

Santiago, diez de octubre de dos mil siete.

Vistos:

En esta causa rol N° 3732-2007 se ha investigado la conducta de Lan Airlines S.A., continuadora legal de Lan Chile S.A., empresa de inversiones y transporte aéreo, representada por su Gerente General de Carga, don Armando Valdivieso Plaza, ambos domiciliados en Avenida Presidente Riesco N° 5711 piso 19, Las Condes, Santiago; y de Lan Cargo S.A., empresa de transporte aéreo de carga, filial de Lan Airlines S.A. representada por su Gerente General, don Cristián Ureta, ambos domiciliados en Avda. Presidente Riesco N° 5711 piso 20, Las Condes, Santiago, a consecuencia de un requerimiento presentado el 26 de abril de 2006 por el señor Fiscal Nacional Económico subrogante, don Enrique Vergara Vial, domiciliado en calle Agustinas N° 853 piso 12, Santiago, contra las dos empresas anteriormente individualizadas, por estimar que éstas han incurrido en las conductas contrarias a la libre competencia, sancionadas en el artículo 3 letra b) de la Ley de Defensa de la Libre Competencia.

El requerimiento se fundó en la circunstancia que por resolución N° 2145 de 19 de junio de 2003, la Dirección Nacional de Aduanas, autorizó a la empresa Fast Air Almacenes de Carga S.A. a funcionar como almacén extraportuario, dentro del recinto concesionado del aeropuerto "Carlos Ibáñez del Campo" de Punta Arenas. Se señala que Lan controla indirectamente el 100% de Fast Air a través de sus dos accionistas Lan Cargo e Inversiones Lan S.A.. Explica que antes del inicio de las operaciones de Fast Air, el único almacén aduanero para el ingreso de

mercancías importadas a Punta Arenas, en régimen general, era el Almacén de la Empresa Portuaria Austral, ubicado en el muelle Prat a 21 kilómetros del aeropuerto, y que el costo de transporte desde el aeropuerto hasta el almacén, era asumido por las requeridas como contraprestación, dentro del total de la tarifa que cobraban por el servicio de transporte internacional de carga. Con posterioridad a la instalación del almacén aduanero de Fast Air, pese a que éste constituiría una nueva alternativa para el almacenamiento de mercaderías, no se han producido beneficios para los importadores y consignatarios, sino por el contrario se han encarecido sus operaciones en razón que la tarifa cobrada por las requeridas, por el servicio de transporte internacional de carga con destino a Punta Arenas, pasó a considerar exclusivamente el referido servicio de transporte internacional hasta el aeropuerto, por lo que si el usuario quiere llevar sus mercancías a las bodegas de la Empresa Portuaria, debe pagar un precio adicional por ello, lo que antes estaba incluido en el servicio de transporte y que, por tanto, no significó una rebaja en la tarifa del servicio. Además, las tarifas que cobra Fast Air son superiores a las de la Empresa Portuaria en más de un 400 %, y el precio que cobra Lan por el servicio de flete hasta esta última empresa es, considerando el transporte de una carga media gestionada por Fast Air, es un 340 % superior al costo que este servicio representa para la empresa. Se agrega que los usuarios que internan sus mercancías a través de Fast Air, deben soportar el mayor costo que significa trasladarlas desde el aeropuerto hasta sus locales o bodegas, en lugar

de los de la Empresa Portuaria, ello porque los destinos finales de carga están más próximos a los almacenes de esta última.

Para el análisis de la conducta, el Requerimiento desarrolla un estudio del mercado relevante, del mercado geográfico y concluye que deben distinguirse dos mercados relevantes relacionados: primero el del servicio de transporte aéreo internacional de carga de importación con destino a Punta Arenas, siendo un solo operador el responsable del transporte; y segundo, el mercado de servicio de almacenamiento aduanero prestado en las zonas primarias aduaneras de Punta Arenas por depósitos aduaneros administrados por particulares y por la Empresa Portuaria Austral. Explica las relaciones entre estos dos mercados y refiere que Lan tiene altas participaciones en el mercado nacional e internacional de carga, de manera constante en el tiempo, y que, además, diversas características de los mercados permiten que actualmente ostente una posición de dominio en el transporte aéreo de carga de importación a Punta Arenas. Luego analiza las barreras de entrada y/o competencia potencial en el mercado de transporte aéreo de carga internacional hacia Punta Arenas, concluyendo que no se vislumbra en el corto plazo la posibilidad de que puedan existir nuevas empresas que individual o conjuntamente presten servicios de carga internacional hacia las regiones de Chile, y específicamente hacia Punta Arenas, que puedan desafiar la posición dominante de Lan Chile, por lo que esta posición implica la posibilidad de abusar del poder de mercado que ostenta.

Posteriormente se indican los actores en el mercado de almacenamiento aduanero en Punta Arenas, mencionando dos, la Empresa Portuaria Austral y Fast Air, y se señala la participación de mercado que tienen, especificando que a partir del inicio de las funciones de Fast Air, la participación de mercado de ésta última, respecto de las mercaderías que llegan por vía aérea a sus almacenes, se encuentra entre el 94 % y el 100 %, lo que se debe -según la Fiscalía- a los mayores costos que implica, por el tarifado de Lan, llevar la carga hasta los almacenes de la Empresa Portuaria. Así, en opinión de la Fiscalía, la tarifa que cobra Lan a sus clientes por efectuar los traslados de la carga desde el aeropuerto a los almacenes de la Empresa Portuaria, es una clara manifestación de una explotación abusiva de la posición dominante de las empresas requeridas.

