

Santiago, cinco de abril de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos no contenciosos rol N° 9843-2011, Lan Airlines S.A., en adelante LAN y Tam Linhas Aéreas S.A., Agencia en Chile, en adelante TAM, han interpuesto recursos de reclamación contra la resolución N° 37/2011 de 21 de septiembre de 2011 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que declaró que la consulta presentada por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, en adelante CONADECUS, relativa a la operación de concentración entre Lan Airlines S.A. y Tam Linhas Aéreas S.A., se ajusta a las normas del D.L. N° 211, siempre que cumpla con las catorce condiciones que se señalan. La resolución reclamada se emitió después de analizar los antecedentes y argumentos de los intervinientes y otros recabados por iniciativa del Tribunal, fallos anteriores, medidas de mitigación solicitadas por la Fiscalía Nacional Económica, audiencia pública, descripción y análisis de los riesgos que irrogarían la operación consultada y características de las medidas de mitigación necesarias, entre otras materias. Interesa transcribir las condiciones séptima, octava y décimo cuarta, que son aquellas que han sido objeto de impugnación:

"VII. Condición séptima:

VII.1. *LATAM, por sí o a través de sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas, no podrá*

celebrar ni mantener, sin autorización previa de este Tribunal acuerdos de código compartido con los miembros o asociados de una alianza distinta de aquella a la que pertenezca LATAM: i) en aquellas rutas que tengan origen o destino en Chile o que conecten Chile con aeropuertos de llegada o salida en Norteamérica o Europa, sea en vuelos directos o con una escala en Sudamérica; ii) en los tramos intermedios de las rutas indicadas, es decir, si por ejemplo la ruta a Europa es Santiago-São Paulo- Madrid, tampoco podrá celebrar este tipo de acuerdos en la ruta Santiago-São Paulo ni en la ruta São Paulo-Madrid. Respecto de Avianca/Taca o de Gol, no podrá celebrar ni mantener acuerdos de código compartido, además de los indicadas en i) y ii), en las restantes rutas internacionales dentro de Sudamérica en que se superpongan los servicios de transporte aéreo de alguna de ellas con los servicios de LATAM o de sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas.

VII. 2. En caso de tener acuerdos de los indicados en el numeral VII.1, anterior, LATAM y sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas deberán renunciar a ellos dentro del plazo máximo de 24 meses contados desde el perfeccionamiento de la operación, salvo que con anterioridad este Tribunal haya autorizado no renunciar a los mismos, en un procedimiento de consulta. Asimismo, si

LATAM desea pertenecer a más de una alianza, deberá consultar previamente dicha circunstancia a este Tribunal.

VII. 3. LATAM y sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas deberán someter a conocimiento de este Tribunal, en forma previa a su suscripción y por vía de consulta, en los términos del artículo 18 N° 2 del DL 211, los actos jurídicos a través de los cuales establezcan o modifiquen acuerdos de código compartido con una o más aerolíneas, cualquiera que sea la alianza a la que ésta(s) pertenezca(n), respecto de las rutas nacionales y de aquellas rutas referidas en el numeral VII.1 precedente. Se excluye de la presente obligación cualquier acto jurídico o acuerdo de código compartido que LATAM celebre con miembros de su propio grupo empresarial, en los términos contenidos en el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, y los acuerdos de código compartido con otros miembros de la alianza en la que en definitiva permanezca LATAM, los que en todo caso deberán ser comunicados a la Fiscalía Nacional Económica.

VII. 4. Los acuerdos de interlínea que celebre LATAM con aerolíneas que no pertenezcan a su grupo empresarial, en los términos contenidos en el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, deberán ser comunicados a la Fiscalía Nacional Económica para los efectos de lo dispuesto en el artículo 39, letra d), del Decreto Ley N° 211".

"VIII. Condición Octava:

VIII. 1. *Las compañías chilenas controladas por LATAM o relacionadas a esta última en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, (Compañías Chilenas LATAM) deberán renunciar, dentro de 12 meses contados desde el perfeccionamiento de la Operación, a cuatro frecuencias de 5ª libertad a Lima, para que sean adjudicadas a otra aerolínea chilena.*

VIII. 2. *Asimismo, las Compañías Chilenas LATAM deberán abstenerse de participar en las futuras licitaciones de derechos de tráfico entre Santiago y Lima, en la medida que existan otras aerolíneas chilenas interesadas en las frecuencias respectivas y que las Compañías Chilenas LATAM posean el 75% o más de tales frecuencias, sin escalas, asignadas y por asignar en Chile. Tal máximo regirá por separado, tanto respecto de derechos de tráfico de 3ª y 4ª libertad entre Santiago y Lima, sin escalas en el territorio nacional, como respecto de las de 5ª libertad.*

VIII. 3. *En caso de que no hubiesen otros interesados, las Compañías Chilenas LATAM podrán solicitarlas y, de adjudicarse frecuencias a Lima por sobre los máximos indicados, el uso de éstas se limitará a 5 años -que es el límite máximo que considera la norma en casos en los que hay concurso con más de un interesado- al cabo de los*

cuales LATAM deberá renunciar a ellos, los que serán asignados en un nuevo concurso.

VIII. 4. Las Compañías Chilenas LATAM podrán adjudicarse nuevas frecuencias aéreas restringidas a asignarse a compañías chilenas, pero en caso de no haber interesados el goce de éstas se limitará a 5 años -que es el tope que considera la norma en casos en que hay concurso con más de un interesado- al cabo de los cuales la o las Compañías Chilenas LATAM que corresponda(n) deberá(n) renunciar a ellas, las que serán asignadas en un nuevo concurso”.

“Condición Décimo Cuarta:

XIV. 1. LATAM deberá contratar a un tercero independiente, a fin de que dicho tercero asesore a la Fiscalía Nacional Económica en los términos que se indican en la presente Condición Décimo Quinta (sic).

XIV. 2. El tercero deberá ser una empresa de consultoría, de preferencia internacional, especializada en mercados aéreos o con experiencia en monitoreo de operaciones de concentración entre aerolíneas, y con capacidad suficiente para realizar los servicios de asesoría que más adelante se detallan (el “Consultor”).

XIV. 3. El Consultor deberá ser independiente de LATAM y/o de sus controladores directos o indirectos y de sus empresas matrices, filiales coligadas y/o relacionadas, y deberá mantener dicha condición durante todo el período

en el que preste sus servicios. En tal sentido, el Consultor:

i.- No deberá haber prestado servicio de ninguna especie a LAN, a TAM o a sus controladores directos o indirectos o a sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas, durante los dos años previos a la fecha de presentación de la consulta de autos.

ii.- No deberá prestar servicios de ninguna especie a dichas personas durante los tres años siguientes al término de los servicios que se le contraten con ocasión de la presente medida de mitigación; y,

iii.- Tampoco podrá aceptar de las referidas personas, mientras preste estos servicios, ningún otro encargo o contrato, ni directa ni indirectamente.

XIV.4. LATAM preseleccionará no menos de tres ni más de cinco empresas consultoras que cumplan con los requisitos mencionados precedentemente. De preferencia, a la fecha de perfeccionamiento de la Operación de concentración, y en ningún caso en un plazo superior a 60 días desde esa fecha, LATAM deberá presentar por escrito a la Fiscalía Nacional Económica una lista de las candidatas preseleccionadas, acompañada de una descripción exhaustiva de los antecedentes de cada una de ellas, a fin de que ese servicio elija -de entre la lista de preseleccionadas -al Consultor.

XIV.5. El Consultor desempeñará sus funciones por un periodo de 36 meses, contado desde la fecha de su designación por la Fiscalía Nacional Económica. En caso que la Fiscalía Nacional Económica no efectúe la designación dentro del plazo de 15 días corridos, contados desde la fecha de recepción de la lista antes mencionada en su oficina de partes, se entenderá designado el Consultor que LATAM hubiese indicado como primera preferencia en su lista de preseleccionadas.

XIV. 6. El costo del proceso de preselección, así como el de los servicios que preste el Consultor y sus gastos, serán íntegramente de cargo de LATAM".

