos que no es citada en la Sentencia indica lo siguiente:

“Vista las bases administrativas, en el numeral 8 presentación de la oferta, letra i “modalidad de paquete” global e indivisible, indica que este debe estar conformado por un máximo de tres (3) helicópteros.

Es cuanto te puedo informar a este respecto.

Referente a la modalidad de esta forma y pensando en nuestra opción de presentarnos independientemente y con acuerdo de alianza estratégica con INAER, te hago llegar un archivo para tu estudio y comentarios. Esta fórmula nos permite la opción de ser adjudicadas las bases históricas (6) o su ampliación podríamos cubrir todas las bases, de ser adjudicado uno o más paquetes, esto desde mi punto de vista.

En este archivo he bajado el valor de Usd \$ 2.240 a \$2.050 la hora de contrato para estar dentro del presupuesto, manteniendo los otros valores, considerando que se han aumentado las horas en el total del paquete en 100 horas totales, con esto están en presupuesto y con 100 horas adicionales contempladas para este efecto.

Mañana martes estaré en Santiago participando en una actividad con la DGAC donde me reuniré con Rodrigo [Lizasoain, de Inaer] para planificar nuestro posible acuerdo para este y otros aspectos comerciales.

Quedo atento a tus comentarios.

Atentamente, te saluda” (Sic).

Segundo. Lo mismo ocurre a propósito de la segunda cadena de correos electrónicos citada (“50. Mensaje Original [451666]”). En ella se constata, a lo más, que don Ricardo Pacheco habría informado de una reunión que supuestamente se iba a sostener en el futuro con “López” para “[ver] si [estaban] dispuestos a lo que dice CL, según [é]l con[s]ensuado con CB”.

No existe, sin embargo, ninguna confirmación de parte de don Ricardo Pacheco en relación con esa supuesta reunión.

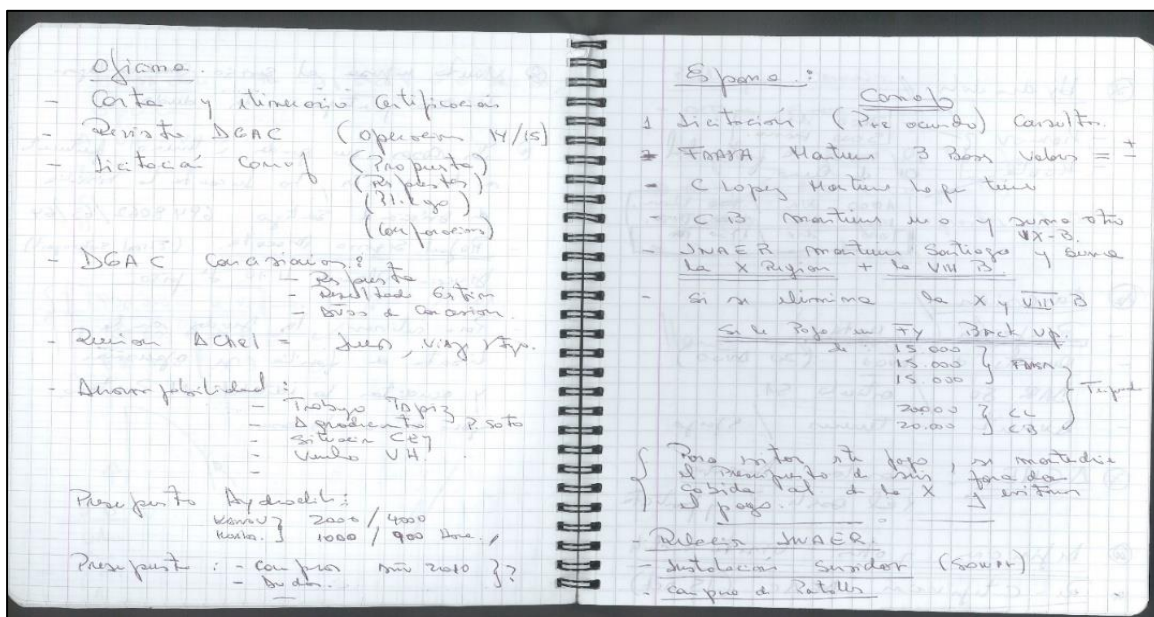
En simple, los dos instrumentos analizados, a diferencia de lo que se señala en la Sentencia, simplemente constatan comunicaciones internas entre ejecutivos del Grupo Pegasus, sostenidas a los pocos días de conocidas las bases de la licitación, en las que se discuten aspectos de carácter técnico. Si bien en ellos se hace referencia a eventuales contactos futuros con terceros – “[p]ara tu tranquilidad hoy me ha llamado López y quiere reunirse el próximo martes para revisar este tema” – a partir de ellos no es posible inferir, como lo hace la Sentencia, que habría existido el “martes 5 de octubre” una reunión entre Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters.

II.1.1.2. No existe evidencia que permita asociar, de manera clara y concluyente, las notas manuscritas citadas en la Sentencia con la supuesta reunión. En efecto, la fecha que la Sentencia refiere no existió, por lo que la reunión que por aquella temporalidad infiere se sustenta en un silogismo que infringe la sana crítica.

Consciente de tales deficiencias probatorias, y, para intentar justificar las inferencias a las que nos hemos referido, la Sentencia recurre a otro de los instrumentos que fueron enunciados *supra*: “Evidencia Acta [NUE 3399691], página 59”.

Dicho instrumento corresponde a unas notas manuscritas contenidas en un cuaderno incautado desde las dependencias de Pegasus Chile, en Concepción.

Imagen N°1
Evidencia Acta [NUE 3399691] páginas 58 y 59



Refiriéndose a este instrumento, en la Sentencia se infiere que dichas notas habrían sido supuestamente tomadas por don Ricardo Pacheco en la también inferida reunión del “martes 5 de octubre”²³, y que su contenido sería consistente con las postulaciones que Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters habrían realizado en esa licitación; todo lo cual, según la Sentencia, permitiría concluir “que efectivamente las Notas Incautadas, cuando se refieren a ‘Licitación (Pre-acuerdo)’ señalan las bases que se asignarían a cada empresa en la Licitación Conaf 2009 [...]”²⁴.

Esos antecedentes, sin embargo, son incapaces de demostrar, de manera clara y concluyente, que esa supuesta reunión se concretó, o que en ella se hayan acordado los términos según los cuales Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters ofertarían en la referida licitación. Veamos.

Primero. Como aspecto inicial, queremos destacar una equivocación insalvable en la que incurre la Sentencia, que evidencia la liviandad con la que todo este episodio fue analizado: en reiteradas secciones de la Sentencia se señala que la ya referida –e inferida– reunión habría ocurrido el “martes 5 de octubre”, **pero lo cierto es que durante el año 2009 no existió ningún “martes 5 de octubre”, y así lo constata el calendario de dicho año**²⁵.

Levantamos este punto únicamente para constatar que esa ligereza es demostrativa de la manera en que la Sentencia analiza el instrumento titulado “Evidencia Acta [NUE 3399691], página 59”, que, en su concepto, sería demostrativa de la existencia de esa reunión, de su fecha, y de lo que se habría discutido en ella.

²³ Considerando 122°.

²⁴ Considerando 125°.

²⁵ Disponible en: <<https://www.cuandoenelmundo.com/calendario/chile/2009>>

Segundo. En ninguna sección de esas notas se indica que existió, o que existiría, una reunión como la que se señala en la Sentencia. No hay en ellas ningún título o extracto que dé cuenta de ese hecho.

Tampoco se desprende de dichas notas quiénes habrían participado de esa reunión, lo que es particularmente relevante si se considera que los correos transcritos *supra* simplemente daban cuenta de una supuesta reunión futura con “López”, pero no que existiría una instancia de comunicación entre Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters.

Tercero. Por lo demás, nótese que la Sentencia omite que las referidas notas están insertas en lo que pareciera ser una planificación de tareas pendientes de don Ricardo Pacheco. Así lo constata el hecho de que esas notas distinguen entre gestiones asociadas a lo que se denomina “Oficina” y otras a “España”.

Sólo estas últimas son consideradas por la Sentencia, pero no así aquellas que dicen relación con temas administrativos, como los que se describen bajo el título “aeronavegabilidad”, “reunión ACHEL” o “presupuesto”. No parece razonable afirmar que don Ricardo Pacheco habría definido sus tareas pendientes en el marco de una reunión con sus competidores, ni tampoco puede inferirse que en el marco de su planificación diaria haya tomado nota de acuerdos anticompetitivos adoptados con ello.

Por el contrario, la ausencia de una referencia explícita a una reunión, sumado al contexto de esas notas manuscritas ratifica lo sostenido por esta parte en orden que se trataría de un análisis interno y especulativo ejecutado por don Ricardo Pacheco respecto de los potenciales resultados del proceso licitatorio.

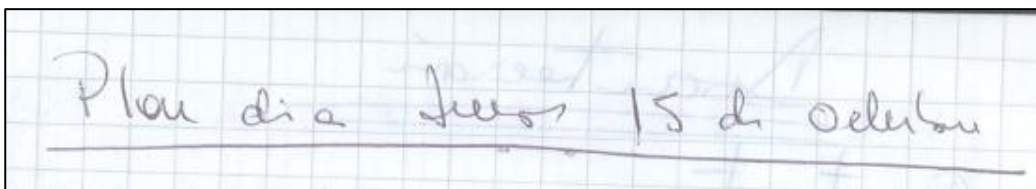
Cuarto. Otro punto que impide hacer la conexión entre las notas manuscritas y la supuesta reunión es el hecho de que no es posible conocer la fecha en que esas notas habrían sido tomadas, dado que nada se señala en dicho instrumento.

Frente a este argumento, en la Sentencia se esgrime que en la página 57 de esas notas aparece la fecha “2 de octubre” y luego, en la 63, aparece la expresión “lunes 15 de octubre”. Así, y, por aplicación de las reglas de la lógica, “que indican que las notas se escriben en términos cronológicos”, se infiere entonces que las notas de la página 59 se debieron haber tomado en una fecha que media entre el 2 y el 15 de octubre de 2009²⁶.

Nuevamente, y a modo de contexto, aquí se observa otro error que constata la ligereza del análisis de la Sentencia: en 2009 no existió ningún “lunes 15 de octubre”, sino que el 15 de octubre cayó un jueves. Eso es, por lo demás, lo que se desprende claramente de la página 63 de las referidas notas manuscritas:

²⁶ Considerando 122°.

Imagen N°2
Página 63 de instrumento “Evidencia Acta [NUE 3399691]”



Sin perjuicio de lo anterior, lo relevante en este punto es que el razonamiento de la Sentencia, de por sí, refrenda lo sostenido por esta parte en orden a que es no es posible establecer, de manera clara y concluyente, que esas notas estén asociadas a la supuesta reunión a la que se hace referencia en la Sentencia.

En efecto, Recordemos que, según el fallo, la reunión habría tenido lugar, supuestamente, el “martes 5 de octubre de 2009” –fecha que no existió, pues el primer martes de octubre de 2009 fue el 6–, y en una fecha anterior a la presentación de las ofertas a Conaf.

Pero lo cierto es que las múltiples alternativas que ofrece el rango temporal en el que – según la Sentencia– podrían haberse tomado esas notas, resulta contradictorio con las conclusiones de la misma Sentencia:

- Al respecto, el plazo de presentación de ofertas expiró el 14 de octubre, y el razonamiento de la Sentencia constata la posibilidad de que las notas hayan sido tomadas ese mismo día, o incluso después de expirado el plazo, el 15 de octubre, fecha en la que, por lo demás, se verificó la apertura electrónica de las ofertas. Es decir, **la propia Sentencia establece que las notas podrían haberse tomado después de vencido el plazo de presentación de las ofertas, y eso ello es contradictorio con la teoría colusoria que la propia Sentencia establece a propósito de este episodio.**
- En la misma línea, el extremo inicial de ese rango temporal –2 de octubre de 2009– también es inconsistente con las conclusiones de la Sentencia, pues permite inferir que esas notas habrían sido tomadas en una fecha anterior al “*próximo martes*” señalada en el correo de 29 de septiembre transcrito *supra*. Lo anterior, dado que el 2 de octubre de 2009 –que es la fecha que la propia Sentencia fijó como inicio del “período probable”– cayó viernes. Así, en la lógica de la Sentencia, esas notas podrían perfectamente haber sido tomadas el 2, 3, 4 o 5 de octubre –nótese que el “*próximo martes*”, en realidad, habría caído 6 de octubre–, sin que existan elementos que permitan inferir de manera clara y concluyente que ello ocurrió un día específico por sobre otro. Esto también es contradictorio con el hecho de que esas notas den cuenta de un acuerdo adoptado en la referida reunión.

En simple, siguiendo el razonamiento de la Sentencia, bien podría tratarse de notas tomadas por don Ricardo Pacheco antes de la supuesta reunión, o después de presentadas

las ofertas a Conaf, sin que exista algún elemento que permita situarlas, de manera clara y concluyente, en alguna fecha específica dentro de ese rango temporal.

En suma, no sólo los correos electrónicos de 28 y 29 de septiembre de 2009 son insuficientes para demostrar la verificación de una reunión entre Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters, sino que también lo son las notas manuscritas contenidas en el instrumento titulado “Evidencia Acta [NUE 3399691], página 59”.

II.1.1.3. La planilla Excel “52. HISTORICOS MODALIDADES [451661]” confirma lo anterior, al constatar que se trata de un ejercicio hipotético realizado por don Ricardo Pacheco después de la apertura de las ofertas económicas por parte de Conaf

Por último, y, en línea con lo anterior, se observa que el instrumento “52. HISTORICOS MODALIDADES [451661]” está lejos de entregar aquella certidumbre exigida para tener acreditado este episodio.

Dicho instrumento corresponde a una planilla Excel, cuya fecha de última modificación fue el **4 de noviembre de 2009**. La sección que es citada en la Sentencia corresponde a la pestaña titulada “ANALISIS PROPUESTA 2009”, cuyo contenido es el siguiente:

Imagen N°3
Archivo “52. HISTORICOS MODALIDADES [451661]”

ANÁLISIS DE CONTRATOS						
EMPRESAS	VALORES DE CONTRATOS		AUMENTO DE FACTURACIÓN EN DIFERENTES ESCENARIOS			
MODALIDAD	MONTO HISTÓRICO	MONTO ACTUAL	6 BASES	7 BASES	8 BASES	9 BASES
INAER	USD 350.000	USD 369.000	USD 454.000	USD 633.000	USD 633.000	USD 943.000
HDP	USD 324.000	USD 318.000	USD 318.000	USD 318.000	USD 636.000	USD 636.000
HELICOPTERS	USD 320.000	USD 314.000	USD 314.000			
FAASA	USD 999.000	USD 1.057.200	USD 1.057.200			
	USD 1.993.000	USD 2.058.200				
BONO RECOMPENSA X REGIÓN (20.000 INDIVIDUAL, 15.000 MAS DE UNA AERONAVE)		USD 85.000	SE ELIMINA AL SER ADJUDICADO			
OPCIÓN A						
FAASA		USD 172.800				
HDP		USD 32.667				
HELICOPTERS		USD 78.267				
VALOR POR ENTRADA A LA FIESTA			USD 283.734			
OPCIÓN B						
FAASA		USD 127.800				
HDP		USD 26.001				
HELICOPTERS		USD 71.601				
VALOR POR ENTRADA A LA FIESTA			USD 225.402			

En relación con este instrumento, la Sentencia señala que:

“Esta planilla dice relación con la Licitación Conaf 2009, toda vez que fue elaborada el 4 de agosto de 2009, se refiere a ‘Conaf’, a las bases de operación que formaron parte de este proceso de licitación y, finalmente,

alude a ‘propuesta 2009’ y ‘postulaciones 2009’. Los conceptos y montos indicados en las Notas Incautadas cuya imagen se insertó supra coinciden con aquellos expuestos en esta planilla. A modo ilustrativo, en la pestaña ‘Análisis Propuesta 2009’, se encuentra un análisis de los ‘valores de contratos’ -distinguiendo entre ‘monto histórico’ y ‘monto actual’- y el ‘aumento de facturación en diferentes escenarios’, para las empresas Inaer, ‘HDP’ (coincidente con el acrónimo de H. del Pacífico), Helicopters y Faasa. La misma hoja da cuenta de un ‘bono recompensa por la X región’ que corresponde a ‘20.000 individual, 15.000 más de una aeronave’, precisando que ‘se elimina al ser adjudicado’. Resulta particularmente relevante el hecho de que la última modificación de esta planilla fue el 4 de noviembre de 2009, es decir, nueve días antes de que Conaf adjudicara la licitación, de modo que se descarta que se trate de información ex post a la adjudicación con los valores efectivamente ofertados por los competidores²⁷.

Concurren contundentes razones que descartan las conclusiones de la Sentencia en este punto.

Primero. Nos parece relevante detenernos en un aspecto que es determinante para echar abajo las tajantes conclusiones obtenidas a partir de la referida planilla Excel. Al respecto, esta parte concuerda con que la circunstancia de que la fecha de última modificación de tal archivo sea el 4 de noviembre de 2009 es un hecho de particular relevancia para la acertada decisión de este punto. Pero lo es por una razón diferente a la que se indica en el fallo: **a esa fecha las ofertas económicas de la licitación eran públicas, y sólo estaba pendiente la adjudicación de parte de Conaf.**

²⁷ Considerando 126°.

Imagen N°4
“52. HISTORICOS MODALIDADES [451661]”

Propiedades ▾

Tamaño 77,5KB
 Título Ninguna
 Etiquetas Ninguna
 Categorías Ninguna

Fechas relacionadas

Última modificación	04-11-2009 10:51
Fecha de creación	04-08-2009 17:07
Última impresión	07-10-2009 18:12

Personas relacionadas

Autor Ricardo Pacheco C
 Última modificación realizada por Ricardo Pacheco C

Documentos relacionados

Abrir ubicación de archivos

[Mostrar todas las propiedades](#)

Al respecto, de acuerdo con el cronograma oficial informado por Conaf, la apertura electrónica de las ofertas ocurrió el 15 de octubre de 2009. A contar de ese momento pasaron a ser públicos los datos de los oferentes y una serie de aspectos técnicos sobre sus respectivas ofertas.

Luego, según la información que obra en el expediente, la apertura de las ofertas económicas tuvo lugar el 19 de octubre de 2009, momento a contar del cual se pudieron conocer los términos de las respectivas ofertas de todos los participantes:

Imagen N°5
Historial de la Licitación Conaf 2009²⁸

Historial	
Número de Adquisición: 633-158-LP09	
Nombre: Servicio de transporte en helicópteros del personal de combate de incendios forestales CONAF	
Descripción: Servicio de transporte en helicópteros, del personal destinado a la prevención y combate de incendios forestales de CONAF, para los periodos 2009-2010 y 2010-2011.	
Historial de la Adquisición	
Estado	Adjudicada
Fecha de Creación	24-09-2009 14:53:40
Fecha de Publicación	24-09-2009 19:41:54
Fecha de Cierre	14-10-2009 19:02:00
Fecha de Acto de Apertura Técnica	15-10-2009 9:03:00
Fecha de Acto de Apertura Económica (Referencial)	19-10-2009 10:03:00
Fecha Inicio de Preguntas	24-09-2009 20:57:00
Fecha Final de Preguntas	02-10-2009 18:57:00

²⁸ Véase: [Historial Licitación Conaf 2009](#)

Así, el hecho de que esa planilla contenga información sobre las ofertas de Inaer, H. del Pacífico y Helicopters tiene una explicación sustancialmente distinta a la supuesta reunión a la que alude la Sentencia: se trataba de información que ya era pública.