Por lo anterior, el requerimiento circunscribe la infracción a la libre competencia, a una explotación abusiva de posición dominante, en los términos del artículo 3 letra b) del Decreto Ley N° 211, en el mercado del transporte internacional de carga con destino a Punta Arenas, con responsabilidad de un solo operador. Esta explotación abusiva de posición dominante se configuraría por cuanto, desde el inicio de las operaciones de Fast Air, Lan reduce el tramo del servicio prestado hasta entonces, sólo hasta el aeropuerto, y no como antes hasta los almacenes de la Empresa Portuaria, cobrando una tarifa adicional por el servicio de flete terrestre para los clientes que quisieran seguir manteniendo sus operaciones con los almacenes de la Empresa Portuaria. Así mismo, Lan

habría fijado una tarifa adicional para la carga importada, relacionada con el uso de la grúa horquilla, tarifado que sería igualmente abusivo y discriminatorio, toda vez que este cobro no sería aplicado tratándose de carga nacional, por lo que las requeridas han abusado, a su juicio, de su poder de mercado en el del transporte aéreo internacional de carga, traspasando dicha posición al mercado relacionado del almacenamiento de carga, afectando la libre competencia.

Posteriormente se analizan las imperfecciones estructurales de los mercados involucrados, situación que resta transparencia al mercado, restringiendo por falta de información, la libertad que tienen los importadores y los consignatarios para elegir el almacén de su preferencia por donde internar la carga, a lo que añade la interpretación administrativa de la normativa vigente en materia de almacenamiento aduanero, lo que genera barreras, que desincentivan el ingreso al mercado del almacenamiento de competidores potenciales.

Sobre la base de lo anterior, la Fiscalía Nacional Económica solicitó que se declarase que las requeridas se encuentran incurriendo en las conductas contrarias a la libre competencia, relativas a una explotación abusiva de su posición dominante en el mercado del transporte internacional de carga con destino a Punta Arenas, con infracción a lo dispuesto en el artículo 3 letra b) del decreto Ley N° 211; que se las sancione imponiéndoles una multa a beneficio fiscal a cada una de ellas de 2000 UTA; que se les ordene reestructurar sus sistemas de tarifas, con el fin de que cesen en la explotación abusiva de su

posición dominante; que se las prevenga en el sentido de que no podrán discriminar en el precio cobrado por el uso de la grúa horquilla; que se requiera al Servicio Nacional de Aduanas para que realice modificaciones reglamentarias que especifica; y que los acuerdos o alianzas que celebren las requeridas con otras aerolíneas y que involucren rutas servidas por ambas partes, cuando puedan tener efectos en la competencia en Chile en el transporte de carga, deberán ser consultadas previamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, conforme al procedimiento no contencioso previsto en el artículo 31 del decreto Ley N° 211.

A fojas 54, las empresas requeridas, evacuaron el traslado respecto del requerimiento deducido en su contra, solicitando el rechazo del mismo en base a los siguientes argumentos. Primero, analizan la determinación de mercados relevantes efectuados por la Fiscalía Nacional Económica, señalando que ésta ha incurrido en omisiones en su análisis, existiendo otros tipos de transporte como el marítimo y el terrestre, este último a través de territorio argentino o mediante el uso de transbordadores entre Puerto Montt y Puerto Natales, y que, en cuanto a que el transporte se efectúe por un solo operador, refiere que tal conclusión es incorrecta e incompleta, por cuanto existirían diversas alternativas posibles, las que enumera.

Señala, que el requerimiento tampoco menciona los servicios de correos denominados Courier, ni se analiza el grado de sustitución que pueden presentar con el transporte de carga internacional, especialmente tratándose de carga menor, e indica las ventajas de este tipo de transporte frente al aéreo.

En cuanto a la definición de mercado relevante que ha hecho la Fiscalía, como uno en que una sola línea aérea realiza todo el trayecto con la carga, las requeridas sostienen que no se aplica a toda la generalidad de la carga con destino a Punta Arenas, ni a ningún otro punto del territorio nacional, ya que parte de un supuesto irreal, cual es que Lan cubre la totalidad de los destinos de origen de la carga. Asegura que es factible la realización del transporte de carga internacional en forma intermodal, combinando dos o más medios de transporte, ya sea en el tramo internacional o en el nacional. Señalan que el requerimiento tampoco menciona ni precisa la cantidad de carga nacional transportada entre Santiago y Punta Arenas, ya sea que se realice por medio de transporte marítimo, aéreo o terrestre; de allí que se han ignorado múltiples alternativas reales que son o pueden ser sustitutos a dicho servicio, y que en tal calidad deben ser incorporados a la definición de mercado relevante.

Enseguida, analiza el mercado geográfico del transporte aéreo de carga, el mercado del servicio de almacenamiento aduanero, y el mercado geográfico de almacenamiento aduanero, concluyendo que la definición de mercado relevante no es correcta ya que no incluye los sustitutos al transporte aéreo de carga a la ciudad de Punta Arenas, constituido básicamente por el transporte marítimo, terrestre y aéreo vía courier.