XIV. 7. LATAM y/o sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas, deberán otorgar, tanto a la Fiscalía Nacional Económica como al Consultor, acceso irrestricto, total, permanente y continuo, tanto fuera como dentro de Chile, a sus bases de datos, sistemas, contabilidad y contratos; a su documentación corporativa, legal, operacional, financiera, contable y tributaria; y a sus instalaciones, oficinas, centros de procesamiento de datos o de llamadas, servidores e inmuebles. Para garantizar la confidencialidad de dichos antecedentes, respecto de la FNE tendrá plena aplicación lo dispuesto en los incisos 3° y 4° del artículo 42 del Decreto Ley 211 y, respecto del Consultor, los deberes razonables de confidencialidad y cuidado que pacte con LATAM en el

correspondiente contrato de servicios. Todas las comunicaciones escritas intercambiadas recíprocamente entre el Consultor, LATAM y/o la FNE, deberán ser remitidas con copia a cualquiera de ellos que no sea su destinatario directo.

XIV.8. El Consultor, en el ejercicio de sus funciones, deberá, en general:

i.- Asesorar a la Fiscalía Nacional Económica a fin de que ésta, en el ejercicio de sus funciones, fiscalice informadamente en el cumplimiento de las medidas y condiciones de mitigación establecidas en la presente Resolución ("Medidas Específicas" y, en singular, "Medida Específica") con excepción de las medidas establecidas en los numerales VIII.2, VIII.3, VIII.4 y XI; y,

ii.- Recopilar, verificar, procesar y/o validar, según lo solicite la FNE, la información y datos relevantes - tanto de mercado como de LATAM- necesarios para establecer el nivel y calidad del cumplimiento, por parte de LATAM, de las Medidas Específicas.

XIV. 9. En particular, y sin que la enumeración que sigue tenga el carácter de taxativa, el Consultor deberá además:

i.- Sugerir a la FNE y a la LATAM aquellas medidas o procedimientos de implementación que, en su opinión, faciliten y hagan más expedito el cumplimiento y fiscalización de las Medidas Específicas.

ii.- Asesorar a la FNE y a la LATAM acerca del diseño, puesta en marcha y aplicación material del procedimiento de asignación de slots a que se refiere la Medida Específica contenida en la CONDICION PRIMERA de la presente Resolución.

iii.- Elaborar un informe trimestral acerca del grado y calidad de cumplimiento, por parte de LATAM, de las Medidas Específicas. A petición de la FNE, deberá elaborar además aquellos informes extraordinarios que, sobre un determinado punto o materia respecto a tales Medidas Específicas, le indique la FNE o, en su caso, este Tribunal. Todos los informes escritos que prepare el Consultor deberán entregarse a la FNE y a LATAM simultáneamente. Además, los informes trimestrales del Consultor deberán ser remitidos por la FNE a este Tribunal a título meramente informativo.

iv.- Informar de inmediato a la FNE y a LATAM, conjuntamente acerca de las dificultades u obstáculos que restrinjan o impidan el cumplimiento de sus deberes como Consultor.

v.- Informar, según se lo requiera a la FNE, acerca de los acuerdos interlinea que celebre LATAM y su relación con el grado de cumplimiento, por parte de LATAM, de las Medidas Específicas.

XIV. 10. Si el Consultor, durante la vigencia de su contrato, cesare por cualquier causa en el ejercicio de sus

deberes o incumpliere gravemente con los mismos, LATAM, previa indicación en tal sentido por parte de la FNE, deberá terminar anticipadamente el contrato con el Consultor y efectuar una nueva preselección de candidatos, en los términos, plazos y condiciones establecidos en el numeral XV.4 (sic) precedente. El Consultor así designado prestará sus servicios por el tiempo que reste hasta cumplirse los 36 meses que debía cumplir el consultor anterior".

El recurso de reclamación de LAN solicita que se modifique la resolución del TDLC sólo en cuanto a corregir las condiciones antes referidas en la forma que a continuación se indica:

1° Solicita que los numerales VII.1, VII.2 y VII.3 de la condición séptima sean reemplazados por el siguiente: "VII.1.-Los acuerdos de código compartido que celebre o que tenga vigente LATAM con aerolíneas que no pertenezcan a su grupo empresarial, en los términos contenidos en el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, y sus modificaciones, deberán ser comunicados a la Fiscalía Nacional Económica para los efectos de lo dispuesto en el artículo 39 letra d), del Decreto Ley N° 211", quedando la actual condición VII.4 como condición VII.2.

2° Pide la eliminación de la condición octava.

3° Solicita que el numeral XIV.7 de la condición décimo cuarta sea modificado reemplazando la parte que

señala: "otorgar, tanto a la Fiscalía Nacional Económica como al Consultor, acceso irrestricto, total, permanente y continuo, tanto fuera como dentro de Chile, a sus bases de datos, sistemas, contabilidad y contratos; a su documentación corporativa, legal, operacional, financiera, contable y tributaria; y a sus instalaciones, oficinas, centros de procesamiento de datos o de llamadas, servidores e inmuebles", por "cooperar con la Fiscalía Nacional Económica y el Consultor con las labores que describe la presente Condición Décimo Cuarta y proporcionar oportunamente a la Fiscalía Nacional Económica y Consultor la información que la Fiscalía Nacional Económica requiera de conformidad a la ley".

4° Finalmente pide concordar la condición décimo segunda con las modificaciones solicitadas, eliminando las referencias de los puntos iii) y iv) de dicha condición.

El recurso de reclamación de LAN se apoya en los siguientes fundamentos:

I.- En cuanto a la modificación de la condición séptima.

1.- Indica que la medida contraviene lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211, toda vez que el procedimiento de consulta sólo puede ser promovido por legítimo interesado o por la Fiscalía Nacional Económica, pero no a instancia del tribunal. Manifiesta que ratifica lo señalado el artículo 39 inciso 2° letra b) del mismo

cuerpo legal que entregó a la Fiscalía Nacional Económica la exclusividad de la acción del Estado en representación del interés general en el orden económico ante el TDLC, además de entregársele amplias facultades investigativas; incluso a través de la Ley N° 20.361 de 2009 que le dotó de facultades que le permiten afectar garantías constitucionales previa autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones respectiva.

2.- Expresa que el TDLC carece de competencia para imponer la condición referida, pues contraviene el límite intrínseco que la legislación le impone para fijar condiciones a las operaciones de concentración; y por ser inconexa a los mercados relevantes involucrados. Además asevera que constituye una intervención regulatoria vedada, pues es de carácter permanente.

3.- Asegura que el tribunal se aparta de la finalidad prevista por el legislador para las resoluciones que imponen medidas o condiciones en un procedimiento de consulta, aserto que se confirma cuando los magistrados establecen que se desconoce si los acuerdos que ordena renunciar y consultar tienen o no efectos anticompetitivos y que no cuenta con antecedentes para saber si alguno de los acuerdos de código compartido será o no necesario para el desenvolvimiento competitivo de LATAM. Asevera que la única justificación lógica de las medidas impuestas por el TDLC a un hecho, acto o convención consultado es la

remoción de la tipicidad y de la antijuridicidad que los afecte, esto es se requería que se hubiere concluido que de llevarse a cabo la operación consultada sería típica y contraria a las normas de libre competencia. Expresa que en el fondo la motivación radica en la desconfianza del tribunal respecto a la diligencia de la FNE para investigar y consultar o requerir el hecho, acto o convención.

4.- Enfatiza que la medida comprende actos que pueden resultar inofensivos a la libre competencia y que a pesar de ello no podrán celebrarse sin pasar por el procedimiento de consulta, además de que podría tratarse de modificaciones inocuas.

5.- Destaca que la medida de renuncia a los acuerdos de código compartido vigentes es propia de un procedimiento contencioso, al ser precisamente la sanción prevista en el artículo 26 letra a) del D.L. N° 211. A este respecto, señala que existe consenso en que la naturaleza de la facultad del artículo 18 N° 2 del mencionado cuerpo legal es administrativa y que concluye en la emisión de un acto administrativo, por lo que no es posible que el tribunal imponga por la vía del procedimiento no contencioso alguna de las penas señaladas en el citado artículo 26.