Esta situación, que fue debidamente acreditada en los instrumentos incorporados al proceso y expuesta detalladamente en las Observaciones a la Prueba, pero inexplicablemente omitida en la Sentencia, dificulta –todavía más– concluir de manera clara y concluyente que la información contenida en esa planilla Excel, y la contenida en las notas manuscritas, haya sido obtenida en una reunión entre competidores respecto de la que no existe evidencia clara²⁹.

En definitiva, los instrumentos a partir de los cuales la Sentencia tuvo por acreditado el episodio Conaf 2009 son insuficientes para tales efectos. Una adecuada valoración y ponderación de dichos instrumentos habría llevado a concluir **(i)** que los dos correos electrónicos citados en la Sentencia –“49. RE Conaf [451674]” y “50. Mensaje Original [451666]”³⁰–, a lo más, darían cuenta de comunicaciones internas entre ejecutivos del Grupo Pegasus que, entre otras cosas, hacían referencia a supuestas reuniones futuras y eventuales con “López”, pero en ningún caso constatan que esa reunión habría ocurrido, que habría tenido lugar el “martes 5 de octubre”, que a ella habrían asistido Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters, ni lo que se habría tratado en ella.

Asimismo, **(ii)** los otros dos antecedentes que son invocados en la Sentencia para intentar justificar la existencia de esa reunión –“Evidencia Acta [NUE 3399691]”³¹ y “52. HISTORICOS MODALIDADES [451661]”³² – son también incapaces de demostrarla, pues no existe prueba clara y concluyente que permita asociar las notas manuscritas a la supuesta reunión, y, en cualquier caso, una revisión íntegra de la planilla Excel constata que la información sobre la que discurre la Sentencia habría sido incorporada con posterioridad a la presentación de las ofertas, y en un momento en el que esa información era de público acceso.

Por lo expuesto, en opinión de esta parte, y, en concordancia con el Voto Disidente, la evidencia relativa a este episodio “no alcanza el estándar de prueba clara y concluyente”³³.

II.1.2. Segundo error: además, la Sentencia soslaya y analiza superfluamente las comunicaciones entre las partes relativas al consorcio que discutieron, y su incidencia en el contexto general de la acusación de la FNE.

El yerro de la Sentencia en relación con este episodio no solamente se encuentra en la debilidad de la prueba a partir de la cual se tuvo por acreditada la supuesta reunión a la que se ha hecho referencia, sino que, de manera muy relevante, en haber desestimado un

²⁹ Al respecto, véase Observaciones a la Prueba, p. 117.

³⁰ Considerando 116° y Considerando 117°.

³¹ Considerando 121°.

³² Considerando 126°.

³³ Voto Disidente, argumento N°1.

elemento central para comprender las comunicaciones que existieron entre Pegasus Chile e Inaer: la negociación de un consorcio, transparentado a Conaf, para ofertar en la licitación.

Y es que, la falta de prueba clara y concluyente respecto de la referida reunión, sumado a la existencia de conversaciones para la conformación de un consorcio –supuesto fáctico no controvertido, e incluso, reconocido en la Sentencia– lleva sin lugar a duda al rechazo de la acusación respecto de este episodio, tal como lo sostiene el Voto Disidente:

“Que este consorcio fuera informado y no haya sido cuestionado por Conaf, hace esperable que el resultado de precios, material, y todas las variables de preocupación desde la perspectiva de la libre competencia, no hubieran sido distinto al que hubiera surgido en un contexto en el que las partes se coordinan sin la existencia de consorcio Esto es, el escenario de coordinación que persigue la Fiscalía requiere de conspiradores que definan ciertos parámetros, definan precios, asignen material, bajo la perspectiva que ello afectaría adversamente el resultado del proceso licitatorio y en particular, a quien convoca la licitación. Que esa coordinación tendría efectos adversos sobre el resultado competitivo, **mirada que cabe hacer en este caso particularmente desde el punto de vista de Conaf, es inconsistente con el hecho que el propósito de formar un consorcio para este caso se comunicara y transparentara al afectado**”³⁴.

A continuación, expondremos los vicios en que incurre la Sentencia, pues, de valorarse completa y correctamente la prueba rendida permite acreditar, de manera clara y concluyente, **(i)** que las comunicaciones que existieron entre don Ricardo Pacheco y don Rodrigo Lizasoain estuvieron limitadas a un consorcio que se discutió largamente entre Pegasus Chile e Inaer, y, **(ii)** que las razones esgrimidas en la Sentencia para desechar la justificación del consorcio no encuentran asidero en la evidencia rendida en el juicio.

II.1.2.1. Es un hecho no controvertido que Pegasus Chile e Inaer discutieron la conformación de un consorcio para ofertar a Conaf.

En el escrito de Observaciones a la Prueba, esta parte expuso detalladamente cómo la prueba rendida en el juicio demostró, de manera clara y concluyente, que Pegasus Chile e Inaer negociaron un consorcio para ofertar a Conaf, y que las escasas comunicaciones que existieron entre las partes se explicaron única y exclusivamente por esa circunstancia. Por razones de economía procesal, nos remitimos expresamente a lo expuesto entre las páginas 110 y 119 de las Observaciones a la Prueba, las que damos por íntegramente reproducidas, sin perjuicio de lo cual a continuación se enuncian las principales razones ahí expuestas:

³⁴ Voto Disidente, argumento N°10°.

- Existe un correo electrónico intercambiado entre don Rodrigo Lizasoain y don Ricardo Pacheco, anterior a la apertura de la licitación de Conaf, que da cuenta fehaciente de la intención de las partes de conformar el referido consorcio³⁵;
- De acuerdo con la prueba testimonial rendida en el juicio, el objetivo del consorcio era postular a la totalidad de bases de operación licitadas, aprovechando la mayor escala de operación y las sinergias esperadas³⁶;
- El consorcio entre Pegasus Chile e Inaer fue informado anticipadamente a Conaf, existiendo múltiples elementos que así lo acreditan, tales como una carta de 10 de septiembre de 2009 que fue remitida a Conaf³⁷ y las declaraciones testimoniales de don Manuel González y don Héctor Tamarit³⁸; y,
- Pegasus Chile requirió asesoría experta con tal de cumplir con la normativa de libre competencia, tal como lo constata un correo electrónico enviado por don Ricardo Pacheco a un asesor legal externo de Pegasus Chile³⁹.

II.1.2.2. La prueba rendida en el proceso no permite sustentar ninguna de las razones esgrimidas en la Sentencia para desechar la tesis sostenida por esta parte.

La contundencia de la prueba rendida en relación con este punto es tal, que la propia Sentencia tiene por acreditada la verificación de esas comunicaciones en los Considerandos 132° y 133°. El punto es que la Sentencia concluye que la discusión acerca del referido consorcio no habría sido suficiente para desvirtuar las comunicaciones que supuestamente habrían sido acreditadas en el proceso, a las que ya nos referimos *supra*. Lo anterior por razones que, como se verá, carecen de mérito suficiente como para arribar a esa conclusión:

³⁵ Correo electrónico de Rodrigo Lizasoain a Ricardo Pacheco, titulado “Conaf”, acompañado por Ricardo Pacheco a folio 559, del siguiente tenor: “Ricardo, Ayer habló C. Fagalde con Patricio Sanhueza [de Conaf] y este le comento que tenía una disposición de la Directora de sacar la Licitación a más tardar el Viernes 14 de Agosto. Por lo anterior debemos correr si queremos tener una oportunidad en llegar en fecha con la asociación. Saludo [.] Rodrigo”. Archivo denominado: “02. Conaf.mht”.

³⁶ MANUEL GONZÁLEZ GABALDÓN: Había que ir a todo. Y no recuerdo si eran 10, pues supongo que sería 50% y si eran 9, me lo imagino. Supongo que seríamos 5 nosotros y 4 ellos, porque nosotros éramos más fuertes que ellos supongo, pero eso no lo recuerdo. La idea era ir al paquete completo. Como le he dicho antes, para abaratar, abaratar de alguna forma precios y llevarnos el paquete completo. “[...] la idea de hacer un consorcio es hacer más eficiente la operación. O sea, hacer abaratar los costes en líneas generales porque tienes más volumen. Y imagínese que si tienes un consorcio con 5 helicópteros, con 1 de reserva lo cubres. Si cada empresa se lleva 3, necesitas cada empresa que ponga su helicóptero de reserva. Se cubre con un, con pilotos de reserva que comparten, pagados por ambas compañías, o imagínese los paga una y si los utiliza otra, los cubre; los camiones cisternas de combustible, se comparten; los repuestos que se mandan desde España en contenedores se comparten; se comparten un motor, cada empresa no tiene que traer un motor. Dicho de otro modo, se consiguen precios... bueno., yo no sé si esto... sé que no se llevó a cabo, pero los precios son super eficientes” [Transcripción de declaración testimonial de don Manuel González ante el H. Tribunal, acompañada a folio 568].

³⁷ Véase presentación de folio 655.

³⁸ Véanse transcripción de declaración testimonial de don Manuel González ante el H. Tribunal, acompañada a folio 568, p.95, y transcripción de declaración testimonial de don Héctor Tamarit ante el H. Tribunal, acompañada a folio 554, p.15.

³⁹ Documento denominado “RV: Bases de Licitación CONAF 2009” acompañado por don Ricardo Pacheco a folio 559.

- Como primer punto, en la Sentencia se señala que se habría demostrado la verificación de contactos entre otros competidores que no formaban parte del consorcio⁴⁰. En relación con este punto, según se expuso *supra*, una correcta valoración y ponderación de la prueba rendida impide concluir que ello ocurrió, dado que **(i)** no existe evidencia que permita concluir que existieron comunicaciones con terceros diferentes a Inaer; y, **(ii)** tampoco existe evidencia que permita inferir, de manera clara y concluyente, que se haya verificado una supuesta reunión el “martes 5 de octubre” a la que hayan asistido competidores, y en las que se hayan tratado materias vinculadas con la Licitación de 2009. Por razones de economía procesal, nos remitimos expresamente a lo señalado *supra* en **II.1.1.**

- Luego, se esgrime que mientras las partes negociaban el consorcio, Pegasus Chile seguía evaluando la posibilidad de ofertar independientemente⁴¹, lo que permitiría inferir que Pegasus Chile contemplaba la opción de ofertar sin considerar un posible consorcio con Inaer. Al respecto, la principal razón por la que hay comunicaciones que dan cuenta de la posibilidad de ofertar de manera autónoma es que en las fechas en que ellas se verificaron no era claro para los ejecutivos del Grupo Pegasus que el ordenamiento jurídico permitiera presentar ofertas bajo la fórmula de consorcio, y así lo constatan esas mismas comunicaciones⁴². De hecho, las consultas enviadas a los asesores legales, e, incluso, la comunicación enviada a Conaf, tuvieron por objeto, fundamentalmente, saber si ello era permitido, o no. En ese contexto, la posibilidad de ofertar separadamente no tiene otra explicación que tener un “*plan b*” para el evento de que la postulación conjunta fuera desestimada, por no estar permitida. Por lo demás, tampoco se constata que Pegasus Chile haya elaborado propuestas independientes mientras negociaba el consorcio, o que su propia oferta se haya elaborado en función de lo que se haya conversado con Inaer en relación con el consorcio.

- A continuación, en la Sentencia se señala como argumento para desechar la explicación alternativa, que en la negociación del consorcio las partes no habrían adoptado resguardos en lo que respecta al tratamiento de la información intercambiada, tales como el establecimiento de “*murallas chinas*” o el establecimiento de los denominados “*clean teams*”⁴³. Concurren varias razones que tornan verdaderamente inverosímil este argumento, partiendo por el hecho de que este episodio se verificó hace aproximadamente 14 años, en un contexto en el que los estándares en materia de libre competencia no presentaban el desarrollo ni la difusión que existe hoy en día. La prueba más clara de ello es que las Directrices

⁴⁰ Considerando 132°.

⁴¹ Considerando 133°.

⁴² Véase correo electrónico titulado “50. Mensaje Original [451666]”: “[Mensaje de Manuel González] “no se si ya esta descartado el que se pueda hacer una oferta conjunta. Quizás podríamos preguntarlo y que nos aclaren que si además de esa oferta conjunta, las mismas empresas pueden ofertar a lotes por separado. Si es así, podríamos presentar una oferta conjunta a los nueve y por separado cada empresa puede ofertar a los lotes que considere convenientes [...] Yo la haría, salvo que me digáis alguna razón de peso en contra, que quizás la competencia se plantea hacer algo así. Y puestos a preguntar, sería posible que esa figura que admitan de unión de dos empresas pudiera ofertar al paquete de nueve con distintas alternativas??”.

⁴³ Considerando 136°.

de la Comisión Europea que son citadas en el Considerando 136° como fuente de ese estándar son de 2023. Resulta insensato, y contrario a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, juzgar bajo criterios jurisprudenciales actuales hechos verificados 14 años antes. Una revisión de los antecedentes disponibles constata que Pegasus Chile obró de manera conservadora dentro de sus posibilidades, **solicitando incluso asesoría legal en materia de libre competencia antes de iniciar el proceso de negociación propiamente tal.** En cualquier caso, tampoco existe evidencia de que las partes hayan obrado indebidamente en relación con la información que al efecto alcanzaron a intercambiar en el marco de esas negociaciones.

- Finalmente, como último argumento, en la Sentencia se descarta la explicación alternativa del consorcio en función de un extracto de un correo electrónico interno entre ejecutivos del Grupo Pegasus, en el que don Ricardo Pacheco le indica a don Héctor Tamarit que se reuniría con don Rodrigo Lizasoain para tratar el consorcio y “otros aspectos comerciales”⁴⁴. Esta última expresión, infiere la Sentencia, permitiría demostrar suficientemente que las partes habrían intercambiado información sobre “otros temas”. El argumento se cae por su propio peso: no existe ninguna evidencia –literalmente ninguna– que dé cuenta de que las partes hayan hablado sobre otras materias diferentes al consorcio. Por lo demás, el hecho de que eventualmente hayan conversado sobre “otros aspectos comerciales” bajo ningún respecto puede servir de base para concluir que se habrían tratado materias contrarias a la normativa de libre competencia. De hecho, la propia Sentencia constata que entre Pegasus Chile e Inaer existieron operaciones comerciales, por ejemplo, en Perú⁴⁵.

En simple, ninguna de las razones esgrimidas en la Sentencia para descartar la explicación alternativa del consorcio tiene mérito suficiente como para ser admitida.

II.1.3. Una correcta valoración y ponderación de la prueba impide sostener, de manera “clara y concluyente”, que sea procedente sancionar a nuestra representada en lo que se refiere al Episodio Conaf 2009.

Según se ha fallado reiteradamente, el estándar de *prueba clara y concluyente* es uno intermedio entre aquel que rige en materia civil –“*duda prevalente*” o “*preponderancia de prueba*”– y el que aplica en materia penal –“*más allá de toda duda razonable*”⁴⁶. Esto se traduce en que la mera “*prevalencia de prueba*”, esto es “*el peso comparativo más grande de la evidencia*”⁴⁷ o lo que resulte “*más probable que no*”⁴⁸, no es suficiente para inclinar al juzgador hacia un lado más que al otro⁴⁹.

⁴⁴ Considerando 137°.

⁴⁵ Considerando 157°.

⁴⁶ Jorge Grunberg y Santiago Montt, *La Prueba de la Colusión*, En: *Fiscalía Nacional Económica. Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho Solicitados por la Fiscalía Nacional Económica*, 2017, p. 335.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 332.

⁴⁸ Juan José Romero, *Colusión de Empresas de Oxígeno ¿Cuánta evidencia es suficiente?*, 2007, p. 39.

⁴⁹ *Ibidem*.

Así, para satisfacer este criterio no basta con que “*haya más probabilidades de que exista colusión a que no*”; lo requerido es que “*dicha probabilidad sea bastante clara, mucho más alta*”⁵⁰, pues no debe perderse de vista que lo que está en juego en esta sede es el ejercicio de una acción punitiva del Estado⁵¹.

Lo que se ha expuesto precedentemente constata que en la Sentencia se infringió, tanto la “*sana crítica*”⁵² en tanto que mecanismo de valoración de la prueba, así como el estándar de “*prueba clara y concluyente*” en función del cual los hechos en materia de libre competencia se pueden tener por acreditados.

En efecto, **(i)** el análisis realizado constata que la prueba rendida en el proceso está lejos de ser suficiente como para concluir que la probabilidad de que se haya verificado una reunión entre los representantes de Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters el “martes 5 de octubre de 2009”, sea “*mucho más alta*” a que esa reunión no haya ocurrido.

Como contrapartida, **(ii)** existe prueba contundente de que entre Pegasus Chile e Inaer existieron negociaciones para la conformación de un consorcio, y de que las únicas comunicaciones entre ambas compañías sobre las que existe prueba directa están referidas a ese evento. Es más, se trata de un elemento fáctico que se dio por establecido en el proceso, sin que ninguna de las razones esgrimidas en la Sentencia para descartar esa hipótesis sea plausible.

Así, y, en función de esas premisas, una adecuada valoración y ponderación de la prueba habría llevado a concluir que la explicación alternativa ofrecida por esta parte se acreditó suficientemente, razón por la que no correspondería sancionar a nuestra representada en lo que respecta al episodio Conaf 2009, tal como concluyó el Voto Disidente.

II.2. La Sentencia incurre en múltiples errores para concluir que se verificó un acuerdo colusorio en lo que se refiere al episodio Conaf 2011

Refiriéndose a este episodio, la Sentencia concluyó que “[...] *la prueba demostró, de manera clara y concluyente, la existencia del acuerdo colusorio y, en consecuencia, la configuración del ilícito en este episodio*”⁵³.

⁵⁰ Ibid., p.35.

⁵¹ Ibid., p.36.

⁵² En relación con esta materia, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que: “*La sana crítica está referida a la valoración y ponderación de la prueba, esto es, la actividad encaminada a determinar primero los aspectos que inciden la decisión de considerar aisladamente los medios probatorios, para precisar su eficacia, pertinencia, fuerza, vinculación con el juicio y cuanto pueda producir fe en el juzgador respecto de su validez y su contribución al establecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, esto es el mérito que puede incidir en la convicción del sentenciador. Luego, en una valoración conjunta de los medios probatorios así determinados, extraer las conclusiones pertinentes en cuanto a los hechos y fijar la forma en que ellos sucedieron. En ambos escalones deberá tener presente el magistrado las leyes de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados en la comunidad en un momento determinado, por ello es que son variables en el tiempo y en el espacio, pero estables en el pensamiento humano y la razón. Este es el contenido de la sana crítica o su núcleo medular; son los aspectos que no pueden ser desatendidos*” (Excma. Corte Suprema, causa rol N°9361-2019, considerando 11°).

⁵³ Considerando 171°.

Según veremos a continuación, la Sentencia incurrió en varios errores sin los cuales este episodio no podría haber sido sancionado.