Luego se refiere a la acusación de abuso de posición dominante, a la participación de Lan en las rutas que son origen de la mayoría de las importaciones, y al poder de negociación de los importadores frente a Lan, indicando que

hay de parte de éstos un importante grado de concentración, concluyendo así que considerando el mercado relevante pertinente, a saber, el transporte de carga, Lan no tiene una posición dominante.

Posteriormente, analiza el tema de las barreras de entrada al mercado, refiere un estudio de carga durante el año 2005, y explica la preferencia de los usuarios por el servicio de Fast Air frente a los de la Empresa Portuaria, concluyendo que la diferencia de precios no es significativa, y que la preferencia sólo es el reflejo del mejor servicio que ofrece Fast Air a sus clientes, indicando que las tarifas cobradas por Lan no han aumentado, lo que desvirtuaría cualquier abuso de posición dominante.

En cuanto a las imperfecciones del mercado y a las interpretaciones administrativas, refiere que la modificación a la normativa podría importar eventuales riesgos para las empresas transportistas, con el consiguiente aumento de los costos del transporte.

Finaliza de esta manera, solicitando el rechazo del requerimiento, con declaración que su parte no ha realizado explotación abusiva de posición dominante en el mercado del transporte de carga internacional con destino a Punta Arenas, ni ha infringido el artículo 3 letra b) del decreto Ley N° 211; que por lo anterior no procede aplicarle sanción alguna; que son improcedentes los petitorios de los numerales 3, 4 y 5 del requerimiento, atendido que no existe ni ha existido abuso de posición dominante; y que se rechace la petición de ordenar que Lan consulte al tribunal los acuerdos o alianzas que celebre. En subsidio solicita

que se rebaje substancialmente el monto de la multa, porque no ha existido intención de abusar.

A fojas 677, las requeridas ponen la excepción de liberación de responsabilidad, de conformidad al artículo 14 del antiguo Decreto Ley N° 211, y la excepción de prescripción del artículo 20 del mismo Decreto Ley.

En cuanto a la excepción de ~~liberación~~ de Responsabilidad, se basa en el documento acompañado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 267, en el cual el Gerente General de la Empresa Portuaria se dirigió al Fiscal Regional Económico, solicitándole realizar una investigación que determine la existencia de una práctica monopólica por parte de Lan Chile y sus empresas relacionadas Fast Air Almacenes de Carga S.A. y Lan Chile Cargo, que afecta la libre competencia en el rubro del almacenaje y que daña en forma gravosa a los clientes y destinatarios de los productos trasladados. Señala que esta situación expuesta, es exactamente la misma que sirve de requerimiento en estos autos, por cuanto tiene como fundamentos los mismos hechos y la misma calificación jurídica. Ello motivó en su oportunidad el inicio de una investigación ante la Comisión Preventiva regional de la XII región, cuyo rol fue el 10-2003 caratulada "Denuncia Servicio Lan de carga express, por imposición de bodegaje y cobro de tarifa abusiva, en bodega del aeropuerto Carlos Ibáñez del Campo". Como resultado de esta causa, señala que el 10 de octubre de 2003, el señor Fiscal regional, dirigió a Lan Express el oficio N° 114-03 mediante el cual pone en su conocimiento la decisión de la Comisión Preventiva, adoptada en su sesión de 22 de septiembre de 2003, en

términos que la actuación de Fast Air y Lan no sería ilícita o contraria a la libre competencia. Por lo anterior, a su juicio resulta aplicable el artículo 14 del antiguo Decreto Ley N° 211 que estipula que los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones de las Comisiones Preventivas regionales o central, no acarrearán responsabilidad sino en el caso que posteriormente y sobre la base de nuevos antecedentes, sean calificados como contrarios a la libre competencia por ellas mismas o por la Comisión Resolutiva, y a partir desde que se notifique o publique la resolución que haga esta calificación, luego se liberó a Lan de responsabilidad.

En segundo término se opuso la excepción de prescripción, de conformidad al artículo 20 del decreto Ley N° 211, que consagra una prescripción de 2 años contados desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia. Refiere que dicho plazo se introdujo por la Ley N° 19.211, lo que le favorece en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que le da derecho a optar por él, pero a partir de la fecha en que la nueva ley hubiese empezado a regir. En cuanto a los hechos, basa la excepción en que las conductas imputadas en el requerimiento se ejecutaron al tiempo del inicio de las operaciones del almacén extraportuario de Fast Air en Punta Arenas, lo que fue autorizado en junio de 2003, pero en todo caso antes del 22 de septiembre de 2003, oportunidad en que la Comisión Preventiva decidió que no se alteraba la libre competencia. Indica que la ley que consagra el plazo de prescripción, comenzó a regir el 12 de febrero de 2004, por lo que las acciones destinadas a

perseguir la responsabilidad de Lan, prescribieron el 12 de febrero de 2006, es decir dos meses antes de la presentación de requerimiento.