6.- Reclama que incurre en exceso de poder al exigir la renuncia de contratos que afectan a terceros no emplazados y que no actuaron como partes intervinientes en el procedimiento.

7.- Alega que la condición es ilegal por falta de proporcionalidad ya que existe una medida alternativa, cual es la de informar los acuerdos y sus modificaciones a la FNE a fin de que ésta decida si constituyen o no una infracción a la normativa de la libre competencia.

8.- Hace presente que se trata de una medida inviable, pues dispone una consulta obligatoria previa para actos propios del giro ordinario de la reclamante, como son los acuerdos de código compartido, en circunstancias que el procedimiento de consulta puede prolongarse por más de un año.

9.- Expresa que la imposición de la medida contraviene diversas garantías constitucionales, tales como, la igualdad ante la ley; prohibición de discriminación arbitraria en materia económica; debido proceso; derecho a desarrollar la actividad económica de LATAM respetando normas legales y no regulaciones impuestas en un acto administrativo del TDLC; y la propiedad de LAN y de terceros no emplazados en el procedimiento sobre los derechos que emanan de los contratos de código compartido comprendidos en la medida de renuncia.

10.- Asevera que la medida de renuncia de acuerdos de código compartido es ilegal porque incurre en duplicidad de funciones, pues ya había finalizado una investigación de la FNE sobre los contratos comprendidos en la medida sin cargo alguno al ordenar su archivo el día 31 de marzo de 2010.

II.- En cuanto a la eliminación de la condición octava.

1.- Señala que la distribución de frecuencias aéreas internacionales es una materia cuya regulación compete al legislador, específicamente a la Ley de Aviación Civil, por lo que al pretender el TDLC la modificación de tal materia se atribuye potestades correspondientes a otros órganos del Estado.

2.- Expone que la mera existencia de normas de jerarquía superior que ordenan el procedimiento de licitación de los derechos de tráfico aéreo restringe la competencia del TDLC para imponer tal condición.

3.- Alega que la medida revive procesos fenecidos, pues se pretende restaurar aquellas medidas dejadas anteriormente sin efecto por la Corte Suprema.

4.- Asegura que la condición es ilegal por ausencia de motivos legales, toda vez que la ruta aérea Santiago-Lima no será afectada por la operación de concentración, pese a lo cual el TDLC aprovechó el procedimiento para imponer sus concepciones acerca de la estructura óptima de las titularidades sobre los derechos de tráfico aéreo en dicha ruta.

5.- Esgrime que la condición es ilegal por defectos en la motivación del acto administrativo, pues es la misma resolución la que deja constancia acerca de la progresiva mejora de la competencia del mercado de la ruta Santiago-

Lima. Destaca en lo concerniente a las limitaciones temporales a los derechos de tráfico aéreo que LATAM adquiriera en el futuro, que una medida tan restrictiva sea antecedida de escasa fundamentación.

6.- Arguye que la condición es ilegal por infracción a normas de carácter procedimental, puesto que el TDLC con ocasión de un procedimiento administrativo iniciado y tramitado para la absolución de una consulta, pronuncia un acto administrativo terminal que reviste las características de una regulación aplicable únicamente a una empresa.

7.- Manifiesta que LAN a fin de facilitar la aprobación del acuerdo extrajudicial que suscribió con la FNE y con el propósito de agilizar el procedimiento de consulta objeto del recurso, consintió en abstenerse de participar en determinadas licitaciones de frecuencias de tercera y cuarta libertades en la ruta Santiago-Lima, así como a renunciar a determinadas frecuencias para tales libertades en la misma ruta, en caso de verificarse las condiciones allí establecidas. Expresa que no puede sostenerse por ello que el TDLC pueda imponer como condición una medida de abstención de participación en licitaciones y renuncia de frecuencias aéreas distinta y más gravosa que la suscrita por su parte. Enfatiza que sólo con el consentimiento de LAN y TAM el TDLC podría haber impuesto una medida como la impugnada.

8.- Argumenta que la medida vulnera las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y de igual repartición de las cargas públicas, al fijar un estatuto y regulación para el procedimiento de asignación de frecuencias particular y gravoso para LATAM. Además, expone que se le impide desarrollar su actividad económica sin otras limitaciones que las autorizadas por la Constitución o una ley; el derecho a adquirir toda clase bienes sin más limitaciones que las dispuestas por la Carta Fundamental y que sólo una ley puede precisar por razones de interés nacional; y el derecho de propiedad de LAN sobre los derechos incorporales que emanan de aquellas frecuencias que se le exige renunciar.

III.- En cuanto a la modificación de la condición 14.

1.- Explica que el TDLC carece de competencia para ampliar las facultades que la ley le ha otorgado a la FNE y para crear y dotar de facultades a un nuevo ente fiscalizador, como es el consultor, o para regular la forma como debe investigarse o fiscalizarse el cumplimiento de una resolución. Indica que dichas facultades conforme con el artículo 19 N° 3 y 5 de la Constitución Política pertenecen al legislador, quien en el particular las ha ejercido al dictar el D.L. N° 211. Destaca que la esfera de atribuciones dentro de la cual debe obrar el TDLC se encuentra reglada en el artículo 18 del D.L. N° 211 y que el artículo 39 letra d) del mismo cuerpo legal establece

que la FNE podrá "Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley". De esta manera, señala que la función de controlar una resolución como la recurrida se encuentra radicada en la propia FNE y no en un ente consultor externo.

Argumenta que otra atribución otorgada por la ley a la FNE es la consagrada en el artículo 39 letra n) del D.L. N° 211, fruto de una reforma legal y establecida exclusivamente para las investigaciones de colusión. Indica que esta atribución fue incorporada por la Ley N° 20.361, norma que aumentó las facultades de la FNE ante el impacto que causaron en la opinión pública conocidos casos de conductas colusivas. Añade que las facultades intrusivas de mayor intensidad contempladas en la letra n) del mismo artículo están sujetas además al control de un Ministro de Corte de Apelaciones, quien sólo puede concederlas en casos graves y calificados, en que existan antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de una colusión. Expone que dicha autorización debe contemplar medidas precisas y por un tiempo limitado, las que deben ejercerse sujetas a los requisitos y formalidades que establece el Código Procesal Penal.

Expresa además que conforme a la letra h) del artículo 39 del D.L. N° 211 los requerimientos de información que realiza la FNE a los particulares pueden ser revisados por el TDLC en un procedimiento especial.

2.- Enseguida señala que la medida violenta la garantía constitucional de igualdad ante la ley, toda vez que la resolución establece un mecanismo ad-hoc y sustancialmente más intenso y extenso respecto de LATAM. Asimismo alega que la medida constituye un atropello a la garantía del debido proceso, ya que las facultades investigativas que la resolución otorga a la FNE y al Consultor se distancian en términos radicales de los parámetros de racionalidad y justicia mínimos fijados por el legislador respecto de medidas intrusivas. Añade que al pretender regular un procedimiento ad hoc de investigación mediante una resolución de naturaleza administrativa se vulnera el principio de reserva legal que en esta materia ha consagrado el constituyente. Sostiene además que la medida no sólo implica un acceso ilimitado a los documentos e información de LATAM sino que incluso a las oficinas donde ella opera, tanto en Chile como en el extranjero y sin control jurisdiccional alguno. A este respecto, enfatiza que se vulnera la competencia territorial del TDLC. Afirma también que la medida quebranta nuevamente el principio de reserva legal en cuanto conforme con esta garantía las comunicaciones y documentos privados sólo

pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. Finalmente, esgrime que la medida no satisface el principio de proporcionalidad, en cuanto a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El recurso de reclamación de Tam Linhas Aéreas S.A. Agencia en Chile solicita que se modifique la condición séptima en sus numerales VII.1, VII.2 y VII.3 disponiendo en su reemplazo que LATAM, por sí o a través de sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas, deberá informar a la Fiscalía Nacional Económica los acuerdos de código compartido que celebre con aerolíneas diversas a su grupo empresarial, en los términos contenidos en el artículo 100 de la Ley N° 18.045 y modificar la condición décimo segunda, en lo que fuere pertinente, atendido lo solicitado en relación a la condición séptima.