II.2.1. Primer error: en el Requerimiento se establece, explícitamente, que este episodio no se habría visto afectado por el supuesto acuerdo de las licitaciones anteriores. La Sentencia concluyó lo contrario, infringiendo, de paso, el principio de congruencia procesal, por medio de un vicio de *extra petita*

Tanto en la Contestación como en las Observaciones a la Prueba, esta parte constató que una simple lectura del libelo evidenciaba que en la acusación de la FNE se afirmaba que el proceso licitatorio de Conaf 2011 no se habría visto afectado por el supuesto acuerdo colusorio que habría incidido en los dos procesos licitatorios inmediatamente anteriores. Inexplicablemente, la Sentencia concluyó algo diferente, y condenó a nuestra representada por haber supuestamente incurrido en un acuerdo colusorio a propósito de este proceso de contratación de Conaf, enfatizando que, en concepto del H. TDLC, la acusación de la FNE sí comprendía ese episodio, y que el Requerimiento, al señalar que las bases de la licitación habrían impedido, de facto, mantener el reparto territorial, “*se refiere a los mecanismos utilizados para implementar el acuerdo, que las partes habrían intentado cambiar, y a sus efectos anticompetitivos, mas no a su existencia ni su objeto*”⁵⁴.

Al haber fallado de esa manera, la Sentencia infringió gravemente el *principio de congruencia procesal*⁵⁵⁻⁵⁶, **generando un vicio de *extra petita***, al haberse extendido, y, a la postre, haberse condenado a nuestra representada por hechos que no fueron sometidos a la decisión del H. TDLC. Veamos.

Primero. El error de la Sentencia en este punto queda de manifiesto con la sola lectura del Requerimiento, y con un análisis íntegro –y no aislado, como se hace en la Sentencia– de los párrafos pertinentes:

“El actuar anticompetitivo de Faasa e Inaer se volvió a ver reflejado en una nueva licitación de CONAF, en el año 2011, por la cual se volvían a licitar las bases repartidas geográficamente en las licitaciones anteriores, esta vez por tres temporadas [...]

⁵⁴ Considerando 146°.

⁵⁵La congruencia es el principio según el cual debe existir conformidad entre todos los actos del procedimiento que, aisladamente considerados, componen el proceso. Por lo tanto, lo que plantea el principio de congruencia es que tiene que existir una correlación entre las pretensiones de las partes y lo que luego se concede en la sentencia. De esta forma, se sanciona la transgresión a la congruencia por cuanto se entiende que aquella constituye una garantía para las partes a la vez que un límite para el juez, al erigirse como un instrumento que previene posibles arbitrariedades decisionales. En este sentido, véase Jordi Nieva Fenoll, Derecho Procesal II, 2016, p.286: “[s]i las partes no dispusieran del objeto del proceso, el juez podría hacer lo que le viniera la gana con sus pretensiones en el sentido más amplio. Sin embargo, las partes le marcan al juez inexorablemente los márgenes del camino que tiene que seguir”.

⁵⁶ Se considera que una sentencia deviene en incongruente, (i) cuando otorga más de lo pedido por el demandante; (ii) si no otorga lo solicitado, excediendo la oposición del demandado, o, (iii) en casos en que el fallo no resuelve los puntos objeto de la litis, o se extiende a puntos que no fueron sometidos a la decisión del tribunal. Véase sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema en causa rol N°2.578-2014, considerando 5°.

En línea con lo señalado, con fecha 21 de septiembre de 2011, tuvo lugar una reunión en la que Ricardo Pacheco, Rodrigo Lizasoain y uno de “los Carlos”, Carlos López (gerente general de Helicopters), discutieron una serie de consideraciones relativas a la licitación referida.

Con todo, el particular diseño de las bases de licitación dificultó la materialización del acuerdo, ya que, a diferencia de los procesos anteriores, obligó a los oferentes a postular a todas las regiones por una, dos y tres temporadas, lo que de facto les impidió mantener el reparto territorial con el cual habían provisto servicios durante las cinco temporadas anteriores”

Adicionalmente, este proceso licitatorio marcó el fin de la intervención de las empresas chilenas H. del Pacífico y Helicopters en el acuerdo imputado a Faasa e Inaer. Como muestra de ello, ambas empresas impugnaron los resultados de la licitación ante el Tribunal de Compras y Contratación Pública, sosteniendo que las bases de licitación fueron mal aplicadas, favoreciendo injustificadamente a Faasa e Inaer. Pero lejos de ser esto un impedimento, la voluntad anticompetitiva común que caracterizó el actuar de Faasa e Inaer en el mercado se mantuvo, prescindiendo en lo sucesivo de las empresas chilenas⁵⁷.

Una revisión de esos fragmentos del Requerimiento constata, sin mayor complicación, que lo que la Fiscalía planteó fue lo siguiente:

- Que, en 2011, Pegasus Chile, Inaer, H. del Pacífico y Helicopters habrían supuestamente pretendido coordinarse para afectar el proceso licitatorio de 2011;
- Que, en ese contexto, se habría desarrollado una supuesta reunión entre ejecutivos de esas compañías el 21 de septiembre de 2011;
- Que, pese a ello, el diseño de las bases de la licitación habría impedido a esas empresas coludirse para ese proceso licitatorio;
- Que todo lo anterior habría implicado: **(i)** que no se mantuviera el supuesto reparto territorial de los años anteriores en esa licitación; **(ii)** el término de la intervención de H. del Pacífico y Helicopters en el supuesto acuerdo; y, **(iii)** que la supuesta voluntad anticompetitiva se habría mantenido, en lo sucesivo, solamente entre Pegasus Chile e Inaer.

Especial énfasis hacemos en la expresión “*con todo*” con la que se inicia el tercer párrafo del Requerimiento, transcrito *supra*. Dicha expresión, según la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “no obstante” y “sin embargo”⁵⁸, las que conforman

⁵⁷ Requerimiento corregido de folio 82, p. 18.

⁵⁸ Véase: <<https://dle.rae.es/todo>>.

conjunciones para establecer una oposición entre dos elementos, de los cuales uno de ellos corrige al otro.

Así, una correcta lectura del Requerimiento en este punto lleva a concluir que lo acusado consistió en una intención de las ya referidas empresas para coludirse (primer elemento) que luego no se verificó (segundo elemento, opuesto al primero), producto las particularidades de las nuevas bases de licitación.

En línea con lo anterior, no puede afirmarse bajo ningún respecto que en esos párrafos la FNE esté acusando un supuesto cambio en los mecanismos de implementación del acuerdo acusado. Nótese que no hace ninguna referencia a un cambio o alteración; se afirma que no hubo acuerdo.

Segundo. Lo señalado precedentemente se refrenda al hacer un análisis comparativo entre las secciones ya transcritas del Requerimiento, y el escrito de observaciones a la prueba de la FNE⁵⁹, que **marcó el momento en el que la Fiscalía intentó alterar el contenido de su acusación:**

Requerimiento, p.18	Observaciones a la Prueba FNE, p.66
<p><u>“Con todo,</u> el particular diseño de las bases de licitación dificultó la materialización del acuerdo, ya que, a diferencia de los procesos anteriores, <u>obligó a los oferentes a postular a todas las regiones por una, dos y tres temporadas, lo que de facto les impidió mantener el reparto territorial con el cual habían provisto servicios durante las cinco temporadas anteriores”.</u></p>	<p>“Materializar el objeto del acuerdo, es decir afectar este nuevo proceso de contratación, se vio dificultado por un cambio en el diseño en las bases de licitación que, a diferencia de los procesos anteriores, obligaba a los oferentes a postular a todas las regiones. <u>Esto implicó perfeccionar el actuar colusorio, con el objeto de conseguir la afectación del proceso”.</u></p>

Mientras que en el Requerimiento se reconoció expresamente que no se verificó el supuesto acuerdo de reparto territorial de las cinco temporadas anteriores, luego, en el curso del juicio se verificó una evidente alteración de la acusación, y se afirmó que lo que habría ocurrido, en realidad, habría sido un supuesto “perfeccionamiento del actuar colusorio”. Las diferencias entre ambas afirmaciones de la FNE son patentes.

La Sentencia inexplicablemente desatendió el tenor del Requerimiento, y falló aquello que la FNE planteó en el proceso de manera sobreviniente, con lo que **infringió el principio de congruencia, al generar un vicio de *extra petita*.**

En suma, el primer error de la Sentencia en lo que se refiere a este episodio está dado por haberse desatendido el texto del Requerimiento, y haberse sancionado a nuestra

⁵⁹ Folio 659.

representada por un acontecimiento en el que, según la acusación, no se habría verificado un actuar colusorio.

II.2.2. Segundo error: la Sentencia valoró y ponderó equivocadamente los correos electrónicos de 22 y 23 de septiembre de 2011. Una correcta lectura de esos correos, y de los demás elementos que los rodean, constata que nunca se formó entre las partes el consentimiento propio de cualquier acuerdo colusorio

La Sentencia apoya sus conclusiones en lo que respecta a este episodio, fundamentalmente, en tres correos electrónicos que fueron acompañados al proceso por la FNE: **(i)** correo electrónico titulado “64. CONAF [474027]”⁶⁰; **(ii)** correo electrónico titulado “65. Re_ Simulaciones concurso CONAF 2011 - 2ª aproximación[474804]”⁶¹; y, **(iii)** correo electrónico titulado “68. Re_ Respuestas[474834]”⁶². Según se verá, una correcta valoración de dichos instrumentos lleva a conclusiones diferentes de las que se plasmaron en la Sentencia.

Primero. El primero de dichos correos, de **5 de septiembre de 2011** –antes de la publicación de las bases de licitación de Conaf–, da cuenta de una comunicación de don Héctor Tamarit dirigida a don Ricardo Pacheco, del siguiente tenor:

“Ricardo

En vista de que CONAF tardar lo suyo en licitar, creo que sería interesante que tanto Rodrigo Lizasoain como tu contactarías con los Carlos para ver en que línea andan, si seguimos igual mejor para todos

Un abrazo”.

Nótese que no se aportó al proceso ningún correo electrónico que dé cuenta de lo ocurrido con posterioridad a esa comunicación, de modo que no se acreditó en el proceso si es que el contacto sugerido por don Héctor Tamarit se verificó, o no. Es más, según se verá, comunicaciones posteriores permiten inferir que ello no ocurrió.

Segundo. El instrumento titulado –“65. Re_ Simulaciones concurso CONAF 2011 – 2ª aproximación[474804]”– da cuenta de una cadena de correos electrónicos sostenida los días 14 y 15 de septiembre de 2011, a los pocos días de haberse publicado las bases de licitación de Conaf (lo que ocurrió el 9 de septiembre de ese año).

Tal como lo reconoce la Sentencia⁶³, dichas bases de licitación presentaron marcadas diferencias al ser comparadas con las de los concursos anteriores. Entre las diferencias más relevantes se destacan **(i)** el hecho de que pasó a ser obligatorio para todos los oferentes presentar propuestas para todas las bases de operación; y, **(ii)** que Conaf

⁶⁰ Considerando 148°.

⁶¹ Considerando 152°.

⁶² Considerando 163°.

⁶³ Véase el Considerando 141°.

quedaría dotada de una discrecionalidad relevante a la hora de asignar las bases a los oferentes; discrecionalidad que en este caso específico ejerció, según veremos.

Esta circunstancia generó confusión en la industria, y ello se tradujo en la formulación de diferentes consultas y planteamientos a Conaf por parte de diversos operadores, destinadas a aclarar diferentes aspectos de dicha licitación. Todo lo expuesto queda de manifiesto al hacer una revisión íntegra de la cadena de correos electrónicos referida, y, en particular, del siguiente extracto de un correo enviado por don Carlos Abrego a don Ricardo Pacheco, que está inserto en la referida cadena de correos:

“Buenas tardes Ricardo,
Me he tomado la libertad de redactar la consulta correspondiente a las dudas que David plantea más abajo con el objeto de que puedas, dándole los encabezados y cierres que consideres apropiados desde el punto de vista formal, remitirla directamente a CONAF. Además de la duda al respecto de la aplicación de los criterios de puntuación, he incluido una segunda pregunta sobre las aeronaves a licitar y la obligación de postular en todas las bases”.

En el marco de esa confusión, y, mientras se intentaban aclarar con Conaf las dudas que levantaron las nuevas bases de licitación, don Ricardo Pacheco da cuenta a sus superiores de la circunstancia de haber recibido un supuesto llamado de “Carlos”:

“Me ha llamado Carlos, para coordinar una reunión el miércoles entre los cuatro históricos, me reuniré a escuchar más que hablar, ya que hay otras variables que será difícil de neutralizar.
Un abrazo”.

Destacamos al menos dos aspectos del extracto anterior que estimamos relevantes para fallar adecuadamente este episodio:

- El tenor de dicho correo electrónico, sumado a la respuesta de don Héctor Tamarit – “[e]s bueno que hayan llamado ellos”⁶⁴ –, permite inferir que a esa fecha no se había verificado ninguna comunicación entre el señor Pacheco con terceros en relación con este proceso licitatorio; y,
- La Sentencia considera únicamente la fracción del correo en la que se indica que se realizaría una reunión, pero omite aquella sección en la que el señor Pacheco da cuenta de su incredulidad en lo que se refiere a la posibilidad de alcanzar un entendimiento, por variables que, puede inferirse, estaban vinculadas a las nuevas bases de licitación: “*me reuniré a escuchar más que hablar, ya que hay otras variables que será difícil de neutralizar*”.

⁶⁴ Correo electrónico titulado “66. Re_ Simulaciones concurso CONAF 2011 - 2ª aproximación[474805]”.

Tercero. El siguiente correo electrónico citado por la Sentencia –“67. Re_ Reunión[474822]”– da cuenta que, como resultado de la supuesta reunión, el curso a seguir dependería de los resultados de las consultas y reclamos que habían sido formulados a Conaf en relación con las bases de la licitación. Concretamente, la posibilidad de alcanzar un potencial acuerdo habría quedado sujeta a que las bases cambiaran: “[...] la idea es esperar las respuestas a preguntas”; “Nos sentaremos a mirar que pasa con esto”; “Abora de haber algún efecto [derivado de las presentaciones] los históricos estamos medianamente de acuerdo”.

Lo relevante en este punto es que dicho **correo constata que de mantenerse las bases en los términos originales: “cada uno va por su lado con lo mejor que se pueda ofertar”**.

Lo cierto es que las diferentes presentaciones realizadas a Conaf fueron desestimadas, y, en definitiva, el proceso licitatorio se llevó a cabo sobre en función de las bases originales de la licitación, lo que implicó que, según el tenor del correo de don Ricardo Pacheco, las partes no alcanzaron ningún acuerdo o entendimiento en lo que se refiere a dicho proceso licitatorio. Así lo constata el correo enviado por don Ricardo Pacheco el 22 de septiembre de 2011:

“En una de las respuestas dice que se paga lo garantizado al termino de cada periodo.

Efectivamente, son unos artistas para responder, avalan su criterio solo en lo económico, eso seguro.

La idea es presentar tres A 119 chilenos, y dos o tres B 212, tengo listo un EC un N y el CC.

La idea es dejar este tema cerrado mañana, para lo cual espero el retorno de la propuesta economica, el pliego ua esta practicamente listo, para subirlo el lunes en la mañana.

Hable con Rodrigo quien me indica que solo tiene B 212 de arriendo , por lo que no puede bajar precios y Carlos Lopez me dice que ira a pelear con lo que tiene, 205 A1 y un UH 1H, quizas un B3, todos contra de todos, esta incierto y tenemos una buena opción con A 119, mas que B 212.

Durante mi mañana estaré en Talca por un tema particular. En la tarde reviso y cierro este capítulo.

Un abrazo”⁶⁵.

En simple, los dos correos electrónicos a los que nos hemos hecho referencia permiten inferir que, dada la configuración de las bases de la licitación –que impedían a los

⁶⁵ Correo electrónico titulado “68. Re_ Respuestas[474834]”.

oferentes discriminar por base de operación en sus respectivas ofertas—, y, el hecho de que las presentaciones formuladas para modificarlas fueron desestimadas, confirma que las partes compitieron en este proceso de licitación (“*todos contra todos*”, “[Rodrigo] *no puede bajar precios*”, “*est[á] incierto y tenemos una buena opción con A 119, más que B 212*”, “*cada uno va por su lado con lo mejor que se pueda ofertar*”).

Ello resulta consistente con otros elementos que se acreditaron en el curso del proceso:

- Al día siguiente del correo electrónico transcrito, don Ricardo Pacheco recibió desde España los términos bajo los cuales debía construir sus ofertas, sin que conste que en la definición de esas condiciones hayan mediado comunicaciones con terceros⁶⁶;
- Las ofertas de Pegasus Chile no se diferenciaron por base de operación, lo que descarta cualquier potencial reparto geográfico;
- El precio ofertado por Pegasus Chile, al que luego resultó adjudicataria, fue inferior que el de la temporada inmediatamente anterior, materia a la que nos referiremos *infra*;
- La FNE afirmó en su Requerimiento que este proceso de licitación no se habría visto afectado por el supuesto acuerdo;
- Inaer se adjudicó una base de operación que en las temporadas anteriores había sido operada por H. del Pacífico —la base de la región de la Araucanía—; y,
- Se verificaron una serie de conductas posteriores de H. del Pacífico y Helicopters en contra de Pegasus Chile, que involucraron, entre otras cosas, una denuncia por prácticas predatorias.

Lo expuesto constata una cuestión que es central para el acertado fallo de la presente causa: que en la especie no se formó el consentimiento propio de todo acuerdo colusorio. Aunque las partes eventualmente hayan tenido ciertas interacciones, la prueba rendida evidenciar que en ellas no habrían alcanzado ningún acuerdo, y que, en definitiva, compitieron por la adjudicación de las diferentes bases de operación que eran objeto de la licitación de Conaf 2011.

Ello resulta consistente, según se verá *infra*, con que **la Sentencia no es capaz de especificar en qué habría consistido el acuerdo supuestamente verificado en este episodio**. La respuesta es simple: no existió ningún acuerdo que haya afectado este proceso de licitación.

⁶⁶ Véase correo electrónico titulado “8. P05052C005_000173655”.

II.2.3. Tercer error: en la Sentencia se señala que, producto del cambio en las bases de licitación, el supuesto acuerdo habría mutado, pero no aclara de qué manera ese cambio habría ocurrido, y qué fue, en definitiva, lo que Pegasus Chile e Inaer supuestamente habrían acordado e implementado.

Por otro lado, no puede pasarse por alto que la Sentencia, al referirse a este episodio, **sancionó un actuar colusorio cuyo contenido no está descrito en el fallo.**

En efecto, nótese que en lo que se refiere a este episodio, la Sentencia dedica varios considerandos a explicar cómo habría sido que, producto del cambio en las bases de licitación de Conaf, el supuesto acuerdo colusorio de los años anteriores no se habría verificado:

“Que, el correo anterior permite reforzar que las modificaciones al diseño de las bases de licitación para la adquisición de servicios de combate de incendios, que tradicionalmente había utilizado Conaf, **forzó un cambio en la forma en que debía estructurarse el esquema colusorio ilícito.** En efecto, con motivo de las respuestas de la entidad licitante en la Licitación Conaf 2011, **las Requeridas entendieron que no podían continuar afectando las licitaciones de Conaf por medio de un reparto geográfico de las zonas (bases de operación) licitadas como lo habían hecho hasta entonces, sino que podía derivar en un "todos contra de todos", debido a la incertidumbre entre los participantes del acuerdo [...]**⁶⁷.