A fojas 791, la Fiscalía Nacional Económica, evacuó el traslado conferido a su parte, respecto de las excepciones opuestas por las requeridas, solicitando el rechazo de las mismas. En cuanto a la excepción de liberación de responsabilidad, dice que no basta que haya similitud entre los hechos o actos de uno u otro caso, sino que debe haber identidad. Afirma que, en este caso, los hechos son distintos, por cuanto los primeros tuvieron lugar con la imposición unilateral de un bodegaje y cobro abusivo de tarifas por dicho servicio por parte de Lan, mientras que el requerimiento dice relación con la circunstancia que Lan con posterioridad a estos actos decidió cobrar una tarifa por el servicio de transporte de mercancía entre el aeropuerto y los almacenes de la Empresa Portuaria, en circunstancias que antes no lo hacía, fijándola en un valor alto. Agrega que si se estima que los hechos son los mismos, debe considerarse a todo evento que constituyen nuevos antecedentes.

En cuanto a la excepción de prescripción, refiere que sin perjuicio que ha indicado que no son los mismos hechos, esta excepción debe rechazarse porque la conducta que se reprocha en el requerimiento es de ejecución permanente, y que el hecho esencial señalado en el requerimiento es el cobro de Lan de tarifas abusivas para el tramo terrestre entre el Aeropuerto y el Almacén Aduanero de la Empresa Portuaria, cobro que se ha mantenido en el tiempo.

A fojas 801, se dictó sentencia por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Primeramente se pronuncia sobre las excepciones invocadas por las requeridas y las rechaza. Se basa para ello, en lo que dice relación a la excepción de liberación de responsabilidad, en que debe analizarse no sólo el contenido de la denuncia que en su oportunidad efectuó la Empresa Portuaria, agregada a fojas 267, sino también en el contenido de la investigación desarrollada por el Fiscal Económico de la XII Región y el de la decisión adoptada por la Comisión, concluyendo que la denuncia se refirió a que Lan habría comenzado a cobrar por entregar carga a lugares donde con anterioridad normalmente la entregaba sin mediar cobro alguno, en circunstancias que tenía incorporado en el valor total del flete el correspondiente costo -acusación que a juicio del tribunal corresponde a uno de los puntos discutidos en la presente causa- sin embargo, expresa que lo cierto es que la investigación iniciada por dicho Fiscal Económico se circunscribió única y exclusivamente a una supuesta imposición de bodegaje por parte de Lan. A su vez, la Comisión Preventiva de Magallanes, al resolver sobre la investigación desarrollada por la Fiscalía, se limitó solamente a la supuesta práctica de imposición de bodegaje imputada a Lan; en consecuencia, concluye que los hechos materia del requerimiento fiscal de fojas 1, no son idénticos a los que fueron conocidos y fallados por la Comisión Preventiva de la XII región, por lo que desestima la excepción de liberación de responsabilidad.

En cuanto a la excepción de prescripción, el fallo comienza analizando desde cuándo deben entenderse los

hechos imputados como "ejecutados", pues el término o fin de dicha ejecución señala el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción cualquiera que sea ésta, concluyendo que la explotación abusiva de posición dominante, que es la materia sub lite, en este caso implica una sucesión de actos en el tiempo, destinados a mantener la conducta abusiva y así prolongar sus beneficios esperados; por tanto, dice, debe entenderse que subsiste tal abuso, esto es que el mismo está siendo ejecutado, mientras se mantenga el sistema de determinación y aplicación de precios que se han imputado como abusivos, por lo que si la empresa dominante cesa en su voluntad de cobrar precios abusivos, sólo entonces puede entenderse que ha cesado la infracción, y sólo entonces comenzaría a correr el plazo de prescripción. De allí que, a la fecha, estima la sentencia que las conductas imputadas no se encuentran prescritas, toda vez que su ejecución aún subsistiría, lo que llevó a rehazar la excepción de prescripción.

En cuanto al tema de fondo, el fallo parte determinando los mercados relevantes, circunscribiéndolos a dos, el del transporte aéreo internacional de carga con destino a Punta Arenas y el del almacenamiento aduanero de carga aérea en dicha ciudad. Luego analiza la relación entre estos dos tipos de mercados, refiriendo que al menos el 80% de la carga aérea internacional con destino a Punta Arenas debe ser ingresada a un almacén aduanero.

Posteriormente la resolución reclamada refiere la participación de Lan en estos mercados, para lo cual analiza si las requeridas poseen una posición de dominio de

la cual puedan abusar, concluyendo que Lan es un actor dominante y que la empresa Fast Air almacena el 90 % de la carga, y enseguida se refiere a las barreras de entrada a los dos mercados, indicando que en el primero Lan posee ventajas no replicables y que no existen posibilidades que en el corto plazo ingresen nuevos competidores y en cuanto al segundo mercado, señala que si bien no hay barreras, el mercado de Punta Arenas es reducido y, por lo tanto, poco atractivo para nuevos operadores.