El recurso de reclamación de TAM se basa en los siguientes fundamentos:

1.- Expresa que artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 autoriza a imponer condiciones a los hechos, actos o contratos que "puedan infringir las disposiciones de la presente ley", pero la resolución recurrida no establece de modo alguno que los acuerdos de código compartido que restringe sean contrarios a las normas de libre competencia.

2.- Señala que las restricciones que el D.L. N° 211 autoriza imponer no pueden interpretarse en un sentido que impidan el ejercicio los derechos a desarrollar cualquier actividad económica lícita que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución y el derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, o que establezcan tal nivel de regulaciones que lo vuelvan impracticable. Indica que las medidas reclamadas le imponen la obligación de renunciar a sus derechos válida y legítimamente constituidos como condición para la realización de una determinada actuación también legítima, y así se limita por un mismo acto el derecho de propiedad que su parte tiene sobre los acuerdos de código compartido e impone una seria restricción para el ejercicio de su derecho a desarrollar una actividad económica lícita al imponer la obligación de consultar tanto los actuales acuerdos como los futuros, sin que exista fundamento legal para imponer tal limitación.

3.- Alega además que sin perjuicio de que el tribunal tuvo en su poder los acuerdos de código compartido respecto de las rutas que dichos acuerdos involucran y de que pudo analizarlos comparativamente, sostuvo que no contaba con los antecedentes "sobre los riesgos y beneficios de cada uno de esos acuerdos en particular". Reitera que el

tribunal no realiza un análisis de libre competencia sobre los acuerdos de código compartido y mucho menos identifica una infracción o potencial infracción al D.L. N° 211 que amerite la imposición de la condición. Destaca que tratándose de los acuerdos de código compartido de rutas complementarias sólo se identifican beneficios para la competencia y el consumidor en los considerandos 70 y 71.

4.- Señala que en cuanto a los riesgos de los acuerdos de código compartido de rutas superpuestas, no se concluye ni aun de modo abstracto que ellos puedan ser contrarios a la libre competencia, identificándose de modo teórico riesgos y beneficios. Destaca que el tribunal en diversas oportunidades se refiere desde un punto de vista abstracto a las ventajas y desventajas de los acuerdos de código compartido, sin establecer si ellos son o no perjudiciales para la libre competencia, refiriendo finalmente que no sabe los efectos que ellos puedan causar en el mercado, analizándolos de un modo teórico, hipotético y poco certero.

5.- Por otra parte, afirma que a partir del artículo 39 del D.L. N° 211 es claro que si se estima que uno o más acuerdos de código compartido actualmente suscritos o incluso futuros pueden afectar la libre competencia, es en la FNE en quien radica la potestad de investigación, la que determinará si tales acuerdos pueden o no ser lesivos para la libre competencia y quien podrá consultar o requerir al

tribunal para que éste analice las conclusiones de la FNE. Indica que la FNE realizó una investigación sobre los acuerdos de código compartido respecto de la cual se dictó resolución de archivo en marzo de 2010.

6.- Expone que la consulta presentada por CONADECUS se extendía a un acto identificado por dicha parte y establecido por el propio tribunal, esto es, la operación de fusión.

7.- A continuación, señala que la condición reclamada al imponer la obligación de renunciar a acuerdos de código compartido establece en los hechos una medida idéntica a una sanción por un atentado a la libre competencia, equivalente a aquella contenida en la letra a) del artículo 26 del D.L. N° 211. Hace presente que las sanciones que dicho cuerpo normativo autoriza a imponer están precedidas de un procedimiento revestido de las garantías del debido proceso, de tipo acusatorio, caracterizado por la bilateralidad de la audiencia y etapas definidas en la discusión y prueba.

8.- Aduce que la medida impugnada al imponer la obligación de consultar diversos acuerdos de código compartido suscritos por su parte altera el diseño institucional del sistema de consulta voluntaria dispuesto por el D.L. N° 211 sobrepasando el TDLC la previsión normativa efectuada por el legislador al establecer un sistema voluntario a iniciativa de parte.

9.- Indica que la Corte Suprema ha señalado que las medidas de mitigación o condiciones que imponga el tribunal deben ser adecuadas, prudenciales y lógicas, estableciendo que no cumplen tales presupuestos aquellas medidas que afectan la certeza jurídica y derechos de los futuros operadores del servicio o que corresponden a medidas propias de políticas públicas sectoriales. Alega que considerando lo señalado por la jurisprudencia y teniendo presente los requisitos que se imponen al juzgador para la afectación de derechos constitucionales no puede desconocerse que las restricciones a los derechos de su parte no se encuentran suficientemente fundadas, no aparecen como adecuadas, prudenciales y lógicas, no dicen relación con riesgos específicos para la libre competencia y no responden a la naturaleza de última ratio que deben tener la limitación o regulación de derechos y afectan gravemente la certeza jurídica. Señala que el tribunal impone a priori medidas limitativas de derechos constitucionales sin siquiera analizar otras medidas acordes con el fin propuesto y con el diseño institucional de protección de la libre competencia. Hace presente que la falta de racionalidad y prudencia de la medida impuesta se manifiesta en que ella, en el sentido dispuesto, impone la obligación de consultar incluso las modificaciones a los acuerdos de código compartido actuales y futuros, lo que lleva al absurdo de someter a conocimiento modificaciones

inocuas u otros asuntos que nada tienen que ver con la afectación o promoción de la libre competencia. Indica que en caso que la reclamante no cumpliera con la condición, podría enfrentar un requerimiento de la FNE por incumplimiento de ella y por consiguiente la aplicación de una sanción, pero atendido que la infracción de no consultar no implica una infracción a la libre competencia, si se sancionara, en los hechos el tribunal estaría tipificando un nuevo ilícito en contravención al principio de tipicidad dispuesto por el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución.

10.- Agrega que teniendo presente las propias definiciones realizadas por el Tribunal las medidas de mitigación reclamadas no son proporcionales, toda vez que la resolución no identifica de forma clara cuáles son los riesgos de los acuerdos de código compartido que deban ser enervados; por el contrario, señala que no tiene información para identificar si los acuerdos de códigos compartido son o no necesarios para el desenvolvimiento competitivo. Expresa que el propio tribunal reconoce que las medidas de mitigación impuestas no tienen una relación causal con los riesgos detectados, sino que son aplicadas de manera genérica, lo que no permite determinar la racionalidad y proporcionalidad de la medida.

11.- Reclama además que acudir al procedimiento de consulta por cada acuerdo de código compartido, celebrado y

por celebrarse, significa someterse a un procedimiento que toma aproximadamente un año entre la tramitación ante el TDLC y la tramitación ante la Corte Suprema, teniendo en cuenta el costo económico para las partes y el costo procesal de dispersar el conocimiento de materias que podrían encontrarse concentradas en el órgano competente como la FNE.

12.- Señala que la medida reclamada afecta gravemente los derechos de TAM toda vez que le impone renunciar a acuerdos de código compartido que en forma independiente suscribió con distintas compañías aéreas, con lo cual afecta los derechos adquiridos por su parte sobre tales contratos, sin perjuicio de afectar también los derechos que tales terceros tienen sobre los mismos y que no fueron emplazados. Hace presente que dichos terceros son compañías internacionales sin domicilio ni residencia en Chile, los cuales no formaron parte del procedimiento, lo que es una vulneración al principio del debido proceso. Añade que de mantenerse la condición en los términos formulados, implicará que pueda modificarse un contrato válidamente suscrito bajo una jurisdicción y legislación extranjera, el que sin embargo puede ser inoponible bajo dichas jurisdicciones y para las restantes partes de tales acuerdos.