Lo que no se señala en la Sentencia es en qué habría consistido ese supuesto cambio; en simple, qué es lo que las partes habrían acordado en ese episodio específico, diferente de lo que supuestamente habrían acordado en los episodios anteriores. Esto resulta particularmente relevante si se tiene presente que, como se indicó *supra*, la evidencia disponible constata que, lejos de haber existido un cambio de conducta, lo que se verificó fue un actuar competitivo entre todas las empresas, que, por lo demás, estuvo seguida del alejamiento de H. del Pacífico y Helicopters, y de un cambio en las bases de operación adjudicadas a algunas empresas.

Lo sostenido al respecto por la Sentencia también resulta inverosímil por el hecho de que las bases de este proceso licitatorio presentaban particularidades que hacían verdaderamente imposible cualquier acuerdo. Los aspectos que resultan más relevantes a destacar son los siguientes:

- Todos los interesados en ofertar debían **presentar ofertas a todas bases** de operación, lo que, de entrada, hacía imposible cualquier potencial reparto de bases; y,

⁶⁷ Considerando 164°.

- **Conaf** estaba dotada de una amplia **discrecionalidad** en lo que se refiere a las bases de operación a las que asignaría las aeronaves adjudicatarias.

En relación con esto último, nótese que en este proceso licitatorio nuestra representada resultó adjudicataria en la región de Valparaíso, **a pesar de no haber obtenido el máximo puntaje:**

Imagen N°6
Resolución de adjudicación⁶⁸

Región	Oferente	RUT	Marca/modelo	Matrícula	Puntaje	Valor USD
De Valparaíso	FAASA Chile SAL	76.274.610-7	Bell 212	EC-HXV	7,77	318.000
De O'Higgins	Helicopters.cl SPA	77.861.890-7	Bell 205 A-1	CC-CIQ	7,91	257.780
Del Maule	FAASA Chile SAL	76.274.610-7	Bell 212	N 370 EH	7,54	324.500
Del Biobío	FAASA Chile SAL	76.274.610-7	Bell 212	CC-ACS	7,84	318.000
De la Araucanía	INAER Helicopter Chile S.A.	76.557.780-2	Bell 407	EC-LBS	7,13	272.000
De los Lagos	Helicópteros del Pacífico Ltda.	78.023.270-6	Garlick UH-1D	CC-CPU	7,38	253.000
TOTAL						1.743.280

Todo lo cual descarta que en la especie haya podido existir el acuerdo colusorio sancionado.

En suma, la falta de explicación sobre el acuerdo concreto que habría existido a propósito de esta licitación, sumado a la evidencia clara sobre un escenario de competencia, y a las características de las bases de la licitación, simplemente demuestra el error de la Sentencia en lo que se refiere a este episodio.

II.2.4. Cuarto error: en la Sentencia se omite un elemento que descarta de manera clara y concluyente la presencia de un acuerdo, como lo es el hecho de que los precios cobrados por Pegasus Chile en esta licitación fueron menores de los cobrados en las licitaciones inmediatamente anteriores.

Finalmente, existe un aspecto que la Sentencia inexplicablemente omitió: **los precios ofertados por Pegasus Chile, a los que se adjudicó ciertas bases, fueron sustancialmente menores de los que habían sido ofertados en los procesos licitatorios anteriores.** Todo lo cual, junto con lo que se ha expuesto en este título, demuestra que el episodio Conaf 2011 debió haber sido desestimado en todas sus partes.

En relación con este punto, en la Contestación, esta parte expuso que uno de los varios elementos que descartaban la presencia de un actuar colusorio en este caso se relacionaba con que los precios ofertados, y finalmente adjudicados a Pegasus Chile fueron menores que los de las licitaciones anteriores.

⁶⁸ Documento denominado "Resolución_318_servicio_transporte_en_helicóptero_personal_PMF_20". También disponible en: <https://www.mercadopublico.cl/Procurement/Modules/Attachment/ViewAttachment.aspx?enc=dZyENB8Y11vojHwafySgz7f5iwot05DyZbxkt3I7pUhm72Dyab%2fhhSckn2wdnETF3AX4ZSBW99z5EAns1l%2fo2Rp7Uev7dY0pbwCOLew2wftnrtMd8flbC8uv7tMvbNylIQZmryxDnGofyxK%2feTSLmID25gFoLt%2b1%2fGlinuunBqehNtnenPRJYqk7hJTxKZeqcFoRAvzz%2bTnbgbnBoMdX9foHR8QMk%2bIAs7hZ11SHGUBrzDVmjJJZhDcfncMX1K3ZCJ9Pnm20RrictL1AseGYHPCikBYESfZGj7EbbOjcsMaY9Wb7jEhyzF5oRW5T2PO>.

Ello fue debidamente acreditado en el curso del juicio, y una mera revisión de los antecedentes públicos de Conaf así lo constata:

Tabla N°1
Precios de adjudicación licitaciones 2009 y 2011

Proceso licitatorio	Bases de operación		
	Bio Bío	Maule	Valparaíso
2009	USD 361,600	UDS 334,000	USD 361,000
2011	USD 318,000	USD 324,000	USD 318,000

Ambos procesos licitatorios comprendieron la misma cantidad de días y horas fijas (100 y 120, respectivamente) en las bases de operación de Valparaíso y Bio Bío. Asimismo, para ambos procesos licitatorios nuestra representada operó helicópteros Bell 212.

Aún así, el valor base del contrato fue un **12% menor que en la licitación de 2009 para ambas bases de operación.**

En la base de operación del Maule se produjo una diferencia en la estructura, pues se pasó de una modalidad de 100 días y 120 horas en 2009, a una de 100 días y 100 horas en 2011.

Pero, además, en este proceso licitatorio nuestra representada ofertó un helicóptero “*bi-motor*” (Bell 212), en circunstancias de que en la licitación anterior se adjudicó un helicóptero “*mono-motor*” (Bell 205). El Bell 212 presenta condiciones operativas y de seguridad considerablemente mayores al Bell 205.

A pesar de adjudicarse un helicóptero superior en términos de calidad, tecnología y seguridad, el precio de adjudicación fue un 3% menor.

Asimismo, si comparamos los valores cobrados históricamente por un helicóptero Bell 212 en la base de Valparaíso (pues mantiene las mismas horas y días garantizados solicitados por Conaf), **se constata que el precio ofertado para Conaf 2011 corresponde al menor valor de la historia en procesos públicos de contratación hasta el momento:**

Tabla N°2
Precios por Helicóptero Bell 212 adjudicación licitaciones 2006, 2009 y 2011

Licitación	Valor garantizado Bell 212 por 100 días y 120 horas	Variación en comparación a Conaf 2011
2006	USD 400,000	20,5% más caro que Conaf 2011
2009	USD 361,000	13,52% más caro que Conaf 2011
2011	USD 318,000	Menor valor histórico

Estos precios, omite la Sentencia, llegan a ser igual de económicos que helicópteros militares restringidos UH-1H que usualmente eran ofertados por los competidores, pese a ser notoriamente inferiores a un helicóptero moderno y civil como el Bell 212. En términos coloquiales, la Sentencia desconoce que Pegasus Chile ofreció un Mercedes Benz al precio de un Lada.

Esta circunstancia, se expondrá *infra*, **generó que H. del Pacífico dedujera una denuncia en contra de la Compañía por prácticas predatorias ante la FNE**, a la cual se sumaron múltiples otros operadores locales. Esto, por sí sólo, descarta un acuerdo colusorio.

La adjudicación a precios inferiores que los años anteriores, sumado a los demás antecedentes que han sido desarrollados, sólo refuerza el vicio en que incurre la Sentencia y, consecuentemente, los motivos para rechazar el Requerimiento a este respecto.

En efecto, (i) no sólo existió un cambio en las bases de licitación que obligaba a todos los interesados a ofertar a todas las bases de operación y confería un amplio margen de discrecionalidad a Conaf para adjudicar, (ii) no sólo existen intercambios de correos electrónicos que constatan que en este proceso licitatorio compitieron “*todos contra todos*”; (iii) no sólo se omite la conducta concreta que las empresas supuestamente coludidas habrían acordado e implementado, sino que, más claro todavía (iv) las condiciones bajo las cuales nuestra representada se adjudicó ciertas bases de operación fueron palmariamente más agresivas, en calidad y precio, que las de los años anteriores.

Todo lo cual constata lo sostenido por esta parte en el curso del juicio en orden a que no se habría verificado acuerdo colusorio alguno en lo que respecta a este proceso licitatorio. Aspecto que, como se señaló, la propia FNE reconoció en su Requerimiento. Todo ello, en la respetuosa opinión de esta parte, configura un vicio sustancial que debe ser enmendado por la Excma. Corte.

II.3. Una correcta valoración y ponderación de la prueba rendida habría descartado la existencia del acuerdo imputado respecto del episodio Mininco 2012. Por lo demás, la Sentencia yerra al concluir que Mininco 2012 consistió en una licitación.

En lo que se refiere a este episodio, en el Requerimiento se afirmó que nuestra representada e Inaer habrían, supuestamente, acordado el tipo y cantidad de helicópteros que cada cual ofertaría a Mininco⁶⁹.

Según esta parte expuso en el curso del juicio, para que nuestra representada resultase condenada a propósito de este episodio, resultaba necesario que la FNE demostrara, de manera clara y concluyente, **(i)** que esta contratación se desarrolló por medio de una licitación –y no a través de una negociación directa, como esta parte sostuvo–; y, **(ii)** que se verificó entre las partes un acuerdo de voluntades que cumpliera con todas las características propias de un acuerdo colusorio.

Refiriéndose a este episodio, la Sentencia concluyó que “[...] este Tribunal considera acreditado que Faasa e Inaer, a través de sus ejecutivos principales en Chile, R. Pacheco y R. Lizasoain, acordaron afectar la Licitación Mininco 2012, por medio de la determinación conjunta del tipo de modelo y número de helicópteros que cada una ofertaría”⁷⁰.

A continuación, expondremos los errores en los que incurrió la Sentencia que le permitieron arribar a esa conclusión.

II.3.1. Primer error: este proceso de contratación se desarrolló por medio de una negociación directa, y no a través de una licitación, como lo exige el tipo sancionatorio invocado y aplicado

Según vimos, la FNE acusó a nuestra representada de haber incurrido, específicamente, en un acuerdo colusorio cuyo objeto habría sido “afectar procesos de licitación”. Por esa razón, se expuso en la Contestación y en las Observaciones a la Prueba, la primera razón que forzaba el rechazo del Requerimiento en este punto venía dada por el hecho de que el proceso de contratación con Mininco se desarrolló por medio de una negociación directa y no por medio de una licitación; todo lo cual hace inaplicable el tipo sancionatorio invocado en el Requerimiento.

La Sentencia, sin embargo, concluyó que en este caso sí se habría estado en presencia de un proceso licitatorio, razón por la que desechó las defensas esgrimidas por esta parte⁷¹. En su razonamiento, sin embargo, incurrió en una serie de errores y contradicciones que justifican que ella sea enmendada en este punto. Veamos.

Primero. Para arribar a las conclusiones anteriores, la Sentencia adoptó una definición laxa y acomodaticia de “licitación”, argumentando que, dada la ausencia de una definición

⁶⁹ Requerimiento, p.19.

⁷⁰ Considerando 202°.

⁷¹ Considerandos 276° y siguientes.

en el DL 211 sobre este punto, de acuerdo con el artículo 20 del Código Civil, correspondía entregarle a dicha definición “*el sentido natural y obvio*”. En base a lo anterior, recurre a la definición que al efecto contempla la Real Academia de la Lengua Española⁷².

En concepto de esta parte, el ejercicio desarrollado por la Sentencia en este punto es incorrecto. Lo anterior, porque pasa por alto que, a pesar de no existir una definición de “licitación” en el DL 211, dicho concepto sí está tratado latamente en el ordenamiento jurídico chileno, concretamente en la Ley N°19.886. Así, y, por aplicación de los artículos 20⁷³ y 21⁷⁴ del Código Civil, no resulta jurídicamente correcto recurrir al sentido “*natural y obvio*”, dado que el concepto de licitación “*está definido por el legislador*” en “*otras leyes*” diferentes del DL 211 que, precisamente, versan sobre mecanismos de contratación.

Asimismo, a partir del artículo 22 del Código Civil⁷⁵, no puede obviarse que se trata de “*una palabra técnica*” que se enmarca en el funcionamiento de la industria que resulta pertinente para la presente causa. El hecho de que en esta industria se generen permanentemente interacciones comerciales con entidades públicas y privadas constata que el concepto de “licitación” es un elemento central en el funcionamiento del mercado, siendo claramente identificables cuáles son los elementos que permiten calificar una contratación como “licitación”.

Por ello, y, utilizando como referencia tales criterios, en el escrito de Observaciones a la Prueba⁷⁶ se expuso que son elementos distintivos de una “licitación”, en tanto que mecanismo de contratación, principalmente, los siguientes:

- La presencia de bases de licitación que reglamenten pormenorizadamente cada uno de los aspectos del proceso de contratación, así como de la relación contractual que nacerá de aquel;
- Que el producto o servicio a contratar esté definido detalladamente; y,
- Que, producto de lo anterior, la adjudicación sea automática al oferente que cumpla con los requisitos que al efecto dispongan las bases, sin que exista espacio para negociación.

Todo lo anterior, en contraposición a la negociación directa, en que la parte contratante elige directamente al contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes; y sin

⁷² Considerando 279°.

⁷³ Artículo 20 del Código Civil: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

⁷⁴ Artículo 21 del Código Civil: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

⁷⁵ Artículo 22 del Código Civil: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

⁷⁶ Observaciones a la Prueba, pp. 29-31.

que, por ende, exista una necesidad de regular previamente un concurso, preparar bases, ni tener plena certeza de lo que se terminará contratando.

Si la Sentencia se hubiese apegado a esos criterios, y si hubiese ponderado correctamente los términos bajo los cuales se desarrolló el proceso de contratación con Mininco, necesariamente habría concluido que el mismo no se verificó a través de una licitación, todo lo cual habría llevado a rechazar el Requerimiento en lo que se refiere a este episodio.

Lo anterior, por las razones que fueron desarrolladas en las Observaciones a la Prueba sobre este punto⁷⁷, que damos por íntegramente reproducidas, y que se resumen de la siguiente manera:

- (i) El lenguaje utilizado por Mininco en la contratación de 2012 se contrapone al utilizado por la propia Mininco en procesos licitatorios propiamente tales (en ningún momento se utilizó la expresión “licitación”, se solicitaron “cotizaciones” –lo que da cuenta de una mera proposición sujeta a negociación– y no “ofertas”, etc.);
- (ii) En este proceso no existieron bases de licitación, un elemento central a este tipo de contrataciones;
- (iii) Tampoco existieron plazos fatales;
- (iv) En dicha contratación se observaron conductas negociales propias de una contratación directa;
- (v) En el proceso no estaban correctamente definidos los servicios a contratar, lo que hacía imposible que se generara una adjudicación automática al oferente que cumpliera los requisitos exigidos.
- (vi) A lo anterior se suma la confidencialidad que la forestal exigió a los destinatarios de solicitud de cotización.

Todo lo anterior, según se desarrolló en el escrito de Observaciones a la Prueba, está profusamente apoyado en prueba documental y testimonial. A propósito de esta última, destacan las declaraciones de don Patricio Santibáñez, el entonces gerente de Mininco encargado de gestionar la contratación de estos servicios, quien reconoció abiertamente que las contrataciones en ese entonces se desarrollaban por medio de negociaciones directas, y que los procesos licitatorios comenzaron a implementarse posteriormente, en torno al año 2015⁷⁸:

⁷⁷ Observaciones a la Prueba, pp. 29-31.

⁷⁸ Transcripción de declaración testimonial de don Patricio Santibáñez, prestada en la causa rol C-358-2018, acompañada a foja 2.493, pp. 25 y 26.

“[...] (Abogado Faasa): Perfecto. Usted podría explicarle al Tribunal cómo se desarrollaban los procesos de contratación de estos servicios, bajo qué modalidades, cada cuánto tiempo.

Patricio Santibáñez: Mire, en ese tiempo, fundamentalmente eran negociaciones. Nosotros pedíamos cotizaciones a todas las empresas que supiéramos que nos podían prestar el servicio, de estas cotizaciones elegíamos aquellas que nos parecían más ajustadas a lo que queríamos y dentro de lo, dentro de las, dentro de los costos que queríamos, y ahí se empezaba a conversar y uno podía conversar en paralelo con una, dos o tres empresas, que en realidad, aquí no hay, en ese tiempo no había una oferta muy grande, la, la oferta era bastante restringida.

[...] (Abogado Faasa): Y en términos de [...] en términos de formalidades ¿era un proceso formal o más bien informal?

Patricio Santibáñez: A ver, yo creo que formal, si tú dices si hubo una licitación con llamados, no había licitación con llamados, pero las conversaciones eran formales y serias, y no, sin ninguna, sin ninguna informalidad”.

Nótese que la Sentencia descarta la contundente declaración del señor Santibáñez porque ella se habría prestado en el marco del proceso Rol C-358-2018, que habría estado referido únicamente al mercado de aviones⁷⁹.

Al respecto, hacemos presente que dicha causa se tuvo a la vista en estos autos, precisamente, porque mucha de la evidencia allí rendida se vinculaba al mercado de la contratación de servicios de helicópteros, **por tratarse de una industria que presenta elementos estructurales análogos, por ejemplo, en lo que se refiere a los mecanismos de contratación**, al de aviones. Una simple revisión de la declaración del señor Santibáñez así lo constata. Así también lo reconoce –paradójicamente– la Sentencia, al referir en múltiples ocasiones al proceso judicial referido para caracterizar esta industria (v. gr. Considerando 14°).

En mérito de lo expuesto, la Sentencia incurre en un vicio al quebrantar abiertamente las reglas de la sana crítica.

Segundo. Dejando de lado lo anterior, el propio relato fáctico de la Sentencia constata que la contratación de Mininco 2012 no cumplió con el estándar que, según el mismo Fallo, exigiría una licitación.

⁷⁹ Considerando 287°.

En efecto, nótese que en el Fallo se indica que uno de los elementos característicos de toda licitación sería que “*el proceso y los hitos para asignar los bienes o servicios debe estar establecido ex ante*”⁸⁰.

Sin embargo, la propia Sentencia evidencia que en este caso concreto no existió un procedimiento, hitos, ni plazos claramente definidos, siendo prueba de ello, a modo meramente ilustrativo, el hecho de que ambas empresas ofertaron fuera del plazo referencial indicado en la invitación a presentar cotizaciones –la invitación de Mininco solicitaba que las ofertas se presentasen a más tardar el 3 de julio de 2012, y, en los hechos, Pegasus Chile envió su cotización el 4 de julio e Inaer el 6 de julio–⁸¹ y, también, la circunstancia de que Mininco entregó su respuesta cerca de un mes después de lo señalado, el 21 de agosto de 2012. En una licitación, la presentación extemporánea de ofertas deviene en su inadmisibilidad.

Más relevante todavía es el hecho de que la propia Sentencia constató que en este proceso no estuvieron definidos, ex ante, los servicios que Mininco contrataría.