La sentencia señala que no existe controversia en que antes del inicio de las operaciones de Fast Air, el único almacén era el de la Empresa Portuaria y Lan no cobraba por llevar las mercaderías hasta los almacenes de ésta. Sin embargo, después de comenzar a operar Fast Air, se instauró por Lan un cobro por el flete desde el aeropuerto hasta las bodegas de la Empresa Portuaria. Además, no se discute que tratándose de carga internacional Lan cobra por el uso de la grúa horquilla, de esta manera concluye la sentencia que existe un abuso de posición dominante por parte de Lan, porque el cobro que efect

Luego se analiza por los sentenciadores las tarifas cobradas por Fast Air y por la Empresa Portuaria Austral, se comparan mediante diversos cuadros, concluyendo que si bien las cobradas por la Empresa Portuaria son más bajas, sus servicios no se utilizan por el cobro que hace Lan por el flete entre el aeropuerto y las bodegas de la Empresa Portuaria, de esta manera Lan traspasa su posición de dominio que tiene en el primer mercado, al segundo, lo que constituye a juicio del tribunal un claro abuso de posición dominante, por lo que -en definitiva- acoge el

requerimiento y analiza las otras peticiones efectuadas por la Fiscalía, decidiendo finalmente: rechazar la excepción de liberación de responsabilidad, la excepción de prescripción y en cuanto al fondo, acoger el requerimiento, en cuanto se declara que Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A. han atentado contra la libre competencia, mediante la explotación abusiva de su posición dominante en el mercado del transporte aéreo internacional de carga con destino a Punta Arenas, con efectos anticompetitivos en el mercado relacionado de almacenamiento aduanero de carga aérea en dicha ciudad, condena a cada una de las requeridas, al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a ciento sesenta y cinco unidades tributarias Auales; ordena a las requeridas reestructurar sus tarifas por transporte de carga desde el Aeropuerto "Carlos Ibáñez Del Campo" a las bodegas de la Empresa Portuaria Austral y por el uso de grúa horquilla para estos efectos, de forma que no sean arbitrariamente discriminatorias ni tiendan a excluir a esta última empresa del mercado de almacenamiento aduanero de carga aérea internacional con destino a Punta Arenas; proponer al Ministerio de Hacienda que instruya al Servicio Nacional de Aduanas, para que éste efectúe las modificaciones reglamentarias que fueren necesarias y adecuadas para favorecer la libre competencia entre empresas de almacenaje aduanero que se encuentren dentro y fuera de los recintos de los aeropuertos del país; ordenar a las requeridas el cumplimiento de una serie de medidas que se enuncian en la parte desisoria y desestima el requerimiento de la Fiscalía en lo relativo a la solicitud de que los acuerdos o alianzas que celebren las requeridas

con otras aerolíneas y que involucren rutas servidas por ambas partes, cuando puedan tener efectos en la competencia en Chile en el transporte de carga, deban ser consultadas previamente al tribunal; e instruye a la Fiscalía a fin de que vigile el funcionamiento del mercado de transporte aéreo internacional de carga y el de almacenamiento aduanero de carga aérea y no condena en costas a las requeridas.

A fojas 863, y contra la sentencia pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A. deducen reclamación, la que basan en la errónea apreciación que, a su juicio, realiza el Tribunal de los antecedentes que sirven de base a la excepción de liberación de responsabilidad opuesta por su parte, en la errónea interpretación y aplicación de la norma sobre prescripción invocada y en la circunstancia de condenarlas por abuso de posición dominante, no obstante que actuaron confiándose de buena fe a lo dictaminado por la Comisión Preventiva, una vez que ésta no reprochó su conducta.

En lo que se refiere a la excepción de liberación de responsabilidad, señalan que los hechos son los mismos y que la falta de identidad sobre la que se apoya el Tribunal se debe a la exclusión del análisis de todos los antecedentes, que demuestran precisamente lo contrario. Indican que la conducta de Lan, que el Tribunal califica como contraria a la libre competencia, consiste en la exclusión de la Empresa Portuaria del mercado de almacenamiento de la carga aérea internacional con destino a Punta Arenas; que significa lo mismo que la imposición

por parte de Lan del bodegaje en el almacén de Fast Air, que sería el objeto de la investigación del Fiscal Regional y del pronunciamiento de la Comisión Preventiva, concluyendo que sí existe identidad entre la materia de la sentencia y el pronunciamiento de la Comisión Preventiva, sin perjuicio que además la identidad de los hechos consta en una serie de antecedentes que lo demuestran: como son la sesión N° 132 de la Comisión Preventiva de 12 de agosto de 2003 en la que se aborda la materia, los antecedentes de la causa rol 10-2003 sustanciada ante la Comisión Preventiva, el oficio ordinario N° 89-03 de 25 de agosto de 2003 del Fiscal regional, la denuncia de la Empresa Portuaria Austral, las deliberaciones y acuerdos de la sesión N° 133 de la Comisión Preventiva de 22 de septiembre de 2003, el oficio ordinario N° 114-03 del Fiscal regional de 10 de octubre del año 2003. De todo ello se concluye que la Comisión Preventiva conoció de la situación en su totalidad, como le había sido puesta en su conocimiento por la Empresa Portuaria Austral, por lo que sobre la base de lo dispuesto en el artículo 14 del antiguo Decreto Ley N° 211, solicita se libere de responsabilidad a su parte.