13.- Indica que la medida reclamada afectará a los consumidores chilenos y extranjeros. En efecto, asevera que

el tribunal ha señalado que los acuerdos de código compartido tienen grandes ventajas para la conectividad de los pasajeros tanto en mayor cantidad de destinos como alternativas de horarios, con mayor comodidad para los pasajeros y a menores precios que si se comparan dos tramos por separado a distintas líneas aéreas.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que estos autos se iniciaron el día 27 de enero del año 2011 por la solicitud formulada por la Corporación Nacional de Consumidores de Chile, la cual dio origen al procedimiento no contencioso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del D.L. N° 211 en relación con el artículo 18 numeral 2) del mismo cuerpo legal. En la mencionada presentación, CONADECUS solicitó a dicho tribunal que se pronunciara acerca de si considera ajustada a la libre competencia la operación de fusión anunciada entre Lan Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas SA. luego que estos agentes económicos comunicaran su intención de combinar sus operaciones y fusionarse en una sola entidad denominada LATAM.

SEGUNDO: Que según se anticipó, el procedimiento de consulta concluyó con la Resolución N° 37 en la cual el TDLC resolvió aprobar la mencionada operación de concentración condicionándola al cumplimiento de catorce

medidas de mitigación conjuntas y de efectos combinados, tres de las cuales han sido objeto de reclamación por parte de LAN y TAM. La aprobación referida lo fue con una prevención del Ministro señor Menchaca y un voto en contra del Ministro señor Veloso quien estuvo por rechazar la operación consultada por considerarla contraria a las disposiciones del Decreto-Ley N° 211.

TERCERO: Que el contenido de las alegaciones vertidas en los recursos de reclamación exige establecer el marco jurídico en que se ha desarrollado el presente procedimiento, como también el concerniente al ejercicio de las atribuciones o potestades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

A este respecto menester es reproducir algunas disposiciones del D.L. N° 211:

El artículo 5° señala: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia"*.

A su turno, el artículo 18 numeral 2) indica: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que*

puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos".

Finalmente el artículo 31 previene: "El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento:

1) El decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia, para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes.

Tratándose de materias que se relacionen especialmente con zonas determinadas, podrá ordenar que la notificación también se practique mediante la publicación de un aviso en los periódicos locales respectivos.

El Tribunal arbitrará siempre las condiciones necesarias para que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente.

2) Vencido el plazo anterior, quienes hayan ejecutado o celebrado, o se propongan ejecutar o celebrar los hechos, actos o contratos consultados, podrán evaluar las recomendaciones que hubiere efectuado la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de aporte de antecedentes y comunicar por escrito al Tribunal su concordancia con las mismas.

3) Vencido el plazo señalado en el número 1, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública, la cual se llevará a efecto dentro de un plazo no inferior a quince días ni superior a treinta días contado desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal, para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión.

En caso de efectuarse la comunicación a que se refiere el número 2, el Tribunal tendrá un plazo de quince días para citar a la audiencia pública, contados desde que haya sido recibida dicha comunicación, la que deberá llevarse a efecto de conformidad con lo señalado en el párrafo precedente.

4) Si las autoridades, organismos o personas referidos en los números anteriores no informaren en los plazos que el Tribunal les fijare al efecto, éste podrá prescindir del informe.

5) *De oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes.*

Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1".

CUARTO: Que es claro que la naturaleza del procedimiento involucrado es no contencioso principalmente porque no cuenta con las características y principios que informan el previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del D.L. N° 211.

La doctrina es pacífica en señalar que en un procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes -e incluso cosa juzgada-, sino que un requirente o interesado y órgano requerido; y que tampoco haya pronunciamiento de una sentencia, sino un dictamen, declaración o resolución. La jurisdicción no

contenciosa definida en el artículo 817 del Código de Procedimiento Civil es la que habilita a un tribunal para conocer de determinados asuntos que no son pleitos y que la ley entrega expresamente a su conocimiento. Es decir, existe cuando la ley llama a un tribunal a intervenir en un asunto determinado en el cual no hay controversia jurídica. (Juan Colombo, "La Competencia" página 126 y siguientes).

QUINTO: Que las circunstancias precitadas conducen a esta Corte a desestimar la alegación de las reclamantes referida a la falta de emplazamiento de los agentes económicos que podrían ser afectados por la medida de mitigación séptima impuesta por el TDLC, esto es aquellos contratantes que han celebrado acuerdos de código compartido con LAN y TAM. En cualquier caso, lo resuelto en estos autos no se opone para que alguno de dichos terceros inicie un procedimiento conforme a las reglas establecidas en el D.L. N° 211 si consideran que las condiciones o prohibiciones se han tornado innecesarias o imposibles de cumplir o bien interpongan las acciones que estimen corresponderles conforme a derecho.

SEXTO: Que en este contexto, cabe precisar cuáles son las facultades que ha ejercido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el presente caso.

Desde luego no hay duda de que el Tribunal referido a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, se encuentra facultado para fijar las condiciones o

medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de una operación de concentración o fusión. Ello ocurre entonces en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopólico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, por lo que si éstas cambian pueden también modificarse las resoluciones adoptadas. La potestad consultiva busca *"prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico"* (Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio", página 612) o subsanar el daño que pueda causar la operación sujeta a

aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, "Libre Competencia y retail un análisis crítico" página 315).

SEPTIMO: Que por otra parte, en virtud de la regla exegética de interpretación, es nítido que el legislador en materia de libre competencia otorgó al TDLC las facultades de fijar condiciones en el ejercicio de la mencionada función consultiva sin establecer una enumeración o catálogo taxativo de medidas de mitigación que pudieran imponerse.

OCTAVO: Que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5° del D.L. N° 211 puede concluirse que el tribunal posee una competencia amplia que le faculta para conocer y evaluar todos los aspectos de la actividad económica sometida a su conocimiento, puesto que es objetivo de su actuación el deber de cautelar el bien esencialmente institucional de la libre competencia.

NOVENO: Que en este sentido, respecto de la medida de mitigación octava no existe la ilegalidad reclamada, puesto que no se cambia el régimen legal en la asignación de frecuencias aéreas, sino que con arreglo a orientaciones de interés público, vinculadas a la mantención de la intensidad competitiva, se dispone una condición flexible que precave la utilización de tales frecuencias con fines anticompetitivos. Se trata de remedios de comportamientos orientados a que la nueva empresa que se fusiona permita la presencia continuada de otros actores en el mercado.

DECIMO: Que, además, en virtud de lo que se viene expresando debe descartarse la alegación de los reclamantes acerca de la falta de atribución o competencia del TDLC para imponer determinadas medidas de mitigación. En efecto, conforme a lo considerado, puede asumirse que el legislador no predeterminó el contenido de las medidas de mitigación o condiciones necesarias para la realización de un negocio jurídico, sino que por medio de una norma abierta optó porque el juzgador de libre competencia las individualizara caso por caso en relación con las exigencias concretas. Lo dicho es obvio si se considera que es imposible que la ley, ante la complejidad de los asuntos de libre competencia y en específico de una operación de concentración, pueda comprender todo el campo de acciones que impidan prevenir un atentado contra dicho bien, situación análoga por ejemplo a la tipificación del delito de estafa en el ámbito del derecho punitivo.

UNDECIMO: Que así puede concluirse además que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha obrado dentro de la legalidad, porque las facultades que ha ejercido provienen del texto legal. Tales atribuciones según se ha visto se encuentran recogidas dentro de un margen amplio conferido por el legislador con la finalidad de que el órgano público actúe convenientemente.

DUODECIMO: Que también se torna insostenible el argumento de las reclamantes en orden a que alguna de las

medidas impuestas corresponda a una de las sanciones previstas en el artículo 26 a) del D.L. N° 211, desde que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con el objetivo de cumplir el mandato legal de prevenir atentados en contra de la libre competencia mediante la realización del negocio consultado no tiene limitación normativa en el ejercicio de la potestad consultiva, en cuanto a la medida que deba imponer. En todo caso, la diferencia es sustancial si se considera que en el ejercicio de la potestad consultiva no se realiza un juicio de reproche respecto de la conducta de los agentes económicos. Lo que aquí se constata únicamente es la compatibilidad del asunto consultado con el bien jurídico protegido por el D.L. N° 211.