Ello se constata, por una parte, con la circunstancia de que Inaer terminó contratando un helicóptero que no estaba comprendido en la invitación a cotizar (un helicóptero modelo Kamov)⁸²:

“Que, tras recibir las ofertas, Mininco adjudicó la licitación el 21 de agosto de 2012 y suscribió los respectivos contratos [...] el 21 de diciembre de 2012 con Inaer, respecto de dos modelos de helicópteros, Bell 412 y Kamov, siendo este último un modelo que no estaba contemplado originalmente en los requerimientos de Mininco y que Inaer negoció después de presentar su oferta inicial (documentos "Tabla N° 1. Resumen Licitaciones VP.xls:i" y "31 .P05052C005_000091077")”

También, con el hecho de que, en el curso de las conversaciones, Mininco solicitó a Pegasus Chile servicios adicionales a los solicitados inicialmente:

“Luego, el 24 de julio de 2012 [después de presentada la cotización, y antes de aceptarla], Ricardo Pacheco escribió a Ricardo Rivera de Mininco un correo electrónico en que responde a una solicitud del segundo de aumentar el número de aeronaves AW 119 Koala [ofertados inicialmente]”⁸³.

Y, finalmente, con que la composición de aeronaves contratadas no estaba comprendida dentro de los posibles escenarios previstos al momento de solicitar las cotizaciones:

⁸⁰ Considerando 281°.

⁸¹ Considerandos 175° y 176°.

⁸² Considerando 177°.

⁸³ Considerando 176°.

Imagen N°7
Solicitud de cotización de Mininco

	CANTIDAD Y MODELO DE AERONAVE	PERÍODO COMPROMETIDOS		VALORES OFRECIDOS		
		DIAS	HORAS	VALOR POR AERONAVE (US\$)	DÍA EXTRA. (US\$/DÍA)	HORA EXTRA (US\$/HR)
ESCENARIO 1	7 AW 119 KOALA	110	65			
ESCENARIO 2	6 AW 119 KOALA	110	65			
ESCENARIO 3	5 AW 119 KOALA	110	65			
	1 BELL 412	110	50			
ESCENARIO 4	5 AW 119 KOALA	110	65			
	1 BELL 212	110	50			
ESCENARIO 5	4 AW 119 KOALA	110	65			
	2 BELL 412	110	50			
ESCENARIO 6	4 AW 119 KOALA	110	65			
	2 BELL 212	110	50			
ESCENARIO 7	3 AW 119 KOALA	110	65			
	3 BELL 412 o 212	110	50			
ESCENARIO 8	2 AW 119 KOALA	110	65			
	4 BELL 412 o 212	110	50			
ESCENARIO 9	6 BELL 412 o 212	110	50			

En relación con este punto, nótese que Mininco contrató un helicóptero Bell 412, tres helicópteros AW 119 Koala, y un Kamov; **composición que no estaba comprendida dentro de las opciones planteadas.**

Y, en ningún caso podría argumentarse (como incorrectamente afirma la Sentencia en su considerando N°291) que ello habría sido resultado de la supuesta limitación en la oferta que las partes habrían acordado. Al respecto, nótese que el “Escenario 7” contemplaba la opción de contratar tres AW 119 Koala y tres Bell 412.

Por razones de economía procesal, nos remitimos expresamente a lo señalado en las páginas 29 a 45 de las Observaciones a la Prueba, que damos por íntegramente reproducidas, enfatizando que las razones ahí desarrolladas⁸⁴ justifican subsanar los vicios denunciados y, en su lugar, desechar en todas sus partes las conclusiones de la Sentencia en este punto.

III.3.2. Segundo error: una correcta valoración y ponderación de los correos electrónicos de Pegasus Chile e Inaer, y de las cotizaciones enviadas por cada empresa a Mininco, constata que las conversaciones que puedan haber existido entre las partes no formaron el acuerdo que se tuvo por acreditado

Las conclusiones de la Sentencia en lo que se refiere a este episodio se fundan, principalmente, en los siguientes instrumentos: (i) correo electrónico titulado “75. Re_

⁸⁴ Concretamente, (i) el lenguaje utilizado por Mininco en la contratación de 2012 se contraponen al utilizado en procesos licitatorios; (ii) en este proceso no existieron bases de licitación, un elemento central a este tipo de contrataciones; (iii) la ausencia de plazos fatales del proceso de cotización, acompañada de conductas negociales propias de una contratación directa; y, (iv) la indeterminación de los servicios a contratar.

*Solicita cotización por el servicio de helicópteros [471884]*⁸⁵; (ii) documento “7. Correo electrónico I”⁸⁶; (iv) “79. RE Respuesta Miminco”⁸⁷; y, (v) “8. Correo electrónico :2”⁸⁸.

En los Considerandos 172° y siguientes, el H. Tribunal arribó a las siguientes conclusiones fácticas en lo que respecta a este episodio:

- Tras recibir la invitación de Miminco, tanto don Ricardo Pacheco⁸⁹ como don Rodrigo Lizasoain⁹⁰, independientemente, habrían manifestado a sus respectivos superiores una intención genuina de competir para la contratación de estos servicios;
- En el caso específico de don Ricardo Pacheco, el **22 de junio de 2012**, éste tuvo una seguidilla de discusiones con sus superiores en lo que respecta a las aeronaves a ofertar. Como resultado de esas discusiones, sus superiores le habrían instruido que no estaban en condiciones de ofertar helicópteros Bell 412 –que era una de las materias pretendidas por don Ricardo Pacheco–, muy especialmente, porque las aeronaves de ese modelo que tenía el Grupo Pegasus estaban comprometidas en contratos en España que, por su extensión temporal, resultaban incompatibles con el inicio de la temporada de incendios chilena⁹¹;
- En el caso de don Rodrigo Lizasoain, el **2 de julio de 2012**, éste discutió con sus superiores sobre los modelos disponibles para ofertar, dando cuenta de su conocimiento de que la compañía no contaba con helicópteros AW 119 Koala para ofertar, consultando sobre si esa limitación era “*insalvable o tenía solución*”⁹². Su intención manifiesta era contar con esas aeronaves para “[...] *entrar fuerte en lo forestal y quitar un poco de mercado a FAASA quien se ha fortalecido mucho en esta industria [...]*”⁹³;
- El **3 de julio de 2012** se habría verificado una comunicación entre los señores Pacheco y Lizasoain en la que supuestamente habrían acordado que don Ricardo Pacheco ofrecería aeronaves AW 119 Koala, y don Rodrigo Lizasoain Bell 412⁹⁴;
- El **4 de julio de 2012**, don Ricardo Pacheco informa a sus superiores en España que la información entregada por parte de Pegasus Chile era artificiosa, en el sentido de que habría señalado que la Compañía no ofertaría Bell 412, en circunstancias que, a esas alturas, y desde al menos el 22 de junio, era claro que la Compañía no ofertaría esas aeronaves por las razones descritas *supra*. Dicha

⁸⁵ Considerando 174°.

⁸⁶ Considerando 184°.

⁸⁷ Considerando 185°.

⁸⁸ Considerando 189°.

⁸⁹ Considerandos 179° a 181°.

⁹⁰ Considerando 184°.

⁹¹ Considerando 180°.

⁹² Considerando 184°.

⁹³ Documento “7. Correo electrónico I” ofrecido a folio 640.

⁹⁴ Considerando 185°.

comunicación, además, da cuenta de la plena consciencia que tenía don Ricardo Pacheco sobre la circunstancia de que la información recibida de parte de don Rodrigo Lizasoain también era artificiosa: “[Ricardo Pacheco] *He transmitido lo conversado, lo creí conveniente, su verdad será como la mía*” [...] [Héctor Tamarit] *a qué te refieres con que has transmitido lo conversado ??? A quien ??? Lo de su verdad será como la mía suena muy poetico jajajajaj*” [...] [Ricardo Pacheco] *A ti, y a D Manuel, he transmitido lo conversado con Rodrigo. Mi verdad, así es, es como la suya, pondrían ser ambas no tan verdad*”⁹⁵;

- El **4 de julio 2012**, Pegasus Chile envió a Mininco su propuesta⁹⁶;
- El **6 de julio de 2012**, don Rodrigo Lizasoain, luego de haber sostenido una reunión con sus superiores el día anterior (5 de julio), envió su propuesta a Mininco.

Sobre la base de esos antecedentes fácticos, la Sentencia concluye que las comunicaciones sostenidas entre los señores Pacheco y Lizasoain darían cuenta del acuerdo colusorio, dado que al 3 de julio de 2012, cuando ellos habrían tenido las conversaciones descritas supra, don Rodrigo Lizasoain no habría tenido certeza sobre la circunstancia de que Inaer no ofrecería helicópteros AW 119 Koala; esa certeza la habría adquirido posteriormente, el **5 de julio de 2012**, en una comunicación sostenida con sus superiores.

Dicha conclusión es errada, y no conversa con los antecedentes fácticos que la propia Sentencia tuvo por acreditados.

Primero. Una correcta revisión de los correos electrónicos citados en la Sentencia constata que el señor Lizasoain tuvo pleno conocimiento de que Inaer no ofertaría helicópteros AW 119 Koala, al menos desde el 2 de julio de 2012, es decir, antes de la supuesta comunicación con don Ricardo Pacheco de 3 de julio. Una simple lectura del correo electrónico titulado “7._Correo_electrónico_l” lo confirma:

“Estimado Pepe:

Forestal Mininco, nuestro principal cliente forestal y con quien tenemos el contrato del Kamov desde siempre, está considerando modernizar su flota de Helicópteros para incendios, para lo cual esta cancelando el contrato vigente con nuestra competencia x UH1H y nos está invitando a ofertar hasta 7 helicópteros para comenzar esta temporada.

Los modelos definidos por ellos son B412 y Koalas. Aceptan el B407 pero lo penalizan y es la 2da opción.

Ojo que también esta invitado FAASA

⁹⁵ Documento “14. RE Respuesta Miminco” ofrecido a folio 560.

⁹⁶ Considerando 189°.

[...]

Estamos en conocimiento que tenemos 4 koalas en el grupo y una oferta extensa de B412, en consecuencia entiendo que las alternativas que debemos limitar son las de Koalas, a no ser que exista interés de arrendar o comprar más koalas para España ¿? Se debe entender que estos contratos son interesantes bajo la perspectiva de complementar algún contrato en España y no al revés o solo, no funciona bajo este último escenario por los valores que se manejan en Chile en la industria forestal privada.

Lo relevante Pepe es confirmar la posibilidad de contar con estas maquinas para nuestra estación de incendios y de existir limitaciones comerciales.
(...)

Antonio me adelanto ciertas incompatibilidades de tiempos con los Koalas que me gustaría que revisaras con él, cosa de conocer si realmente es una barrera insalvable o tiene solución ¿???

[...]

Ten presente para lo anterior que los contratos en Gral. Comienzan el 10 de Dic. Unos pocos antes y otros pocos después. Finalizan en 30 de marzo, unos pocos antes y otros pocos después. Fecha limite Final 15 de Abril.

El fondo para INAER CHILE es que es una oportunidad que veníamos esperando hace muchos años (Es nuestro principal cliente) para entrar fuerte en lo forestal y quitar un poco de mercado a FAASA quien se ha fortalecido mucho en esta industria. Su último objetivo es este cliente que sabe que le daremos la pelea.[...]⁹⁷.

No es correcto, como señala la Sentencia, que el señor Lizasoán haya sabido de una “*posible limitación*”⁹⁸ para ofertar esa clase de helicópteros. Por el contrario, **tenía un conocimiento fundado de que Inaer no contaba con ellos**, y la comunicación transcrita constata, a lo más, un anhelo del señor Lizasoán de revertir algo que ya estaba definido, y que conocía. Lo anterior, paradójicamente, para competirle a Pegasus Chile.

En ese contexto, la comunicación posterior del señor Lizasoán con sus superiores de 5 de julio a la que hace referencia la Sentencia simplemente ratifica que la certeza del señor Lizasoán, en función de la cual se condujo durante todo este proceso de contratación, no sería alterada.

⁹⁷ Documento denominado “7. Correo electrónico 1.pdf”, acompañado por don Rodrigo Lizasoán, a folio 640.

⁹⁸ Considerando 193°.

Una cosa es obrar sobre una premisa provisional, preliminar o eventual, respecto de la cual se espera razonablemente un cambio. Otra totalmente diferente hacerlo sobre un conocimiento y una convicción fundada que, eventualmente, y, bajo ciertos supuestos, podría llegar a cambiar, algo inherente a prácticamente todos los supuestos sobre los que obra el ser humano. Esto último es lo que se verificó en la especie: el señor Lizasoain supo en todo momento que no contarían con helicópteros AW 119 Koala, y que sí contarían con una “*oferta extensa de B[ell] 412*”.

Segundo. Dado que al 3 de julio de 2012, tanto don Ricardo Pacheco como don Rodrigo Lizasoain tenían pleno conocimiento de las aeronaves de las que disponían y ofertarían, no cabe más que concluir –como esta parte expuso detalladamente en la Contestación y en las Observaciones a la Prueba– que las eventuales conversaciones que puedan haber tenido daban cuenta de meros *bluffs* que dos ejecutivos se habrían señalado para intentar obtener ventajas individuales uno por sobre el otro. Esas comunicaciones en ningún caso tuvieron la significancia que se les atribuye en la Sentencia, y, en cualquier caso, su contenido tampoco es conteste con la manera en que se verificaron los hechos.

En relación con este punto, no debe perderse de vista que en lo que respecta a este episodio, el Requerimiento imputó que Pegasus Chile e Inaer habrían acordado, concretamente, el tipo y cantidad de helicópteros que cada empresa ofertaría.

Para que ello se hubiese verificado, resultaba indispensable **(i)** que ambas empresas, teniendo los recursos, voluntariamente se hubiesen abstenido de ofertar un tipo de helicóptero a cambio de no enfrentar competencia en el otro tipo de helicópteros; y, **(ii)** que cada una de ellas hubiese limitado la cantidad de helicópteros a ofertar de modo de asegurar que Mininco contratase los medios aéreos de ambas compañías.

Respecto de lo primero, ello claramente no fue el caso, pues, independientemente de lo que hayan podido conversar los señores Pacheco y Lizasoain, Pegasus Chile en ningún caso habría podido ofertar helicópteros Bell 412 por no tener esos medios, a la vez que Inaer tampoco podría haberlo hecho con helicópteros AW 119 Koala; lo que constata, como esta parte expuso y acreditó, que se trató de meros *bluffs*, y en ningún caso de un acuerdo respecto del tipo de helicóptero a ofertar.

En simple, **ni Pegasus Chile ni Inaer hicieron las concesiones recíprocas que se señalan en la Sentencia.** Es más, el tenor del correo electrónico de 2 de julio, transcrito *supra*, permite inferir que, en el hipotético e improbable escenario de que se le hubiesen proporcionado AW 119 Koalas, era altamente probable que el señor Lizasoain hubiese cotizado todas las aeronaves disponibles para “*quitar un poco de mercado a FAASA*”. En la misma línea, las discusiones entre el señor Pacheco y sus superiores que fueron explicadas *supra* también permiten inferir que, en el hipotético e improbable escenario de que se le hubiese autorizado a cotizar helicópteros Bell 412, lo habría hecho en condiciones agresivas para evitar el ingreso de Inaer. En ambos casos, independientemente de lo que ellos pudieran haber conversado.

Respecto de lo segundo, la prueba rendida constata que las partes tampoco acordaron la cantidad de helicópteros que cotizarían. En efecto, contrariamente a una lógica de reparto, Inaer cotizó cinco helicópteros, tres Bell 412 y un Kamov. Pegasus Chile, por su parte, lo hizo con todos los medios que tenía disponible, tres AW 119 Koala,

De haber existido realmente un acuerdo en la cantidad de aeronaves que cada cual cotizaría, era esperable que las partes hubiesen hecho calzar sus cotizaciones con la solicitud de Mininco, cosa que era posible en algunos de los escenarios planteados por la forestal. Pero ello se descarta por varias razones.

Por una parte, la sumatoria total de las aeronaves cotizadas llegó a **ocho**, en circunstancias de que la cantidad máxima que Mininco manifestó estar dispuesta a contratar era **siete**. **De modo que siempre estuvo la posibilidad de que Inaer –que cotizó más aeronaves– excluyera a Pegasus Chile, al menos parcialmente.** Esto último, sumado a que está acreditado que Pegasus Chile ofertó todo el material que tenía disponible, descarta tajantemente cualquier lógica de reparto.

Por otra parte, un ejercicio análogo puede realizarse en lo que respecta a los diferentes *mix* de aeronaves que fueron solicitados por Mininco. Al respecto, la lógica indica que, si las partes hubiesen acordado el tipo y cantidad de aeronaves a cotizar, ellas habrían hecho calzar sus cotizaciones con alguno de los “escenarios” planteados por Mininco. Una revisión de esos antecedentes, sin embargo, demuestra que ello no ocurrió.

En efecto, si hubiese existido un acuerdo en la cantidad y tipo de aeronaves a ofrecer, la lógica indica que las partes habrían acordado una cotización que fuera consistente con el “**Escenario 7**” individualizado en la tabla transcrita, que era el único al que nuestra representada podía optar, atendida su flota de tres AW 119 Koala (**Imagen N°8**).

Imagen N°8

Solicitud de cotización de Mininco y escenarios en los cuales la Forestal podía adjudicar a una de las empresas.

	CANTIDAD Y MODELO DE AERONAVE	PERÍODO COMPROMETIDOS		VALORES OFRECIDOS		
		DIAS	HORAS	VALOR POR AERONAVE	DÍA EXTRA.	HORA EXTRA
				(US\$)	(US\$/DÍA)	(US\$/HR)
ESCENARIO 1	7 AW 119 KOALA	110	65			
ESCENARIO 2	6 AW 119 KOALA	110	65			
ESCENARIO 3	5 AW 119 KOALA	110	65			
	1 BELL 412	110	50			
ESCENARIO 4	5 AW 119 KOALA	110	65			
	1 BELL 212	110	50			
ESCENARIO 5	4 AW 119 KOALA	110	65			
	2 BELL 412	110	50			
ESCENARIO 6	4 AW 119 KOALA	110	65			
	2 BELL 212	110	50			
ESCENARIO 7	3 AW 119 KOALA	110	65			
	3 BELL 412 o 212	110	50			
ESCENARIO 8	2 AW 119 KOALA	110	65			
	4 BELL 412 o 212	110	50			
ESCENARIO 9	6 BELL 412 o 212	110	50			

Escenario sin posibilidad de exclusión

Sin embargo, las cotizaciones verificadas –Pegasus Chile tres AW 119 Koala e Inaer cuatro Bell 412 y un Kamov– **constata que podrían haberse verificado escenarios en que alguna de las partes resultase excluida por la otra** –en una lógica totalmente ajena al acuerdo sancionado en la Sentencia–:

- Inaer podría haber excluido una aeronave de las cotizadas por Pegasus Chile, dado que su cotización de cuatro Bell 412 resultaba consistente con el “Escenario 8”;
- Es más, **podría haberse dado un escenario en el que Inaer excluyera por completo a Pegasus Chile**, pues esa compañía cotizó un total de cinco aeronaves, que fue la cantidad total de helicópteros que Mininco como resultado de esta negociación.

En definitiva, la prueba rendida en ningún caso permite concluir, de manera clara y concluyente, que Pegasus Chile e Inaer acordaron el tipo y cantidad de helicópteros a cotizar a Mininco en este proceso de contratación.