En cuanto a la excepción de prescripción, basada en el artículo 20 del Decreto Ley N° 211, reitera los argumentos dados cuando la invocó, señalando que la época en que se habrían ejecutado los actos que se reprochan, fue al inicio de las operaciones del almacén extraportuario, el que fue autorizado por la Dirección Nacional de Aduanas en el mes de junio de 2003, de modo que las conductas se realizaron en esa oportunidad. Referente a la permanencia en el tiempo de los efectos de dichos actos, constituye una exigencia

adicional a la establecida en el artículo 20 referido, al exigir el cese de los efectos, requisito no contemplado en la norma.

Finalmente las requeridas, en su reclamación, aluden a la actuación de buena fe de su parte con posterioridad a la decisión de la Comisión Preventiva, lo que obsta a la existencia de una voluntad suya de infringir las normas sobre libre competencia, esto es una actuación con dolo o culpa, requisito que la Corte ha exigido reiteradamente para imponer las sanciones previstas en el Decreto Ley N° 211, en caso de infracción a ~~us~~ disposiciones, en sentencias que tratan casos de colusión, pero que establecen un principio de general aplicación sobre la materia. Indican que, aún si se estimare que el oficio del Fiscal Regional N° 89-03 no produce el efecto de eximir de responsabilidad a su parte, al no emanar de un órgano que ejerce jurisdicción, habrá de convenirse que considerado con el conjunto de los restantes antecedentes analizados, justifica plenamente la buena fe en la actuación de su parte.

Finalizan solicitando que se ~~haga~~ haga lugar a la reclamación y se enmiende la ~~sentencia~~ sentencia dictada en los siguientes sentidos: que se ~~acoge~~ acoge la excepción de liberación de responsabilidad formulada, amparadas en lo resuelto por la Comisión Preventiva en sus sesiones N° 132 y 133 celebradas con fechas 12 de agosto y 22 de septiembre del año 2003, calificando como legítimas las conductas objeto del requerimiento; que, sin perjuicio de lo anterior, se acoge la excepción de ~~prescripción~~ prescripción opuestas por su parte, en razón de haber transcurrido en exceso el

plazo de dos años entre la entrada en vigencia del nuevo artículo 20 del decreto Ley N° 211 y el requerimiento del Fiscal; que, en subsidio de lo anterior, se declare que su parte actuó de buena fe, al ceñirse a lo resuelto por la Comisión Preventiva, razón por la cual no cometieron una falta que merezca reproche de acuerdo con las normas sobre libre competencia; y que se deja sin efecto la condena a Lan y a Lan Cargo al pago de las multas a beneficio fiscal, ascendentes a 165 Unidades Tributarias Anuales.

A fojas 889, se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1°) Que, conforme se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, acogiendo el requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica, condenó a Lan Airlines S.A. y a Lan Cargo S.A. por estimar que han atentado contra la libre competencia, mediante la explotación abusiva de su posición dominante en el mercado del transporte aéreo internacional de carga con destino a Punta Arenas, con efectos anticompetitivos en el mercado relacionado de almacenamiento aduanero de carga aérea en dicha ciudad, imponiéndoles a cada una de ellas el pago de una multa a beneficio fiscal, ascendente a ciento sesenta y cinco Unidades Tributarias Anuales, adoptando además otras medidas referidas en la parte resolutive de la antedicha sentencia;

2°) Que, en su oportunidad, las condenadas dedujeron una reclamación en contra del fallo en análisis, la que basaron en tres argumentos, a saber: la excepción de liberación de responsabilidad consagrada en el antiguo

artículo 14 del Decreto Ley N° 211; la excepción de prescripción contemplada en el artículo 20 del decreto Ley N° 211; y finalmente han invocado la buena fe de sus actuaciones, lo que obsta -a su juicio- a la existencia de una voluntad de parte suya de infringir las normas sobre libre competencia, solicitando a esta Corte que se acojan las excepciones deducidas; que en subsidio y en el evento de no acogerlas, se declare que actuaron de buena fe, por lo que no cometieron una falta que merezca reproche de acuerdo con las normas sobre libre competencia; y que se deje sin efecto la condena ~~sobre~~ pago de multas ascendentes a 165 Unidades Tributarias Anuales;

3°) Que, de acuerdo a lo señalado la reclamación deducida, y sobre la que debe pronunciarse este Tribunal, abarca los temas ya enunciados, esto es las excepciones de liberación de responsabilidad y de prescripción, y el actuar de buena fe que se ha invocado, por lo que no es materia de controversia, todo el análisis y las respectivas conclusiones que se han formulado en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sobre los mercados relevantes, la participación que en aquellos tienen las empresas requeridas, las eventuales barreras de entrada, la existencia de discriminaciones y las comparaciones y conclusiones sobre el tarifaje efectuado por los servicios en estudio, ya que esos temas no han sido incorporados a la reclamación;

4°) Que, por consiguiente, se analizan a continuación cada uno de los argumentos que sustentan la petición efectuada a esta Corte por las empresas Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A., en el mismo orden en que fueron formuladas;

5º) Que, en cuanto a la excepción de liberación de responsabilidad, cabe señalar que el antiguo artículo 14 del Decreto Ley Nº 211 estipulaba que: " Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones de las Comisiones Preventivas Regionales o Central no acarrearán responsabilidad sino en el caso que, posteriormente y sobre la base de nuevos antecedentes, sean calificados como contrarios a la libre competencia por ellas mismas o por la Comisión Resolutiva, y a partir desde que se notifique o publique la resolución que haga esta calificación";