Los razonamientos que se han dado también importan concluir que lo resuelto en los presentes autos no se contrapone con lo decidido en la causa contenciosa ingresada a esta Corte con el N° 1855-2009.

DECIMO TERCERO: Que a continuación esta Corte se hará cargo de la defensa que sostiene que alguna de las medidas de mitigación no pueda ser ordenada por carecer de conexión con la operación de concentración económica en cuestión.

Debe señalarse sobre el concepto de fusión que: *"Podemos clasificar la fusión como un fenómeno societario que la doctrina caracteriza por procedimiento complejo considerando las necesidades a que ella atiende y las*

exigencias de progreso económico que ella satisface”(...) “Se trata de un concepto difícil de encasillar en un molde jurídico único o rígido que guarda analogía con la figura de la confusión, como modo de extinción de obligaciones que trata nuestro Código Civil, aludiendo a la fusión o unión de elementos patrimoniales que por diversos motivos hacen desaparecer el crédito refundido o coincidente en manos de un solo titular de las relaciones jurídicas que lo integran”(...) “Propios de la época del fortalecimiento y expansión global de empresas, los procesos de fusión vienen generalmente impuestos por la competencia y por los imperativos de integración racional por escalas y de agrupación de socios o de patrimonios autónomos de la más diversa índole, bajo una organización socialmente concentrada, bien sea ésta nueva o preexistente”. (En artículo titulado: “Análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura de la fusión en Chile”. Arturo Prado Puga. Pág.411. En Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez, Ediciones Universidad del Desarrollo, primera edición, año 2009).

DECIMO CUARTO: Que con vinculación al tema que se analiza, la doctrina nacional ha expresado: *“Bajo las codificaciones decimonónicas, el contrato es disciplinado como una figura autónoma y paritaria, que responde a una finalidad concreta perseguida por las partes, sin vocación de trascendencia más allá de la relación jurídica creada*

por ellas y, por ende, cuyos efectos se extienden estrictamente a los sujetos intervinientes en ese singular acto"(...) "La posterior evolución del tráfico comercial, caracterizado en parte por la contratación masiva de bienes y servicios, y la constante renovación de la realidad socioeconómica, trajo consigo el fenómeno de los encadenamientos contractuales en los que los objetivos económicos se alcanzan, no ya mediante un solo contrato, sino de varios utilizados estratégicamente en función de un único negocio. Esta imbricación, conexión o coligación contractual -que puede revestir la forma de cadenas de contratos o de conjuntos de contratos -no estaba presente en la mente de los legisladores de esa época, y ha provocado que se cuestione, por la doctrina y la jurisprudencia, el alcance del principio individualista del efecto relativo de los contratos mediante el esbozo de algunas técnicas jurídicas que permitan justificar la interdependencia de los contratos conexos y precisar la extensión de la comunicabilidad de sus efectos"(...) "Con el sólo propósito de contextualizar el comentario que sigue, digamos -provisoriamente- que habrá conexión contractual, en su modalidad de conjunto de contratos, cuando entre dos o más contratos exista una interdependencia económica objetiva, es decir, un nexo funcional, de suerte que éstos no puedan ser considerados desde el punto de vista jurídico como absolutamente independientes, bien porque su

naturaleza o estructura así lo determinan, o bien, porque, entonces, quedarían sin sentido desde la perspectiva de la operación económico-jurídica que a través de ellos se quiere articular..." (Alejandra Aguad Deik y Carlos Pizarro Wilson, en artículo "Nulidad de contrato. Efecto relativo y grupo de contratos", en "Jurisprudencia Civil Comentada", pág. 163, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, primera edición, año 2011).

DECIMO QUINTO: Que así es imposible desconocer que la fusión que se pretende llevar a cabo por LAN y TAM tiene interdependencia económica objetiva con otro tipo de negocios, como los acuerdos de código compartido, o bien con el ejercicio de las frecuencias aéreas a que se refieren las condiciones séptima y octava, respectivamente. Se trata de aspectos de la actividad económica que los jueces de libre competencia correctamente han incluido en su análisis porque precisamente responden a la finalidad de prevenir el riesgo de que se genere un daño a la libre competencia con el desarrollo de la actividad por parte de la entidad fusionada. Ello, por cuanto los hechos relevantes en materia de libre competencia apuntan hacia el futuro, son conjeturas de lo que presumiblemente ocurrirá si se autoriza con la fusión consultada. Además, cabe considerar que la consultante CONADECUS incluyó en su solicitud entre otros riesgos de la operación el asunto de los acuerdos de código compartido.

DECIMO SEXTO: Que como corolario de las consideraciones hasta aquí expresadas y teniendo en cuenta que la competencia viene a ser "*...la suma de potestades, funciones y atribuciones que la Constitución y las leyes otorgan, limitadamente, a cada órgano del Estado*" (Cea Egaña, José Luis, año 2004, Derecho Constitucional Tomo I, Ediciones Universidad Católica, página 250), puede concluirse que el TDLC impuso las medidas de mitigación contando con facultades o atribuciones para ello.

DECIMO SEPTIMO: Que enseguida esta Corte analizará los aspectos relativos a las eventuales infracciones constitucionales que se habrían cometido por el TDLC en la resolución impugnada. Debe considerarse en ello, lo que ya se ha venido indicando, en cuanto el TDLC ejerce además de una función sustantiva una teleológica, que sirve a una función jurídica y que básicamente se encuentra a su cargo en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° del D.L. N° 211 ya citado, esto es prevenir atentados a la libre competencia. En virtud de la misma razón debe tenerse en cuenta que el referido Tribunal, ante un conflicto entre intereses públicos y privados, deberá necesariamente hacer primar lo que le encarga la mencionada disposición por sobre la utilidad que pueda surgir para un particular.

DECIMO OCTAVO: Que a este respecto es importante señalar sobre la igualdad ante la ley que la justicia constitucional ha indicado que, aunque la Constitución

Política prohíba en su artículo 19 N° 2 el establecimiento de diferencias arbitrarias, ello no significa que la Carta Fundamental haya excluido la posibilidad de establecer un trato diferente y proporcionado a las personas que se encuentran en una situación diversa y que obedezca a circunstancias objetivas y relevantes para la diversidad de trato que la ley introduce. En el mismo sentido, los profesores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer aseveran: *"El alcance de esta disposición se podría resumir en los siguientes aspectos: 1.- Tanto el legislador, como la autoridad se encuentran obligados a establecer un marco jurídico de diferencias. Estas pueden ser producto de la naturaleza o de la conveniencia social y no afectan al principio de generalidad que caracteriza a la ley. 2.- Lo que la Constitución no permite es la imposición de distinciones arbitrarias; las que serán tales en tanto no hallen su fundamento en la razón, en la justicia o no propendan al bien común"*. (Citado en página 125, Tomo I, en "Constitución Política de la República. Doctrina y Jurisprudencia". Director: Eduardo Aldunate Lizana. Editorial Puntolex S.A., año 2009).

DECIMO NOVENO: Que bajo tal premisa es evidente que en la especie no se ha configurado mediante la imposición de alguna de las medidas de mitigación la infracción constitucional comentada. En efecto, no hay ningún agente económico que posea la misma posición de dominio que los

reclamantes en el mercado aéreo respecto a los consumidores chilenos. Además, no debe olvidarse que LAN y TAM mediante la realización del negocio de concentración renuncian al derecho que tienen a desarrollar sus actividades económicas individualmente y seguir compitiendo entre ellas, privilegiando en cambio realizar las actividades en común y eliminar un importante competidor actual y potencial.

VIGESIMO: Que en relación con el análisis de eventuales lesiones a las garantías constitucionales, es pertinente recordar que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en la protección y libre elección de los consumidores.