Tercero. La Sentencia omite que la presentación de la primera cotización de nuestra representada, el 4 de julio de 2012, dio inicio a un proceso de negociación bilateral con Mininco que se extendió hasta finales de agosto de ese año. En el marco de esas negociaciones, las partes discutieron escenarios de servicios diferentes de los iniciales, habiendo constancia de una nueva cotización de Pegasus Chile, de 24 de julio⁹⁹. Consta en el proceso que algo similar ocurrió con Inaer, que, luego de su cotización inicial formuló nuevas propuestas, de las cuales la última fue aceptada por Mininco. La propuesta aceptada resultó ser radicalmente diferente de la inicial, pues esta última

⁹⁹ Véase página 37 de las Observaciones a la Prueba.

contemplaba cuatro Bell 412 y un Kamov¹⁰⁰, y lo contratado fue un Bell 412, y dos Kamov, uno de ellos “al llamado”¹⁰¹.

Nótese que, fuera de aquellas comunicaciones de 3 de julio de 2012, no se acusaron ni acreditaron otras interacciones posteriores entre nuestra representada e Inaer en el curso de esas negociaciones. Tampoco se acusó que comunicaciones posteriores se hubiesen verificado. Esta circunstancia refuerza lo señalado hasta ahora, en términos de que lo que eventualmente hayan podido comentar los señores Pacheco y Lizasoain el 3 de julio de 2012 no pudo haber formado parte de ningún acuerdo, y, en cualquier caso, que lo discutido en esa oportunidad no habría llegado a plasmarse en las relaciones comerciales que finalmente se generaron entre Pegasus Chile e Inaer con Mininco, respectivamente.

A modo de corolario de lo señalado en este acápite, destacamos que el Voto Disidente descartó sancionar a nuestras representadas a propósito del Episodio 5, por estimar que la sola verificación de conversaciones que luego resultaron inconsistentes con las ofertas presentadas, no habrían alterado ni tenido la aptitud para alterar los resultados de la licitación.

Nótese que lo ocurrido en este caso es análogo a la situación allí descrita. Lo único que podría desprenderse de la evidencia rendida es que habrían existido comunicaciones entre los señores Pacheco y Lizasoain respecto de condiciones artificiosas, que ambos formularon en el entendido de que eran *bluffs* carentes de la voluntad y ánimo colusivo que un acuerdo de esta naturaleza requiere. El hecho de que esas conversaciones hayan sido inocuas respecto del comportamiento competitivo de las partes –es decir, para los términos en que cada empresa ofertó–, y, particularmente, que las negociaciones de Pegasus Chile e Inaer con Mininco se hayan extendido por cerca de un mes luego de las ofertas iniciales, descarta que cualquier eventual comunicación haya alterado, o tenido la aptitud de alterar, la participación de Pegasus Chile e Inaer en la contratación con Mininco.

II.4. Una correcta valoración y ponderación de la prueba rendida habría descartado la existencia del acuerdo imputado respecto del episodio Masisa 2013, tal como lo concluyó el Voto Disidente

Refiriéndose al episodio Masisa, también individualizado como “Episodio 5”, la Sentencia concluye que “*la evidencia allegada al proceso acredita que las empresas Requeridas alcanzaron un acuerdo colusorio, mediante sus ejecutivos Ricardo Pacheco y Rodrigo Lizasoain, para*

¹⁰⁰ Documento denominado “119. Docs exhibidos C. Dähling 10.12.19.pdf” acompañado en el Soporte Digital del Expediente Administrativo. Ruta de acceso dentro del soporte: Carpeta N° 1 Documentos Físicos Públicos expediente Rol N° 2465-17 FNE\3.-TOMO III\119. Docs exhibidos C. Dähling 10.12.19.pdf.

¹⁰¹ Documento denominado “Contrato 0218-2013 Inaer Temporadas 2012-2013 a 2014-2015 Kamov - Bell 412.pdf” acompañado en el Soporte Digital del Expediente Administraivo. Ruta de acceso dentro del soporte: Documentos Digitales Públicos expediente Rol N° 2465-17 FNE\13. EDP\1.- TOMO II\57. CD adjunto Mininco Oficio Res. 0076\Resp. Mininco 0076\3. BASES Y OFERTAS\2012-2013\Contratos\Contrato 0218-2013 Inaer Temporadas 2012-2013 a 2014-2015 Kamov - Bell 412.pdf

afectar la Licitación Masisa 2013”¹⁰², agregando, a continuación, que “*las Requeridas no obtuvieron los resultados esperados con motivo de su acuerdo*”.

Lo anterior sería consecuencia de que se habrían acreditado comunicaciones entre los señores Ricardo Pacheco y Rodrigo Lizasoain en el período posterior a la presentación de ofertas que darían cuenta de un compromiso entre Inaer y Pegasus Chile¹⁰³.

Refiriéndose a este episodio, como contrapartida, el Voto Disidente concluyó **(i)** que la evidencia relativa a este episodio “*no alcanza el estándar de prueba clara y concluyente*”¹⁰⁴; **(ii)** agregando que la “*prueba para sustentar la idea de la FNE que la reunión señalada y el correo en cuestión mostrarían que Faasa habría modificado su oferta producto de la coordinación abí observada, es así contradictoria*”¹⁰⁵; **(iii)** lo anterior, dado que “*el valor que planteó el Sr. Pacheco al Sr. Lizasoain en la reunión descrita en el punto 16 de este voto estaba previamente definido, y fue determinado sin la intervención o comunicaciones con Inaer*”¹⁰⁶; y **(iv)** sin que se acreditara ni desprendiera “*que ello [la comunicación que la FNE describe] haya tenido alguna consecuencia real o potencial para la licitación analizada en este episodio*”¹⁰⁷.

A continuación, nos referiremos a los errores en los que incurre la Sentencia respecto a este episodio, tal como el Ministro Sr. Ricardo Paredes identificara en el Voto Disidente, y que justifican que ella sea revocada en este punto.

II.4.1. Primer error: la Sentencia incurre en un análisis especulativo y contradictorio en relación con los correos electrónicos acompañados al proceso.

Los antecedentes ponderados por el H. TDLC para dar por acreditado este episodio fueron los siguientes: **(i)** “27. RE_ Ofertas varias[148598]”¹⁰⁸; **(ii)** “28. RE_ Masisa[148933]”¹⁰⁹ y **(iii)** “29. RE_ Masisa[149025]”¹¹⁰.

A continuación, expondremos cómo es que una adecuada valoración y ponderación de esa prueba en ningún caso permitía llegar a las conclusiones de la Sentencia, ajustándose, en cambio, a lo sostenido por esta parte en su Contestación y lo resuelto en el Voto Disidente.

¹⁰² Considerando 232°.

¹⁰³ Véanse, Considerandos 131° y siguientes.

¹⁰⁴ Voto disidente, argumento N°1.

¹⁰⁵ Voto disidente, argumento N°16.

¹⁰⁶ Voto disidente, argumento N°17.

¹⁰⁷ Voto disidente, argumento N°19.

¹⁰⁸ Considerando 215°.

¹⁰⁹ Considerando 218°.

¹¹⁰ Considerando 220°.

II.4.1.1. Las comunicaciones extraídas de los instrumentos “27. RE_ Ofertas varias[148598]”; “28. RE_ Masisa[148933]” y “29. RE_ Masisa[149025]” son insuficientes para demostrar la oferta de Pegasus Chile estuvo condicionada de alguna manera por un actuar conjunto con Inaer.

El elemento principal de la evidencia de que habría existido una supuesta conspiración colusiva está dada por la interpretación que hace la Sentencia de correos aislados, que omiten, tanto **(i)** el contenido y tenor de las otras comunicaciones contenidas en las mismas cadenas de correo electrónico que cita; como también **(ii)** pasando por alto las comunicaciones que esta parte incorporó como prueba al proceso.

Al respecto, como primer punto, en el Considerando 221°, la Sentencia asume que Pegasus Chile habría “consensuado un precio a presentar a Masisa por \$330.000 dólares estadounidenses”. Señalamos “**asume**”, pues **no existe referencia a comunicación o antecedente alguno que constate que ese valor a ofertar fue siquiera comunicado a Inaer.**

Junto a ello, la Sentencia concluye que los correos permitirían inferir que existía un contacto fluido para “*coordinar las ofertas de Faasa e Inaer en la Licitación Masisa 2013 y que incluso Faasa estaba dispuesto a presentar una oferta menos competitiva que Inaer*”, todo lo anterior, omitiendo antecedentes que demuestran que **(i)** la oferta de Pegasus Chile se determinó de manera independiente; y, **(ii)** que tal determinación se efectuó antes de que existiera cualquier clase de comunicación con Inaer. En tal sentido, el vicio en que incurre en la Sentencia es palmario al constar lo siguiente:

Primero, tal como indica el Voto Disidente, la hipótesis de la Fiscalía recogida en la Sentencia se ve descartada al confrontarla con en el correo enviado el 28 de julio del 2013 por el Sr. González al Sr. Pacheco, contenida en las comunicaciones omitidas en la Sentencia del documento “27. RE_ Ofertas varias[148598]”, en cual **se exponen las consideraciones técnicas y económicas ponderadas por Pegasus Chile para diseñar la oferta a presentar a Masisa.**

Existe basta evidencia de las consideraciones logísticas y de seguridad que influyeron en la oferta presentada por Pegasus Chile. Por el contrario, tal como concluye el Voto Disidente, no existen antecedentes claros y concluyentes que sustenten la conclusión plasmada en la Sentencia.

En efecto, en el documento ya referido, se constata que la propuesta de postulación fue intensamente discutida al **interior** de la Compañía, **estando este definido antes de cualquier clase de comunicación con Inaer:**

“He pensado de nuevo en la oferta a MASISA, con 120 días y 75 horas, y creo que debemos partir de la que hemos preparado para el Grupo ARAUCO, sin considerar el incremento de costes que supone pasar de 110 a 120 días como decidimos hacer con ellos.

Con esta premisa, los precios serían:

Fijo por Base.....	256.000 \$
75 horas de vuelo a 800 \$ la hora.....	60.000 \$
Amortización de estanque de combustible.....	13.000 \$
Vehículo para reportajes.....	24.000 \$
TOTAL.....	353.000 \$ por base.

Pero si estas dos Bases las consiguiéramos sin que perdamos ninguna del GRUPO ARAUCO, los costes indirectos y de estructura que tenemos cargados a cada una de las Bases actuales se podrían eliminar, pues no incrementa la estructura por ganar eso dos contratos. Y esos costes los tenemos evaluados en 26.000 \$, de los que podríamos retraer una parte a la oferta, no sea que los del GRUPO ARAUCO eliminen alguna Base.

Si eliminamos la mitad de los indirectos en la oferta, podríamos licitar por 353.000 - 13.000 : 340.000 \$ por Base, cantidad más razonable que la que a la carrera calculamos en tu oficina.

La oferta será por 340.000 \$ con incrementos de IPC anuales, te parece?

Y respecto al GRUPO ARAUCO, he pensado empezar por una oferta alternativa para la próxima temporada, en vez de ofertar 212.000 \$ sin horas, el precio sería un promedio del actual y del que teníamos calculado para la campaña 2.013 - 2.014 , esto es de 234.000 \$ de fijo sin horas. Y ya habrá tiempo de negociar con la posible rebaja del reparto de combustible, o acercando estos precios a los 212.000. [...]”¹¹¹.

Asimismo, consta que el planteamiento del Sr. González tuvo una buena recepción de parte de Sr. Pacheco, según da cuenta el siguiente correo electrónico:

“Hola Manuel;

Respecto a vuestra oferta me parece muy bien lo de Masisa, es bastante más **aceptable y posible, ya que no deja de ser una verdadera opción de contratar. Apoyo su precio de \$340.000** para el contrato de 120 días y 75 horas, \$ 800 la hora extra y \$1.600 el día extra”¹¹².

¹¹¹ Documento incautado denominado “27. RE_ Ofertas varias[148598]” acompañado por la FNE en la presentación de folio 184. Ruta de acceso dentro del soporte: 1. C-393-20 Documentos digitales públicos incautación\NUE 3399682\

¹¹² Documento incautado denominado “27. RE_ Ofertas varias[148598]” acompañado por la FNE en la presentación de folio 184. Ruta de acceso dentro del soporte: 1. C-393-20 Documentos digitales públicos incautación\NUE 3399682\

Esta oferta, fue discutida y aprobada por la dirección durante el comité celebrado entre el 31 de julio y el 1 de agosto de 2013, según lo demuestra el tenor literal de la siguiente comunicación.

“Te he mandado un borrador de la oferta a BASA, y como veras no he incluido nada de la administración de los estanques y cisternas de combustible, creo que es mejor dejarlo fuera de la propuesta por ahora y utilizarlo, si es del caso, como arma de negociación.

Por otra parte, en el Comité de la semana pasada se aprobaron nuestras propuestas a BASA y MASISA. Respecto de esta última, una vez que hables con Rodrigo comentamos como proceder.

Espero que lo hayas pasado bien en las vacaciones, cuando regresas a Chile?”¹¹³

Nótese que esta es la primera ocasión –5 de agosto de 2013, después de haberse definido internamente la oferta– en la que aparece el nombre de “Rodrigo” en lo que se refiere a este proceso de contratación. De ahí que, tal como concluye el Voto Disidente, “*no existen antecedentes de que Faasa modificó su oferta coordinadamente ni producto de la reunión y que, por el contrario, la decisión respondió a una definición previa a tal reunión*”, pues en las comunicaciones citadas “*se reafirma que el valor que planteó el Sr. Pacheco al Sr. Lizasoain en la reunión descrita en el punto 16 de este voto estaba previamente definido, y fue determinado sin la intervención o comunicaciones con Inaer. En él solo se hacen ver distintas consideraciones de costo, dificultades logísticas y de riesgos, particularmente la de perder otro contrato con el grupo Arauco*”.

Y es que una completa y correcta valoración de la prueba permite constatar “**que la postulación realizada por Faasa fue exactamente la misma que el Sr. Pacheco tenía definida previamente**”¹¹⁴.

Segundo, tal como indica el Voto Disidente, Pegasus Chile mantuvo cierta inflexibilidad al momento de diseñar la oferta en el Episodio N°5 producto de los **múltiples ataques registrados en contra de aeronaves en las bases de operación licitadas por Masisa en el contexto del denominado “Conflicto Mapuche”**.

Al respecto, si bien nos remitimos al escrito de Observaciones a la Prueba¹¹⁵, constan múltiples antecedentes que ratifican la preocupación que existió en la Compañía por la seguridad de las operaciones en la Base Hijueta Colo, de Masisa, en razón de los constantes ataques que habían sido registrados en la región de la Araucanía.

¹¹³ Documento incautado denominado “27. RE_ Ofertas varias[148598]” acompañado por la FNE en la presentación de folio 184. Ruta de acceso dentro del soporte: 1. C-393-20 Documentos digitales públicos incautación\NUE 3399682\

¹¹⁴ Voto Disidente, argumento N°16.

¹¹⁵ Observaciones a la Prueba, p.79 y ss.

Así lo ratifican notas de prensa, las declaraciones de don Alfredo Mascareño (funcionario de la Conaf a la fecha de los hechos)¹¹⁶ así como de competidores de la Compañía¹¹⁷ y las comunicaciones internas de la Compañía.

Imagen N°9

Ataque incendiario a helicóptero en base Hijuela Colo sirviendo contratos de Masisa



Fuente: Biobiochile.cl y SoyChile¹¹⁸.

En efecto, estas preocupaciones **fueron compartidas con Masisa** en un correo electrónico de fecha 25 de julio de 2013, al solicitar aclarar aspectos logísticos, operativos y de seguridad de las operaciones aéreas y de los funcionarios de Pegasus Chile¹¹⁹.

Estos antecedentes no fueron valorados, considerados, o al menos nombrados al momento de fundar las conclusiones vertidas en la Sentencia.

De ahí que el Voto Disidente concluya, correctamente a juicio de esta parte, que en el detalle de las *“consideraciones de costo, comunicadas entre ejecutivos de Faasa, [...] explicitan por qué les parece especialmente costoso embarcarse en este proyecto. Tampoco se puede descartar de la prueba que las aprensiones respecto de la violencia rural en la zona habrían sido especialmente significativas para*

¹¹⁶ Transcripción de la declaración de don Alfredo Mascareño ante el H. Tribunal, acompañada a folio 573, p.22.

¹¹⁷ Transcripción de la declaración testimonial de don Carlos Barrie ante la FNE, acompañada en el Soporte Físico del Expediente Administrativo, p. 30. Ruta de acceso dentro del soporte: Documentos Públicos - Expediente Físico Rol N° 2465-17.rar\Carpeta N° 1 Documentos Físicos Públicos expediente Rol N° 2465-17 FNE\4.- TOMO IV\86. DECLARACIÓN CARLOS BARRIE (15-11-2019).pdf.

¹¹⁸ Véase las notas de prensa tituladas “Desconocidos incendian helicóptero en campamento forestal en Victoria” e “Intendente de La Araucanía y quema de helicóptero: “Estos hechos no tienen nombre””, disponibles para consulta en <http://go.fn.cl/9ybvvy> [última fecha de consulta: 1 de diciembre de 2022] y en <http://go.fn.cl/ft3wt> [última fecha de consulta: 1 de diciembre de 2022]. Las notas de prensa también fueron incorporadas mediante presentación de folio 561, documentos 3 y 4.

¹¹⁹ Propiedades del documento denominado “Preguntas Faasa.pdf.”, acompañado al Soporte Digital del Expediente Administrativo. Ruta de acceso dentro del soporte: Documentos Digitales Públicos expediente Rol N° 2465-17 FNE\13. EDP\1.- TOMO I\54. CD adjunto Masisa Oficio Res. 0077\Resp. Masisa Res. 0077\Documentos de licitacion contratos helicopteros\2013_LF004-2013 Servicio Helicópteros\5.- Registros\2.- Preguntas y Respuestas\Preguntas Faasa.pdf – propiedades.

*Faasa por cuanto esta empresa sufrió la destrucción total de una de sus aeronaves, y que consecuentemente, habrían incidido en hacer especialmente costosa su postulación*¹²⁰.

Tercero, tal como indica el Voto Disidente –e incluso reconoce la Sentencia– **el Sr. Lizasoain manifestó su negativa a pactar cualquier clase o tipo de acuerdo.** Consecuentemente, no pudo existir acuerdo alguno en el Episodio 5, pues, uno de los supuestos partícipes, nada menos que el gerente general de Inaer, indicó no estar dispuesto a obligarse a algo.

Sobre este punto, la Sentencia hace una somera referencia a la negativa del Sr. Lizasoain en su considerando 218º, para, reglón seguido, afirmar que ello no impidió que *“coordinaran su estrategia de cara a esta licitación”*¹²¹.

Al respecto, estimamos que una correcta apreciación y valoración permite confirmar la conclusión del Voto Disidente: **“No admite interpretación que el Sr. Lizasoain habría manifestado su negativa a pactar”** con Pegasus Chile¹²².

En conclusión, tal como indica el Voto Disidente, *“no existen antecedentes de que Faasa modificó su oferta coordinadamente ni producto de la reunión y que, por el contrario, la decisión respondió a una definición previa a tal reunión, tomada sin que exista ninguna evidencia de que hubiera coordinación”*, razón por la cual no puede concluirse que los correos electrónicos citados en la Sentencia *“hayan tenido el efecto o la potencialidad en la licitación”*.