6º) Que, de la redacción del precepto, se advierte claramente que consagra una excepción, en virtud de la cual una determinada conducta que se ejecuta o celebra de acuerdo a las decisiones de las Comisiones Preventivas regionales o Central no acarreará responsabilidad, por lo que resulta necesario determinar, si efectivamente hubo o no una decisión emanada de alguna de estas entidades, referida precisamente a la conducta reprochada en autos;

7º) Que la sentencia reclamada, después de haber analizado las tarifas que se cobran por las requeridas por el transporte entre el aeropuerto y la bodega de la Empresa Portuaria y teniendo, además, como parámetro el costo reportado por Lan Courier -empresa relacionada de Lan, que provee el servicio de transporte de carga a ésta, según quedó sentado en el considerado cuadragésimo cuarto- estableció en el fundamento cuadragésimo séptimo, que la conducta reprochada está constituida por el abuso cometido por Lan en el cobro de una tarifa adicional por el transporte de la carga a la bodega de la Empresa Portuaria

Austral y por el uso de la grúa horquilla, traspasando su posición de dominio en el mercado de transporte aéreo internacional de carga con destino a Punta Arenas, al mercado de almacenamiento de carga aérea en dicha ciudad, lo cual fue calificado como abuso de posición dominante;

8°) Que para que esta conducta quede amparada por la excepción del antiguo artículo 14 del Decreto Ley N° 211, resulta imprescindible que exista una decisión de alguna Comisión Preventiva Regional o de la Comisión Central que se haya referido a ella y que, obviamente, la haya considerado exenta de reproche;

9°) Que, en su oportunidad, la Comisión Preventiva Regional Económica de la Duodécima Región, con fecha 22 de septiembre de 2003, en su sesión N° 133 cuya acta se encuentra en copia autorizada a fojas 697 de autos, estableció frente a la denuncia formulada por la Empresa Portuaria Austral, lo siguiente: "4.1.- Que el transporte aéreo se hace al amparo de un contrato suscrito entre el cargador (fabricante o proveedor) y el transportador (empresa aérea). En este contrato se contienen las condiciones del transporte y particularmente el lugar de entrega de las mercaderías; 4.2. Las mercaderías importadas deben depositarse en almacenes extra portuarios habilitados por la Dirección Nacional de Aduanas, situación que obtuvo Fast Air Almacenes de Carga S.A. por Resolución N° 2145 de 19 de junio de 2003 habilitándose la explotación del correspondiente almacén; 4.3.- El cargador y el transportador son libres para señalar la localidad de entrega de la mercadería al consignatario (comerciante importador). Si no lo especifica el primero lo determina el

segundo. 4.4.- El importador puede señalar a su proveedor un determinado almacén extra portuario para el depósito y entrega de las mercaderías importadas. 4.5.- Lan Chile Express S.A. considera que su ingreso a competir, con precios distintos a los que tiene el servicio de depósito de mercaderías de la Empresa Portuaria Austral es perfectamente legítimo. La comisión debate esta materia y analiza las diferentes tarifas establecidas por los agentes de la competencia y resuelve que no encuentran en el comportamiento de Fast Air Almacenes de Carga S.A. ni en las operaciones de las otras filiales de Lan Chile S.A., nada ilícito o contrario a las normas que regulan la libre competencia comercial";

10°) Que, de lo reproducido en el motivo anterior, puede concluirse que no ha habido un pronunciamiento de la Comisión Preventiva de la Duodécima Región, sobre la conducta a que se refiere esta causa, ya que la decisión de aquella versó, sobre el almacenaje o depósito de las mercaderías, pero no sobre la tarifa cobrada por las requeridas, por el flete entre el aeropuerto y los almacenes de la Empresa Portuaria Austral y por el uso de la grúa horquilla;

11°) Que, en cuanto al oficio N° 089-03 emanado del señor Fiscal Económico de la Duodécima Región, agregado a fojas 277, en el que se califica de legítima la iniciativa de la empresa para ampliar sus servicios de carga, adicionándoles el flete por el traslado desde el aeropuerto al sector urbano y el valor por la duración del depósito de la mercadería, dicho documento no queda comprendido entre las decisiones a que se refiere el artículo 14 en análisis,

sin perjuicio de considerar ~~que~~, conforme ha quedado establecido, lo que se reprocha a las requeridas no es que se cobre por el servicio de flete, sino el cobro abusivo que se ~~la~~ hecho, lo que ha tenido ~~consu~~ consecuencias atentatorias contra la libre competencia; por ello no le ordena que el flete sea gratuito, sino que reestructure sus tarifas de modo que no ~~sea~~ arbitrariamente discriminatorias ni tiendan a excluir a la Empresa Portuaria Austral del mercado ~~del~~ almacenamiento aduanero de carga aérea internacional con destino a Punta Arenas;

12°) Que, en lo atinente al argumento de las reclamantes de que, en definitiva, lo calificado como contrario a la libre competencia es la exclusión de la Empresa Portuaria del mercado del almacenamiento de la carga aérea internacional, que es lo mismo que la imposición de un bodegaje que fue objeto de la investigación por parte del Físcal Regional en su oportunidad, cabe considerar, que el artículo 14 es claro y preciso en orden a requerir que los actos se adecuen a las decisiones de las Comisiones Preventiva o Central, y en la especie los actos aquí cuestionados -cobro abusivo por el flete entre el aeropuerto y ~~las~~ bodegas de la Empresa Portuaria- no han sido objeto de decisión por estos organismos, con antelación al requerimiento que dio origen a esta causa;