En derecho comparado se habla de la tutela de los denominados derechos transindividuales. Así se ha expuesto: *"El Estado contemporáneo realizó la existencia de derechos transindividuales, comprendiendo a aquellos que pertenecen a varias personas. El Código de Defensa del Consumidor brasileño, al tratarlos, definió la existencia de derechos difusos y colectivos. Afirmó que ambos son "transindividuales, de naturaleza indivisible", pero mientras los primeros pertenecen a "personas indeterminadas y conectadas por circunstancias de hecho", los otros son del "grupo, categoría o clase de individuos conectados entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica*

base" (art. 81, párrafo único, I e II, CDC)"(...) "Por lo tanto, la jurisdicción fomenta la participación para la protección de los derechos fundamentales y para el control de las decisiones tomadas por el poder público."(...) "De modo que las acciones procesales que garantizan la participación, sea en la protección de los derechos fundamentales como en el control de las decisiones públicas, confieren un aditamento a la función jurisdiccional. Ello no sólo porque el juez deja de tutelar exclusivamente los derechos individuales y pasa a proteger también los transindividuales y el patrimonio público, sino, sobre todo, porque la jurisdicción toma un lugar para la efectivización de la democracia, que necesita de técnicas de participación "directa" para poder construir una sociedad más justa". (pág. 111-113, "Fundamentos del proceso civil, Hacia una teoría de la adjudicación, Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, primera edición, año 2010). Ello es coherente con esfuerzos legislativos que apuntan en la misma dirección como la Ley N° 20.500 de 16 de Febrero de 2011 sobre participación ciudadana en la gestión pública.

VIGESIMO PRIMERO: Que en concordancia con lo que se ha sostenido a lo largo de este fallo, puede indicarse que "El legislador al establecer un procedimiento de jurisdicción voluntaria lo hace exactamente para garantizar la

protección de un derecho socialmente relevante. Es el juez u otro órgano o sujeto que actúa preventivamente y para dar certeza y así proteger el bien o el derecho que, en la ausencia de la participación de la jurisdicción, quedaría entregado a la voluntad de los particulares". En resumen, en el Estado Constitucional, el magistrado tiene el deber de dar protección a los derechos "especialmente a los fundamentales y a los de mayor relevancia social"(...) "el magistrado, en la jurisdicción voluntaria es llamado incuestionablemente para dar protección a los derechos" (pág. 138-139 de la obra antes citada, "Fundamentos del proceso civil, Hacia una teoría de la adjudicación, Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, primera edición, año 2010).

VIGESIMO SEGUNDO: Que en el contexto descrito la regla general establecida en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política relativa a la libre iniciativa empresarial cede en la especie ante la limitación del orden público económico, que dice relación con el hecho de que se sobrepone al reconocimiento de los intereses económicos a través del objetivo de prevenir que se cause una lesión al derecho de la libre competencia al fusionarse un agente económico con uno de sus principales competidores y por ende se ponga en peligro la libre elección de los consumidores. Vale decir, el tribunal conociendo y

resolviendo a través de un procedimiento de consulta de una operación de concentración se encuentra en la obligación de resguardar el interés público comprometido. Dicho procedimiento, según se ha visto, es el mecanismo legal que ha establecido el Estado para cautelar y prevenir que una operación como la señalada no restrinja ni lesione la competencia en el mercado aéreo y consecuentemente no afecte el bienestar o bien común especificado en los consumidores.

VIGESIMO TERCERO: Que para abordar la supuesta infracción al derecho de propiedad es necesario expresar que el acto consultado, esto es la operación de concentración, sólo nace a la vida del derecho si se ajusta a todas y cada una de las catorce medidas de mitigación establecidas para restablecer las condiciones de competencia en la industria consideradas como un todo. En efecto, bajo la regla del artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 la operación de concentración surgirá válidamente una vez que el TDLC la apruebe.

Así las cosas, en el régimen legal aludido no es plausible invocar la propiedad para sustraerse al requerimiento del órgano público de dar cumplimiento a las medidas de mitigación, porque como se ha dicho son los propios reclamantes quienes decidieron ejercer actividades en conjunto con miras a eliminar un competidor principal. En este sentido, no hay lesión a la propiedad cuando son

los mismos agentes económicos quienes con anticipación aceptan llevar a cabo un negocio jurídico regulado por el ordenamiento de competencia que lo condiciona a que se ajuste a su preceptiva.

VIGESIMO CUARTO: Que complementariamente debe tenerse presente que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conociendo de operaciones de concentración, ha impuesto medidas de mitigación que han importado enajenación de activos o la modificación o cancelación de ciertos actos y determinados contratos como condición para materializar una fusión. Tal jurisprudencia pone de manifiesto que del mismo modo que se hace ahora se han venido interpretando las reglas aplicables a los casos sometidos a su conocimiento, a saber:

1) En la consulta de la operación "Telefónica Móviles S.A. y Bellsouth", la resolución dictada por el TDLC de 4 de enero de 2005, condicionó la operación a la transferencia de concesiones de parte de Telefónica Móviles que, consideradas en su conjunto, le otorguen el uso goce de un bloque de frecuencias de espectro radioeléctrico equivalentes a 25 MHz, en la banda de 800 MHz, en la forma y con los requisitos exigidos por la Ley General de Telecomunicaciones (Resolución de término 2-2005 que recayó en la causa rol NC 01-04). La Corte Suprema rechazó los recursos de reclamación el 15 de julio de 2005 en los autos Rol N° 396-2005.

2) En la consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia, la resolución del TDLC de 26 de mayo de 2011 condicionó la operación al deber de completar la enajenación, como una unidad, de la totalidad de los activos tangibles e intangibles que conforman el patrimonio de Terpel Chile, en el plazo y condiciones estipulados. Asimismo se estableció que Terpel no podrá celebrar contrato alguno que implique la disminución de la participación de mercado de dicha compañía en Chile (Resolución de término 34-2011 que recayó sobre la causa NC 380-10).

3) En la consulta de la fusión de Metrópolis Intercom S.A. y VTR SA., la resolución del TDLC de 25 de octubre de 2004 ordenó que el grupo controlador de la empresa fusionada no podrá participar, ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile, debiendo proceder a la enajenación de cualquier participación que mantenga actualmente en sociedades que exploten ese giro, dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha de la resolución (Resolución de término 01/2004 que recayó sobre la causa NC 02-2004). Con fecha 10 de marzo de 2005 la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de reclamación en autos Rol N° 5298-2004.

4) En la consulta de GLR Chile Limitada por compra de la totalidad de acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., la resolución del TDLC de 27 de julio de 2007 ordenó a la consultante desprenderse de una o dos concesiones de radiodifusión en determinadas ciudades de Chile (Resolución de término N° 20-07 que recayó sobre la causa NC 173-06). Con fecha 22 de noviembre de 2007 la Corte Suprema rechazó los recursos de reclamación en autos Rol N° 4578-2007.

VIGESIMO QUINTO: Que, en consecuencia, la resolución impugnada al establecer las medidas de mitigación cuestionadas no ha cometido infracción constitucional que importe dejarlas sin efecto.

VIGESIMO SEXTO: Que a continuación esta Corte analizará si las medidas reclamadas se encuentran jurídicamente motivadas.

En lo general, el tribunal fundamenta la resolución impugnada sobre la base de que el mercado aéreo es una industria de redes y que la fusión que se llevará a cabo constituye una operación de concentración riesgosa para el consumidor chileno o con elevados riesgos para la libre competencia, básicamente porque existe un riesgo real y concreto de que LATAM abuse del poder de mercado una vez materializada la fusión. Por ello aseveran que, de aceptarse la fusión, se deben tomar las medidas necesarias para asegurar que se mantenga abierta la conectividad de Chile con redes amplias y densas que compitan con LATAM.

VIGESIMO SEPTIMO: Que en lo particular, refiriéndose a la medida relativa a los acuerdos de código compartido, el tribunal menciona que la industria de red se alimenta de los acuerdos de cooperación que las aerolíneas suscriben entre sí, como las alianzas globales o los acuerdos de código compartido. Agregan que la realidad post fusión importará que LAN y TAM formarán parte de la misma Alianza Global y que donde antes había rivalidad, habrá una combinación de operaciones. Así, las rutas hacia Europa o Norteamérica estarán captadas por la aerolínea LATAM, la que tendrá una posición dominante en las rutas de conexión entre Santiago y Europa sin escalas y que se verá incrementada por los actuales acuerdos de código compartido que LAN y TAM mantienen con aerolíneas europeas. Respecto del mercado norteamericano dice que de mantenerse los acuerdos de código compartido existentes con cada una de las partes que eventualmente configurarán LATAM, la competencia se verá mermada respecto de un escenario sin operación.