Contrariamente a lo resuelto en la Sentencia, y en línea con el Voto Disidente, una completa y correcta valoración de la prueba permite verificar que, en el denominado Episodio 5, se materializó aquella circunstancia que la Sentencia contextualiza como *“un comportamiento unilateral y autónomo por parte de Faasa como proponente en la Licitación Masisa 2013”*, pues Pegasus Chile *“despleg[ó] sus esfuerzos para presentar la oferta más competitiva y obtener el contrato o (...), en último término, presentar una oferta poco competitiva a sabiendas, pero definida de manera independiente”* (Considerando 224º).

Lo expuesto constata lo sostenido por esta parte en el curso del juicio, así como la conclusión del Voto Disidente, en orden a que no se habría verificado hecho alguno que haya alterado, o tenido la aptitud de alterar, la participación de Pegasus Chile en lo que respecta al proceso licitatorio de Masisa 2013.

¹²⁰ Voto Disidente, Argumento N°21.

¹²¹ Considerando 219º.

¹²² Voto Disidente, Argumento N°16.

III.

LA SENTENCIA CONTIENE UN RAZONAMIENTO INJUSTIFICADO Y ARBITRARIO PARA DEFINIR LA MULTA IMPUESTA A PEGASUS CHILE

Sin perjuicio de las omisiones y errores que adolece Sentencia en relación a la prueba de cada uno de los episodios, a continuación, exponemos los vicios en que incurre el fallo al determinar la cuantía de la sanción que impone a Pegasus Chile; yerros que justifican que la misma sea reducida sustancialmente.

En efecto, según se verá, la Sentencia incurre, fundamentalmente, en tres vicios sustanciales en relación con la multa impuesta **(i)** al sancionar por dos conceptos distintos una misma infracción, vulnerando el principio de *ne bis in idem*, el principio de proporcionalidad y la jurisprudencia de la Excma. Corte; **(ii)** al omitir la evidencia económica que demuestra la falta de beneficios económicos percibidos por Pegasus Chile como resultado de la supuesta conducta imputada; y, **(iii)** pasa por alto la colaboración, excediendo sus obligaciones legales, prestada por la Compañía para la rápida substanciación de la investigación ante la FNE y el proceso ante el H. Tribunal.

III.1. La multa impuesta en la Sentencia transgrede el principio de *ne bis in idem*, de legalidad, proporcionalidad, y la jurisprudencia del H. TDLC y de la Excma. Corte Suprema, al sancionar por dos conceptos distintos una misma infracción; todo lo cual deviene en una multa arbitraria.

Según se expone en la parte resolutive de la Sentencia, se impuso a la Compañía una multa de 4.400 Unidades Tributarias Anuales, monto al cual se arriba tras incurrir en un vicio insoslayable, según pasamos a exponer a continuación.

Como contexto, conforme a al texto del DL 211 que resulta aplicable en este caso, las sanciones asociadas a los hechos sancionados deben ajustarse a los siguientes parámetros:

“c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3º, hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales. (...).

Para la determinación de las multas se considerarán, 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.”

En tal sentido, tal como la Excma. Corte Suprema ha resuelto, la aplicación de sanciones conforme a la norma reseñada queda sujeta **(i)** al límite legal contemplado por la ley vigente durante el periodo en que se extendió el acuerdo, **(ii)** a los criterios contemplados

en el inciso final del artículo 26 del DL N°211, y, **(iii)** todo lo anterior, a la aplicación del principio de proporcionalidad¹²³.

En la especie, la Sentencia inicialmente figura seguir la jurisprudencia asentada, efectuando un conjunto de estimaciones y cálculos a partir de los ingresos percibidos por Pegasus Chile, buscando establecer el componente base de la multa en base al criterio de beneficio económico, para, acto seguido, verificar la concurrencia de agravantes y atenuantes aplicables al caso concreto.

Al respecto, debemos destacar que el considerado 414° concluye que la multa, sin agravantes ni atenuantes, alcanzaría los 2.139 UTA (como veremos más adelante, este monto se encuentra sobreestimado, a la luz de la evidencia económica aportada al proceso):

“Cuadringentésimo decimocuarto: Que, en virtud de lo antedicho, para la determinación de la multa que se impondrá a los infractores, estos sentenciadores considerarán que el beneficio económico obtenido por las empresas requeridas con ocasión de su conducta anticompetitiva, asciende a las cuantías de: **(a) \$1,8 millones de dólares estadounidenses para Faasa, lo que equivale a 2.139 UTA;** y (b) \$0,9 millones para Inaer, equivalentes al valor de 974 UTA”

Posteriormente –y nuevamente una inicial coherencia con toda la jurisprudencia asentada–, la Sentencia se aboca a evaluar las eventuales circunstancias atenuantes o agravantes previstas en el artículo 26 del DL 211. Al respecto, la Sentencia agrava la responsabilidad en atención al *carácter disuasorio* que, según indica, las multas deben tener en esta sede. En razón de lo anterior, la Sentencia multiplica el monto base indicado, **aumentando la sanción hasta llegar a una suma equivalente al 150% del supuesto beneficio.**

“Cuadringentésimo decimosexto: Que, en consecuencia, respecto del importe de la multa asociado a **los beneficios económicos obtenidos** por los infractores con ocasión de su actuar colusorio, **así como el fin disuasorio** antes descrito que en este caso se estima en **aproximadamente 1,5 veces el beneficio económico obtenido**, el primer componente variable de la multa ascenderá a los montos de **(a) 3.200 UTA para Faasa,** **y (b) 1.400 UTA para Inaer;**”

En consecuencia, efectuado el cálculo del beneficio económico obtenido del ilícito imputado y, además, considerando la concurrencia de una agravante, la Sentencia determina una sanción de 3.200 UTA para nuestra representada.

Sin perjuicio de lo anterior, y transgrediendo el *principio de proporcionalidad*, la Sentencia agrega un “*segundo componente*”, el cual, alejándose de una sanción ajustada al injusto

¹²³ Véase Excma. Corte Suprema Rol 9361-209, C°48.

sancionado, impone **una sanción adicional de 1.200 UTA, es decir, más de 910 millones de pesos a la fecha de esta presentación.**

La causa de este monto, recalamos, no difiere de aquella que justificó la sanción por 3.200 UTA para nuestra representada, es decir, la supuesta verificación del acuerdo colusorio sancionado, factor que, en dicho monto base, ya había sido agravado para disuadir la conducta.

Así se reconoce en el considerando 421°:

“Cuadringentésimo vigésimo primero: Que, en consideración a los motivos vertidos, el importe de la multa que se impondrá a las empresas requeridas ha de considerar el **segundo componente que se asocia al hecho de haber celebrado un acuerdo colusorio,** con independencia de los efectos que hubiere generado en el mercado relevante de autos (considerando 396° supra); y que se traduce en un monto igual para ambas empresas. Así, en función de las licitaciones que se vieron afectadas por la infracción y a que la prueba allegada al proceso no permite establecer una mayor o menor culpabilidad de ninguna de las **empresas requeridas a lo largo de los cinco Episodios estudiados, se añadirá la cuantía de (a) 1.200 UTA a Faasa, y (b) 1.200 UTA a Inaer**”.

Visto el considerando transcrito ¿qué factor justifica la imposición de este segundo concepto sancionador sobre la Compañía? ¿acaso el *acuerdo colusorio* sancionado no había sido ya proporcionalmente reprimido con la imposición de una multa equivalente a los supuestos beneficios económicos derivados de la conducta, que luego fue incrementada en un **50%** en atención a la disuasión que busca la imposición de la multa?

En simple, la Sentencia incrementa nuevamente la multa en 1.200 UTA vulnerando la debida proporcionalidad entre la conducta imputada y el gravamen impuesto a Pegasus Chile, pues el reproche resultante de la participación en la conducta ilícita imputada, y sus efectos, ya se encontraba analizado, cuantificado, e, incluso, agravado con la multa de 3.200 UTA impuesta en el considerando 416° de la Sentencia.

Al respecto, como antecedente de contexto, no podemos omitir que la Sentencia pretende fundar este vicio en una incorrecta y parcial cita a lo resuelto recientemente por la Excma. Corte Suprema en los considerandos 18° y 19° de la Sentencia de 26 de julio 2023 dictada en autos Rol N°7.600-2022. Paradojalmente, según veremos, el pronunciamiento antedicho de la **Excma. Corte Suprema justamente se origina en la necesidad de corregir un vicio análogo** al que incurre la Sentencia bajo su pretexto. Veamos:

- Como se expone en el considerando 17° de la sentencia referida, la Excma. Corte Suprema cuestionó (y subsanó) la “*circunstancia de haberse impuesto* [por parte del H.

TDLC] la cantidad de 6.100 Unidades de Fomento como sanción pecuniaria a Martínez Rídao Chile, en tanto tal cantidad sobrepasa aquella solicitada por el órgano persecutor”.

- En el considerando 20°, la Excma. Corte Suprema indicó, además, que el reproche resultante de la “participación en el ilícito anticompetitivo no puede atribuirse únicamente a quien resulta el destinatario de los beneficios o efectos de la conducta, sino también a todos quienes que, aun sin favorecerse materialmente, contribuyen a su realización o a la producción de sus consecuencias”.
- Y que, como resultado de lo anterior, indican los considerandos 21° y 22°, “**es pertinente asignar la misma cantidad a cada una de las empresas, atendido que ambas colaboraron en la misma medida a la materialización de hechos**”, procediendo, “**por tanto, a la rebaja de la sanción pecuniaria impuesta [a Martínez Rídao], adoptando esta Corte, para ambas requeridas, el monto originalmente arribado por la sentencia impugnada**”.

Es decir, la Excma. Corte por un lado (i) enmendó el vicio en el cual había incurrido el H. TDLC al exceder la pretensión punitiva del ente persecutor; y por el otro (ii) igualó la multa que sería impuesta a las empresas sancionadas, al no atribuir más o menos culpa a una de ellas, todo lo anterior, resguardando el principio de proporcionalidad entre el ilícito, la culpabilidad de los agentes que incurrieron en aquel y el reproche impuesto.

Pues bien, nada de ello ocurre en la Sentencia. En efecto, alejándose de las consideraciones expuestas por la Excma. Corte en el fallo que cita, la Sentencia se abstiene de utilizar un criterio claro al momento de determinar la sanción aplicable, y, en un acto de ambivalencia injustificable, decide, en su lugar, recurrir a la suma de dos mecanismos contradictorios para determinar la multa aplicable a la especie (i) imponiendo, en base al beneficio económico calculado (considerando 413°), una multa 70% más alta a Pegasus Chile que a Inaer pese a reconocer que “la prueba allegada al proceso no permite establecer una mayor o menor culpabilidad de ninguna de las empresas requeridas” (considerando 421°); y, (ii) sancionando a la Compañía por el 150% de los supuestos beneficios económicos derivados del ilícito imputado, además de una segunda multa de 1200 UTA por “haber celebrado un acuerdo colusorio” (considerando 421°), tal como se evidencia a continuación:

Tabla N°3
Componentes fundantes de la multa impuesta en la Sentencia

Concepto	Primer concepto de multa	Segundo concepto de multa
Considerando de la Sentencia	414° a 416°	421°
Fundamento invocado en la Sentencia	“beneficio económico obtenido por las <u>empresas requeridas con ocasión de su conducta anticompetitiva</u> ”	“ <u>hecho de haber celebrado un acuerdo colusorio</u> ” e imposibilidad de “ <u>establecer una mayor o menor</u> ”

		<u>culpabilidad de ninguna de las empresas requeridas</u>
Monto	2139 UTA	1200 UTA adicionales
Agravantes o atenuantes	<u>“fin disuasorio”, reproche sancionatorio debe equivalente al 150% del beneficio económico</u>	No indica
Multa agravada	3200 UTA	1200 UTA adicionales
Multa impuesta a Pegasus	4400 UTA	

En este punto, recordemos que tanto la jurisprudencia como la doctrina han señalado que la *proporcionalidad* que debe existir entre la conducta imputada y el gravamen impuesto se enmarca en el cumplimiento de la garantía constitucional que resguarda la razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad, consagrada en el artículo 19 N°2 de la Constitución; y tiene una íntima vinculación con el estándar constitucional según el cual el procedimiento administrativo debe ser racional y justo¹²⁴, de conformidad con las exigencias del artículo 19 N°3 de la Constitución.

En efecto, la doctrina ha señalado que “[e]ste principio [de *proporcionalidad*] obliga, en primer lugar, al legislador a clasificar las infracciones y las sanciones en tres categorías: leves, graves y muy graves, lo que en virtud del principio de tipicidad debe establecer por ley. Y, en segundo lugar obliga a aplicar sanciones, que por lo general tienen, en especial en el caso de las multas, un recorrido cuantitativo determinado, en función de ciertos criterios que establece la ley [...]”¹²⁵.

Lo anterior resulta en que, respecto a la imposición concreta del castigo, la *proporcionalidad* se traduce en que el gravamen o sanción “[...] no debe ser excesiva, exagerada, desproporcional, debiendo tomarse en cuenta las particulares circunstancias del hecho para determinar la sanción a imponer”¹²⁶. Agregando que la garantía del *ne bis in idem* “procura impedir que un hecho que ha sido sancionado o que ha servido de base para la agravación de una pena, sea utilizado nuevamente, de este modo, si un hecho ya ha sido tomado en consideración para la aplicación de una pena o circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, no es lícito volver a tenerlo en cuenta por segunda o ulterior vez para los mismos efectos”¹²⁷.

Como se evidencia, la Sentencia vulnera una de las premisas básicas del debido proceso, la proscripción del *ne bis in idem*, pues consideró un hecho (la suscripción de un acuerdo colusorio) para atribuir a Pegasus Chile la comisión de un ilícito de colusión (en el considerando 416°) y, al mismo tiempo, ese mismo hecho configura una segunda variable

¹²⁴ STC, 17 de junio de 2010, Rol N°1.584-09-INA, considerando 19°.

¹²⁵ COSCULLUELA MONTANER, Luis (2016). *Manual de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters, 27ª edición, p. 625.

¹²⁶ CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro (2014). *La obligatoria observancia del Principio de Proporcionalidad de la sanción en el derecho administrativo sancionador: fundamentos, alcances y aplicaciones*, en: ARANCIBIA MATTAR, Jaime y ALARCÓN JAÑA, Pablo (coord). *Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo Asociación de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters, p.156.

¹²⁷ GÓMEZ, ROSA FERNANDA (2017). *El non bis in idem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°49. pp. 103-104.

sancionatoria que, finalmente, exacerba la cuantía de la multa correspondiente (en el considerando 421°).

Resulta paradójico que la propia Sentencia contenga un acápite (considerando 389°) en el que describe los presupuestos necesarios para que verifique una vulneración al principio de *ne bis in idem* y que luego, incurra en una infracción de este. Y es que, tal como señala la Sentencia, se incurrirá en una hipótesis de punición múltiple de una conducta cuando dos o más reproches de ésta se converjan en *identidad de persona, de hechos y de fundamento*. **Según hemos expuesto, aquel es justamente el vicio que se verifica en autos.**

En efecto, según expusimos, la Sentencia incurre en un cumulo entre un hecho típico que en sí mismo es considerado dos veces para justificar la cuantía de la sanción impuesta en la Sentencia, una vez en base a sus efectos y una segunda vez en base a su sola ocurrencia, cuestión que carece de justificación, y que, consecuentemente, deviene al reproche impuesto en desproporcionado, arbitrario y vulnerario del principio de *ne bis in idem*.

Como si lo expuesto no fuera suficiente, la sanción impuesta excede al límite vigente de multa contemplado en el artículo 26 DL 211, pues 4.400 UTA resulta ser más del doble del beneficio económico que se calcula con ocasión de la infracción.

Lo anterior justifica que la multa impuesta a la Compañía deba ser reducida **(i)** al valor de la multa base impuesta a Inaer en el considerando 416°, es decir, 1.400 UTA (o el monto inferior al impuesto que la Excma. Corte estime pertinente), al no poder atribuir más o menos culpa a ninguna de las empresas requeridas, siguiendo la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema; o, en subsidio, **(ii)** únicamente al valor del beneficio económico atribuido a la Compañía, o el monto que la Excma. Corte Suprema estime adecuado a las circunstancias expuestas. Todo lo anterior, sin perjuicio de lo que se expone en el siguiente acápite.

III.2. El monto de multa impuesta a Pegasus Chile debe rebajarse sustancialmente pues la Sentencia omite la total falta de evidencia económica en lo que se refiere al beneficio económico que la Compañía habría obtenido de los episodios imputados

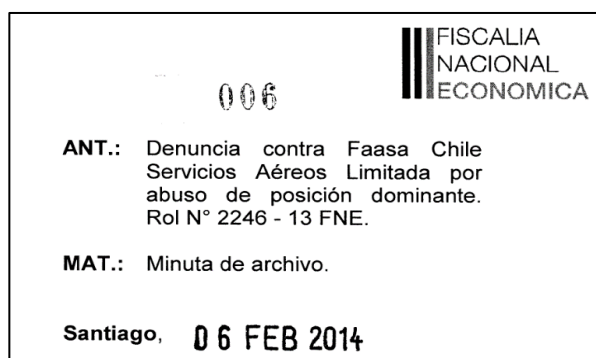
Un segundo vicio afecta únicamente al primer “*componente*” de la Sanción impuesta a la Compañía, relativo al **beneficio económico** que la conducta sancionada habría significado para Pegasus Chile.

Y es que, según señala el considerando 404° de la Sentencia, “*ninguna de las empresas requeridas desarrolló mayores argumentaciones para rebatir los montos expuestos por su contraparte [...], que contribuyera a precisar el beneficio económico reportado por la infracción*”, razón por la cual recurre estudios internacionales respecto de sobrepuestos promedios derivados del estudio de carteles, estimando un “*beneficio económico en torno al 15% de los ingresos percibidos por los integrantes del ilícito colusorios*” (considerandos 408° y 409°).

Esta afirmación omite los antecedentes allegados al proceso, por ejemplo, en relación con los años 2011, 2012 y 2013, es decir, aquellos que la Sentencia estima especialmente afectados por el Episodio 3.

En concreto, no puede pasarse por alto que se incorporaron antecedentes al proceso que ratifican que H. del Pacífico denunció a Pegasus Chile ante la FNE por eventuales conductas contrarias a la libre competencia en el mercado nacional de servicios aéreos de extinción de incendio mediante helicópteros, tal como se sostuvo en la Contestación y en el escrito de Observaciones a la Prueba de esta parte¹²⁸ (“Investigación por Prácticas Predatorias”).

Imagen N°10
Informe de Archivo de la Investigación por Prácticas Predatorias



Fuente: Expediente de Investigación¹²⁹

Producto de la denuncia, la FNE realizó un minucioso estudio de los antecedentes entregados, analizando la contabilidad de Pegasus Chile, recopilando información que abarcó desde el año 2006 al año 2013. Pues bien ¿qué concluyó la FNE en su investigación?

En breve, la Fiscalía comprobó que la Compañía operó estableciendo sus precios bajo el costo (Imagen N°11)¹³⁰. Así consta en el Informe de Archivo de la Investigación por Prácticas Predatorias de la FNE, de fecha 6 de febrero de 2014, que extractamos a continuación:

¹²⁸ Véase Contestación, p.52. y Observaciones a la Prueba, p.123.