13°) Que iguales consideraciones ~~merecen~~ los otros antecedentes invocados en la ~~reclamación~~, esto es, la sesión N° 132 de la Comisión Preventiva, la denuncia formulada en su oportunidad ~~por~~ la Empresa Portuaria Austral, y el oficio N° 114-03, ya que ninguno refleja una

decisión referida específicamente a la conducta cuestionada en estos autos, en los términos que exige el artículo 14 del Decreto Ley N° 211; por lo que necesariamente debe rechazarse su aplicación y, en consecuencia, desestimar la excepción de liberación de responsabilidad invocada;

14°) Que, en lo tocante a la excepción de prescripción alegada por las reclamantes, ella se basa en el artículo 20 del Decreto Ley N° 211 y en la circunstancia que la ejecución de las conductas data del mes de junio de 2003, fecha en la cual la Dirección Nacional de Aduanas autorizó el funcionamiento del almacén de Fast Air, por lo que, desde esa fecha o desde la entrada en vigencia de la ley que incorpora la figura de la prescripción, esto es desde el 12 de febrero de 2004, han transcurrido más de dos años hasta el momento en que se presentó el requerimiento deducido en autos, lo que ocurrió el 26 de abril de 2006, arguyendo además que se deben distinguir la ejecución de las conductas, de sus efectos, y que en la especie existe un solo acto o conjunto de actos que se realizan coetáneamente con el inicio de las operaciones del almacén extra-portuario de Fast Air, acotados en el tiempo, que son los que el requerimiento reprocha, por lo que solicitan se acoja dicha excepción;

15°) Que el artículo 20 del Decreto Ley N° 211 en su inciso tercero, dispone que "Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan". Es decir el término debe contabilizarse desde la ejecución de las conductas, lo que

en la especie ocurre día a día, mientras las requeridas mantengan el cobro abusivo por el servicio de transporte desde el aeropuerto hasta las bodegas de la Empresa Portuaria Austral. De esta manera, se discrepa de lo sostenido por las reclamantes en orden a que lo acontecido en la actualidad es efecto de una conducta ocurrida en junio de 2003, oportunidad en que comenzó a funcionar el almacén extra-portuario de Fast Air, por cuanto el cobro abusivo reprochado se verifica cada vez que un usuario requiere el servicio de flete entre el aeropuerto y las bodegas de la Empresa Portuaria, y ello constituye ejecución, sin que la norma distinga entre ejecuciones aisladas con efectos anticompetitivos, o ejecuciones que se mantienen en el tiempo, con efectos de igual carácter;

16º) Que las reclamantes no han alegado el cese de los cobros cuestionados o su reestructuración en una época anterior al requerimiento; es más, según lo ha sostenido el abogado de las mismas en estrados, ante una pregunta que le formulara esta Corte, manifestó que en la actualidad no se efectúa el cobro en cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por lo que a la época del requerimiento la ejecución de la conducta se mantenía, de tal manera que en la especie, el plazo de dos años exigido para la prescripción, no se ha verificado, lo que lleva a desestimar también esta excepción;

17º) Que, en lo que dice relación a la invocación de la buena fe con que dicen haber actuado las requeridas con posterioridad a la decisión de la Comisión Preventiva regional, ello no resulta aceptable para liberarlas del

reproche que se les ha formulado. Primero por cuanto, tal como se sostuvo al analizar la excepción de liberación de responsabilidad, la Comisión Preventiva no ha emitido pronunciamiento sobre las conductas cuestionadas a través de esta causa y sólo se refirió al tema del bodegaje. En segundo lugar y tal como se afirma en el considerando trigésimo octavo de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Lan no explicó ni justificó de manera alguna la reducción del servicio de transporte internacional de carga, ni el inicio del cobro de una tarifa adicional por el servicio de flete terrestre en el trayecto aeropuerto - Empresa Portuaria, ni mucho menos la manera de fijar esta tarifa, limitándose a señalar que este último cobro era irrelevante en el costo del transporte aéreo por lo que la falta de transparencia en la fijación de dicho monto, obsta a la buena fe;

18º) Que, de acuerdo a lo razonado, esta Corte debe desestimar la reclamación formulada por las empresas requeridas en contra la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia;

De conformidad además, con lo dispuesto en los artículos 27 y 29 del Decreto Ley Nº 211, **se rechaza** la reclamación deducida por Lan Airlines S.A. y Lan cargo S.A. en lo principal de fojas 863, contra la sentencia Nº 55 de veintiuno de junio del año en curso, escrita a fojas 801.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Gálvez.

Rol Nº 3732-2007. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y el abogado

integrante Sr. Oscar Herrera. No firman el Ministro señor Pierry y el abogado integrante señor Herrera, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por estar en comisión de servicios el primero y ausente el segundo. Santiago, 10 de octubre de 2007.

Autorizado por el Secretario de esta Corte Sr. Carlos Meneses P.