VIGESIMO OCTAVO: Que además se aprecia que la resolución impugnada consideró tres razones por las cuales la medida de mitigación séptima es necesaria. En primer lugar, para cautelar que LAN y TAM sigan compitiendo, si no con los miembros de su misma alianza a lo menos con los de la alianza contraria. En segundo lugar, para precaver los riesgos de coordinación de LATAM con sus competidores, en

atención a que mientras mayor es el grado de cooperación entre las aerolíneas partes de un acuerdo de código compartido, menos es la intensidad de competencia entre ellas. Y, en tercer lugar, para cautelar que los acuerdos de código compartido no sirvan a LATAM como herramienta para impedir u obstaculizar la entrada de otras aerolíneas que quieran operar hacia o desde Chile, ya que estos acuerdos implican una importante barrera para la entrada de nuevos competidores. Concluye que para que las eficiencias de la operación sean traspasadas también a los usuarios es relevante que las aerolíneas que pertenezcan a la alianza global de LATAM puedan acceder a Chile y que estas aerolíneas no tengan además una serie de acuerdos de cooperación con LAN o con TAM porque estos tienden a disminuir la intensidad competitiva, resultando así imprescindible asegurar que los pasajeros chilenos se mantengan conectados a través de redes de otras aerolíneas que compitan con LATAM. El tribunal hace presente que dichos contratos conllevan cláusulas no escritas que pueden significar o bien llevar a comportamientos colusivos, y por lo mismo se explica que se haya indicado que la información aportada sobre esta materia no fuese suficiente.

VIGESIMO NOVENO: Que en cuanto a la condición octava, que recapitulando consiste en la renuncia de LATAM a cuatro frecuencias de quinta libertad aérea a Lima dentro de los doce meses de perfeccionada la operación, a fin de que sean

adjudicadas por otra aerolínea chilena; y la abstención de LATAM de participar en futuras licitaciones de frecuencias entre Santiago y Lima, de tercera, cuarta o quinta libertad, si existen otras compañías chilenas interesadas en las frecuencias, sin escalas, asignadas y por asignar en Chile y que en caso de no haber más interesados, que LATAM pueda adjudicárselas por sobre los máximos indicados. A este respecto, el fallo expresa que LAN tiene la totalidad de las frecuencias aéreas de quinta libertad para volar a Perú de manera indefinida, las que le permiten despegar en Chile, aterrizar en Lima, recoger pasajeros y proseguir el vuelo, siendo la única conexión de los pasajeros chilenos hacia el resto del continente de aerolíneas nacionales. El fallo deja ver que adicionalmente se producirá otro efecto con motivo de la operación, esto es que en la ruta Santiago Lima se perderá TAM como competidor potencial, pues podría haber ingresado a esta ruta en el futuro dada la lógica de las rutas que sirve actualmente. Por ende, se establece que sin la medida de mitigación existe el riesgo de que desde Chile hacia Perú y sus conexiones sólo existirá LATAM para acceder a dichos destinos, de suerte que no habrá posibilidad de que otra aerolínea chilena pueda constituir una red que compita efectivamente con LATAM al existir las restricciones regulatorias en cuestión. Concluye que la medida es necesaria, ya que para que un competidor pueda desafiar a LATAM debe contar con una red de rutas que lo

habilite para competir con la red de LATAM y para acceder a estas rutas es vital que los competidores de LATAM desde Chile accedan a las frecuencias aéreas de quinta libertad. Además se aprecia que la resolución, pese a constatar mejoras en las condiciones competitivas en la ruta aérea mencionada, considera necesaria la condición impugnada.

TRIGESIMO: Que en lo referente a la condición décimo cuarta es pertinente recordar que ésta consiste en que LATAM deberá otorgar a la Fiscalía Nacional Económica y a un tercero independiente contratado como asesor de la Fiscalía, acceso irrestricto y permanente a los documentos, antecedentes relevantes, instalaciones y fuentes de información de LATAM. De lo resolutivo aparece que la Fiscalía deberá: a) Fiscalizar un plan de autorregulación que impida el cobro de tarifas excesivas en Chile, lo que implica tener información sobre los ingresos y número de pasajeros para todas las rutas nacionales y algunas rutas internacionales; b) Fiscalizar que LATAM no suba las tarifas medias a pasajeros en las rutas Santiago Sao Paulo y Santiago Río de Janeiro para cada una de las categorías de pasajeros; c) Fiscalizar que no se aumenten las tarifas en el tráfico de carga entre Chile y Brasil; y d) Monitorear la oferta mensual de asientos en la ruta Santiago Sao Paulo en determinados horarios, fiscalizando que LATAM no realice conductas estratégicas ante la entrada de un competidor.

TRIGESIMO PRIMERO: Que con lo expuesto queda en evidencia que el tribunal ha satisfecho la exigencia de motivación respecto de las medidas impuestas, puesto que la resolución es clara en cuanto a que sin ellas hay riesgo concreto y real de que se produzca un daño a la libre competencia y que atendida la necesidad de que tales medidas sean cumplidas es indispensable la condición décimo cuarta relativa a su fiscalización.

TRIGESIMO SEGUNDO: Que lo relacionado además lleva a concluir que las medidas ordenadas son adecuadas, ya que son apropiadas a las condiciones o circunstancias que se producirán después de la fusión, y que son proporcionadas toda vez que son aptas para la finalidad que el TDLC pretende. Además aparece que las condiciones en su totalidad se encuentran dirigidas a mitigar los riesgos detectados.

TRIGESIMO TERCERO: Que en cuanto al reclamo inmerso en la condición séptima que apunta a la demora de los procesos de libre competencia, basta señalar que es efectivo que la morosidad tratándose de litigios de carácter patrimonial constituye ciertamente un costo; empero, tratándose de la consulta obligatoria que deba efectuarse respecto de futuros acuerdos de código compartido, no es atendible el reproche en cuanto pueda producirse alguna dilación, en atención a la complejidad de los asuntos que debieran tratarse.

TRIGESIMO CUARTO: Que es menester expresar que tampoco se nota alguna ilegalidad respecto de la circunstancia que la Fiscalía Nacional Económica haya concluido una investigación acerca de los acuerdos de código compartido de LAN, puesto que tal hecho no genera efecto alguno en el presente procedimiento.

TRIGESIMO QUINTO: Que, por último, cabe destacar que en atención a la naturaleza del procedimiento de autos nada impide que si cambian las circunstancias de hecho sea modificado el alcance de las medidas reclamadas, es decir, las medidas de adoptadas no inhiben ni a la Fiscalía Nacional Económica ni al propio Tribunal para volver a pronunciarse al respecto si de hechos nuevos surgiere la necesidad de hacerlo. Tanto más cuanto que sólo una vez materializada la operación de concentración se podrá evaluar el funcionamiento y efectividad de las medidas de mitigación aplicadas como conjunto con efectos combinados de modo que las condiciones de competencia efectiva se mantengan en forma permanente en un mercado relevante como es el aéreo. Confirma lo anterior la flexibilidad de los textos de las medidas de mitigación reclamadas, tales como la condición 7ª puntos 2 y 3 y la condición 8ª puntos 2, 3 y 4 y el carácter temporal de algunas de ellas como la 8ª puntos 3 y 4.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 31 del D.L. N° 211, se resuelve:

Que se rechazan los recursos de reclamación deducidos por Lan Airlines S.A. y Tam Linhas Aéreas S.A. contra la resolución N° 37/2011, de 21 de septiembre de 2011, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

A fojas 3097: téngase presente.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Luis Bates Hidalgo.

Rol N° 9843-2011.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sr. Haroldo Brito C., el Ministro Suplente Sr. Juan Escobar Z. y el Abogado Integrante Sr. Luis Bates H. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Brito por estar con permiso y el Abogado Integrante señor Bates por estar ausente. Santiago, 05 de abril de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a cinco de abril de dos mil doce, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.