¹²⁹ Documento denominado “33. Minuta de archivo 006.pdf”, acompañado al Soporte Digital del Expediente Administrativo. Ruta de acceso dentro del soporte: Documentos Digitales Públicos expediente Rol N° 2465-17 FNE\13. EDP\1.- TOMO I\38. CD Rol FNE 2246-13\Compulsa completa\Expediente Fisco\33. Minuta de archivo 006.pdf

¹³⁰ Teniendo presente estos datos, sorprende lo señalado por FNE en su escrito de observaciones a la prueba, donde afirma que la supuesta conducta imputada “*permitió que sus precios [los de la Compañía] fueran superiores al costo medio evitable o incremental que les significaba la operación en Chile*”, siendo que, reiteramos, los ingresos la compañía estuvieron en línea con los costos incrementales o incluso bajo ellos, según acreditó la misma Fiscalía en la investigación referida. Observaciones a la Prueba de la FNE, p.78.

Imagen N°11
Informe de Archivo de la Investigación FNE por Prácticas Predatorias¹³¹.

[16] Cuadro N° 3: Ingresos versus costos de Faasa, en miles de pesos

Años	2011	2012	2013
Ingresos	3.652.764	4.669.949	4.577.055
Mantenimiento	116.818	171.800	165.947
Combustible	360.180	403.908	357.733
Alquiler aeronaves	1.403.847	1.836.003	1.199.296
Tripulaciones	1.008.769	1.062.228	1.026.554
Seguros	424.989	355.019	286.054
Otros directos	905.612	1.076.235	1.144.924
Financieros	125.190	89.170	145.239
Amortización	341.051	340.909	335.329
Extraordinarios	0	342.852	0
Costo Total	4.686.456	5.678.124	4.661.076
Costo Variable	3.655.654	4.169.867	3.370.913

Fuente: Información proporcionada por Faasa en respuesta a Oficio Ord. N° 1263 FNE.

La FNE acreditó que los costos de la Compañía superaron a sus ingresos en 2011, 2012 y 2013

Reiteramos que los años comprendidos, al menos en parte, calzan con el período respecto del cual la Sentencia afirma que no aportaron antecedentes de la “*cuantía del eventual beneficio económico obtenido por las empresas requeridas con ocasión del acuerdo colusorio*” (considerando 405°).

Al respecto, resulta imposible comprender por qué la Sentencia presumió un beneficio económico del 15% cuando los antecedentes que obran en el proceso constatan algo radicalmente opuesto. **¿Qué beneficio económico podría haber obtenido la Compañía de los Episodios 3 y 4, si durante los años 2011, 2012 y 2013 –acreditó la FNE– sus ingresos estuvieron bajo su costo total de su operación?**

Lo expuesto queda ratificado **(i)** en el hecho de que los precios ofertados por Pegasus Chile para el Episodio N°3 fueron sustancialmente inferiores a los anteriores –según expusimos *supra*–; y **(ii)** al constatar que en el proceso constan múltiples antecedentes recopilados en el marco de la Investigación por Prácticas Predatorias de la Fiscalía en contra de Pegasus Chile, así como las conclusiones plasmadas en la Minuta de Archivo de la investigación referida. **Tales antecedentes, completamente omitidos en la Sentencia, constituyen prueba indiciaria contundente en favor de Pegasus Chile.**

En tal sentido, la evidencia acá mencionada, someramente referida en la Sentencia –y no valorada pese a no ser cuestionada por la Fiscalía o refutada en la Sentencia–, constituye evidencia dura respecto a la ausencia de beneficios económicos derivados del Episodio 3 y 4¹³².

Lo anterior es especialmente grave, considerando que elementos probatorios similares sí fueron utilizados para calcular el supuesto sobreprecio en el Episodio 1. En concreto,

¹³¹ Documento denominado “33. Minuta de archivo 006.pdf”, acompañado al Soporte Digital del Expediente Administrativo. Ruta de acceso dentro del soporte: Documentos Digitales Públicos expediente Rol N° 2465-17 FNE\13. EDP\1.- TOMO \138. CD Rol FNE 2246-13\Compulsa completa\Expediente Físico\33. Minuta de archivo 006.pdf

¹³² *Ibid.*, pp.27 y 30.

según se expone en el considerando 411º, para este episodio la Sentencia abandona el ejercicio teórico de cálculo de beneficios empleado para el resto del acuerdo imputado, para, en su lugar, efectuar una estimación de los mismos en base a ciertos antecedentes incorporados en el proceso. Como resultado de aquel ejercicio, la Sentencia incrementa los supuestos beneficios económicos derivados de la conducta en el Episodio 1 hasta las 934 UTA.

Esta alternación entre mecanismos de cálculo con la única finalidad de agravar la multa a imponer a una de las partes **no es compatible con el principio de proporcionalidad de la sanción, especialmente cuando tal ejercicio, según reconoce la Sentencia, únicamente se efectúa para subsanar el incumplimiento de la carga probatoria de la FNE, al no lograr acreditar los beneficios económicos que atribuyó como resultado de la conducta imputada.**

Contrario a lo efectuado en la Sentencia, al considerar únicamente antecedentes que acrecientan el monto de la sanción impuesta a nuestra representada, el *principio de proporcionalidad* requiere que el H. TDLC –y cualquier órgano adjudicador– efectúe un cálculo de multa bajo criterios objetivos e imparcialidades, que no den preeminencia arbitraria a antecedentes favorables u odiosos para una de las partes del proceso. De este modo, la Sentencia incurre en un grave vicio al acoger antecedentes que agravan la responsabilidad de Pegasus Chile y omitir o privar de todo valor injustificadamente a elementos probatorios análogos favorables para su defensa.

De este modo, para ajustarse a derecho, la Sentencia debió considerar, para todos los episodios, la totalidad de los antecedentes incorporados al proceso, sean estos favorables o no para la pretensión punitiva de la Fiscalía, sin alternar entre mecanismos que favorezcan únicamente a la pretensión sancionatoria de la FNE.

En consecuencia, en base a la metodología de cálculo expuesta en la Sentencia, una correcta ponderación de este elemento probatorio conllevaría a la reducción del beneficio económico calculado para Pegasus Chile al menos en un 27,5%. **Lo anterior justifica que la multa impuesta a la Compañía deba ser reducida en este concepto al menos en 1.320 UTA o el monto que la Excma. Corte determine ajustado a derecho.**

III.3. La Sentencia omite la colaboración que, excediendo sus obligaciones legales, prestó Pegasus Chile para la substanciación de la investigación ante la FNE y del proceso seguido ante el H. Tribunal.

Según se expuso, el artículo 26 del DL N°211 indicaba, en su texto vigente a la época de hechos imputados en autos, que “[p]ara la determinación de las multas se considerarán, **entre otras**, [...], para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

Al respecto, consta en autos que la Compañía colaboró, más allá de sus obligaciones legales, tanto en **(i)** investigación administrativa; como en **(ii)** el proceso seguido ante el H. Tribunal. Es decir, cumple con la atenuante establecida por la ley, y, en la respetuosa

opinión de esta parte, en cualquier caso, con una de las atenuantes que discrecionalmente la magistratura puede reconocer no estar ante una hipótesis de *numerus clausus*.

Respecto a la investigación administrativa, se acreditó a través de los documentos que forman parte del expediente de investigación¹³³: la Compañía asistió cada vez que fue citada a prestar declaración (incluso desde el extranjero); contestó íntegramente cada una de las solicitudes de información; y mantuvo una fluida y abierta comunicación con los funcionarios de la FNE que estaban a cargo de la realización de las distintas diligencias investigativas. Esta misma actitud había sido la adoptada a propósito de la Investigación por Practicas Predatorias, cuyo expediente también forma parte de estos autos¹³⁴.

Por su parte, la colaboración que prestó Pegasus Chile para el rápido esclarecimiento de los hechos, excediendo las cargas y obligaciones que impone la ley, resulta evidente en atención a las siguientes consideraciones:

Primero. Consta que, a lo largo del proceso, yendo más allá de las obligaciones establecidas por la ley, la Compañía se encargó de facilitar cada una de las diligencias probatorias, tales como la audiencia de don Héctor Tamarit Almagro, testigo citado por la FNE, cuyo contacto fue facilitado por esta parte mediante presentación de folio 524, y cuya realización se efectuó, sin dilación o trámite adicional alguno, a folio 539. Prueba de todo ello obra en este expediente.

Este ejercicio de colaboración conllevó un palmario ahorro de recursos, tanto económicos como personales, para el H. Tribunal y la FNE, al evitar dilaciones y costos propios de la tramitación y práctica de diligencias probatorias en el extranjero.

Segundo. Lo anterior se ve ratificado al comparar los tiempos de sustanciación del proceso con causas por infracciones análogas ante el H. Tribunal. A modo meramente referencial, la causa Rol C N°386-2019, caratulada “*Requerimiento FNE contra Biomar Chile S.A. y otras*” inició su tramitación aproximadamente tres meses antes que los autos que derivaron en la Sentencia. En tales autos inclusive durante el presente mes de agosto de 2023 se siguen desarrollando diligencias probatorias, muchas de las cuales fueron retrasadas producto de exhortos o notificaciones mal practicadas por parte del ente persecutor, todo lo cual fue evitado por la colaboración prestada por Pegasus Chile.

Tercero. La cooperación de nuestra representada a la rápida y correcta sustanciación de este proceso fue incluso reconocida por la Fiscalía en otra causa seguida ante el H. Tribunal, tal como consta en autos Rol C N°404-2020, caratulados “*Requerimiento de la FNE contra The Walt Disney Company y otra*” al señalar que:

¹³³ Véase expediente de Investigación Rol FNE 2465-17.

¹³⁴ Expediente acompañado dentro del Soporte Digital del Expediente Administrativo. Ruta de acceso dentro del soporte: Documentos_digitales_publicos_expediente_rol_N2465-17_FNE.rar\Documentos Digitales Públicos expediente Rol N° 2465-17 FNE\13. EDP\1.- TOMO I\38. CD Rol FNE 2246-13\Compulsa completa

“[c]abe precisar que **en procesos paralelos ante este H. Tribunal ha existido la máxima cooperación entre las partes** para rendir prueba a través de videoconferencia, como consta en:

[...]

(ii) **Lo dispuesto por este H. Tribunal a través de resolución de folio 516 en causa Rol C-393-20**, en que se “autoriza que las audiencias de los testigos indicados en la presentación se realicen por videoconferencia desde sus domicilios personales o laborales”.

(iv) **La realización de la audiencia testimonial del señor Héctor Tamarit Almagro, cuya declaración fue rendida por vía remota desde el domicilio laboral de la matriz de la empresa requerida, en Palma del Río, Córdoba, España, con fecha 23 de mayo de 2022, según consta en acta folio 539 en causa Rol C-393-20 ante este H. TDLC.**

[...]

De acuerdo al mencionado principio de cooperación en la utilización de medios electrónicos y de buena fe procesal, en diversos procesos seguidos ante este H. TDLC, los representantes de los empleadores de los testigos se han encargado de realizar las notificaciones o facilitar medios para el contacto, aún respecto de testigos que no les eran propios, lo que en ningún caso ha supuesto una renuncia de derechos o garantías procesales ante este H. Tribunal. **Lo anterior ha quedado demostrado, por ejemplo, en el otrosí de presentación a folio 524, en causa rol C-393-20, donde se hizo presente por el empleador haber contactado a sus dependientes, incluido un testigo que no le era propio (...)**¹³⁵

Desconocer la colaboración prestada sencillamente transformaría en inalcanzable—y, por tanto, en letra muerta— la atenuante contemplada en el artículo 26 del DL N°211 para todos los agentes que intervienen en calidad de *requeridos* o *demandados* ante el H. TDLC.

En la respetuosa opinión de esta parte, omitir en términos a absolutos la colaboración prestada por esta parte para la rápida substanciación del proceso, facilitando, por ejemplo, la comparecencia de un testigo que no le era propio —sino que, como señala la presentación citada, era de la FNE— podría permitir asentar un criterio jurisprudencial contrario al interés del legislador, desincentivando en términos absolutos la colaboración —más allá de los deberes legales— de los distintos actores con la institucionalidad de defensa de la libre competencia.

Por lo expuesto, resulta ajustado a derecho reconocer la amplia colaboración prestada por Pegasus Chile sea reconocida al momento de determinar la sanción a imponer.

¹³⁵ Presentación de la FNE a folio 162 en causa caratulada “*Requerimiento de la FNE contra The Walt Disney Company y otra*”, Rol C N°404-2020, p.8.

En resumen, la multa debe ser reducida pues colaborar “*más allá del deber legal que tiene cumplir un investigado con las cargas públicas que le impone la ley*” fue justamente lo que hizo Pegasus Chile en durante las distintas etapas de la investigación y del juicio.

III.4. En cualquier caso, la sanción debe considerar los beneficios económicos, técnicos y medioambientales derivados del ingreso de Pegasus Chile a la industria forestal nacional. Tanto es así que, según se acreditó en el proceso, la FNE la investigó en el pasado por precios predatorios en contra de sus competidores.

Los datos económicos expuestos en la Sentencia permiten constatar cómo la llegada de Pegasus Chile trajo consigo una oferta de combate de incendios forestales a bajos precios.

Así, por ejemplo, respecto al Episodio 1, la Tabla N°4 (considerando N°88) permite constatar los valores de las aeronaves Bell 212 del competidor Ecocopter S.A. (“Ecocopter”) –ajeno al acuerdo sancionado en la Sentencia– con las de Pegasus Chile.

Tabla N°4
Valores ofertados por Pegasus Chile c/ competidores locales

Proceso	Oferente	Modelo	Oferta	Resultado
Conaf 2006	Pegasus Chile	Bell 212	USD\$400.000	Oferta local es 207,68% más cara que la de Pegasus Chile
Conaf 2006	Ecocopter	Bell 212	USD\$830.700	

No es de extrañar que Ecocopter haya estado entre los competidores que recurrieron a la FNE producto de los bajos precios que cobró Pegasus Chile en el periodo atinente para la Sentencia, pues, según indicaba la FNE durante la Investigación por precios predatorios, la Compañía habría estado “*ofreciendo un precio inferior al que podrían cobrar las demás compañías del rubro, lo que tendría por objeto excluir a los demás competidores.*”¹³⁶. Lo mismo ocurre al comparar las ofertas de competidores como Helifire o inclusive respecto de Helicópteros del Pacífico o Helicopters en cada uno de los episodios requeridos.

Al respecto, reiteramos que la Fiscalía **comprobó que, durante los años 2011, 2012 y 2013, la Compañía operó obteniendo ingresos muy cercanos a sus costos o, inclusive, bajo estos, factor que fue absolutamente omitido en la Sentencia.**

Asimismo, ha quedado acreditada la alta calidad en la prestación de este servicio, pues así lo declararon clientes en estrados, quienes señalaron sistemáticamente cómo el ingreso de la Compañía al mercado nacional mejoró sustancialmente el estándar de la industria:

¹³⁶ Véase ¶ 2, página 1 de la Minuta de Archivo Denuncia contra Faasa Chile Servicios Aéreos Ltda., Rol FNE 2246-13 FNE de 6 de febrero de 2014. Documento denominado “33. Minuta de archivo 006.pdf”, acompañado al Soporte Digital del Expediente Administrativo. Ruta de acceso dentro del soporte: Documentos Digitales Públicos expediente Rol N° 2465-17 FNE13. EDP\1.- TOMO 1\38. CD Rol FNE 2246-13\Compulsa completa\Expediente Físico\33. Minuta de archivo 006.pdf.

- **Oswaldo Vera**, de Mininco, señaló que “[...] empezaron a llegar las empresas españolas a ofrecer sus servicios [...] los valores que traían eran bastante más bajos que lo que nosotros veníamos pagando y, básicamente, eso hacía que obviamente los costos de protección [...] se vieran disminuidos [...] atractivos para las empresas forestales, por lo tanto, comenzamos a trabajar con ellos [...]”¹³⁷. Precizando este punto a petición del H. Tribunal, el señor Vera indicó que el diferencial en los precios cobrados por nuestra representada respecto de los operadores que había en ese tiempo era de al menos un 30%¹³⁸.
- **Alfredo Mascareño**, de Conaf, llegó a conclusiones similares en lo que se refiere a la calidad del servicio, al comparar a los proveedores locales con nuestra representada, en los siguientes términos: “Lo otro tema tiene que ver con gestión de calidad [...] lo que tiene que ver con la seguridad operacional por el cual, digamos, se garantiza de alguna manera que haya un seguimiento de los errores que pueden haberse cometido o riesgos que se hayan, peligros que se hayan detectado, digamos, y que si han sido superados o no, bajo un sistema normado, digamos, de calidad [...] las empresas locales son más difíciles de incorporar en esa, en esa variable ¿ah? Normalmente la organización es un poquito más, más bruta, digamos, por decirlo de alguna manera”¹³⁹.
- **Patricio Santibáñez**, de Mininco, se refirió a este punto en los siguientes términos: “Básicamente, yo entendía que los operadores extranjeros y, y, y eso lo puedo constatar, eran más competitivos en precios y, básicamente, porque los equipos, entiendo, operaban casi el doble de horas por año”¹⁴⁰. “[Y]o creo que las empresas extranjeras que han operado en incendios lo han hecho bien, a costos razonables, han sido efectivas, sin distinciones. Han sido efectivas y, y, obviamente, que la situación de control de incendios sin estas empresas sería bastante más complicado [...]”¹⁴¹. A diferencia de lo que indica la Sentencia, según señalamos *supra*, el señor Santibáñez declaró en estrados tanto respecto de la contratación de helicópteros como aviones.

Lo anterior no fue confrontado por la FNE, pues los testigos que se pronunciaron sobre la materia, aun de la misma FNE, fueron contestes en que Pegasus Chile prestaba un servicio con altos estándares de calidad. Ello sin duda descarta una de las agravantes aducidas por la FNE y consideradas en la Sentencia, cual refería al supuesto riesgo que la conducta denunciada habría representado para “la vida de personas y para el cuidado medioambiental y la preservación del patrimonio forestal de nuestro país” (considerando 398°).

Por el contrario, tal como se expuso, el ingreso de Pegasus Chile tuvo efectos pro-competitivos **(i)** disminuyendo drásticamente los precios pagados por el fisco y las forestales privadas en labores de combate de incendios mediante helicópteros; y, **(ii)** profesionalizando los servicios, al mejorar los servicios entregados a la comunidad en favor del cuidado de la vida humana y del medio ambiente (el permitir el uso de más y

¹³⁷ Transcripción de la declaración testimonial de don Oswaldo Vera ante el H. Tribunal, acompañada a folio 448, p.16.

¹³⁸ *Ibid.*, p.18.

¹³⁹ Transcripción de la declaración de don Alfredo Mascareño ante el H. Tribunal, acompañada a folio 573, p.34.

¹⁴⁰ Transcripción de declaración testimonial de don Patricio Santibáñez, prestada en autos contenciosos Rol C-358-18 del H. Tribunal, acompañada a foja 2.493, p.16.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 27 y 28.

mejores helicópteros). Ninguno de estos factores fue debidamente ponderado al momento de determinar la sanción proporcional al injusto que se reprocha en la Sentencia.

POR TANTO,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
RESPETUOSAMENTE PEDIMOS: tener por deducido recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°185/2023, admitirlo a tramitación para que la Excm. Corte Suprema, conociendo de dicho recurso, lo acoja en todas sus partes, o en los términos que estime ajustados a derecho.