

REPUBLICA DE CHILE

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

AGUSTINAS N° 853, PISO 12°

SANTIAGO

18

ORD. N° 530

ANT: Dictamen N° 981/498 de 16 de Septiembre de 1996, de la H. Comisión Preventiva Central.

MAT: Requerimiento del Fiscal Nacional Económico.

SANTIAGO, 08 OCT 1996

A : H. COMISION RESOLUTIVA  
DE : FISCAL NACIONAL ECONOMICO

1.- Por el dictamen citado en los antecedentes, la H. Comisión Preventiva Central se pronunció sobre diversas denuncias formuladas por la empresa de aeronavegación comercial National Airlines Chile S.A., en adelante National, en contra de las empresas aéreas Lan Chile S.A. y Ladeco S.A..

En particular, el referido dictamen resolvió, entre otras materias, los siguientes reclamos de National.

1.1. En la causa Rol N° 51-96 (C.P.C.), National denunció que Ladeco S.A. transfirió todas sus frecuencias aéreas internacionales, a Lan Chile S.A., en especial, las frecuencias a los Estados Unidos de Norteamérica, lo que infringiría el art. 3 del D.L. N° 2564, de 1979, y los Arts. 1 y 2 del Decreto Ley N° 211, de 1973.

1.2. En la causa Rol N° 37-95 (F.N.E.), National reclamó de que Lan Chile S.A., con motivo del llamado a licitación pública por siete nuevas frecuencias permanentes y una transitoria en la ruta a los Estados Unidos de Norteamérica, a que debía llamar la Junta de Aeronáutica Civil, en razón de la enmienda al convenio bilateral celebrado con ese país, pretendiera que sólo podían participar en dicha licitación las empresas chilenas que a la fecha del convenio estaban operando en esa ruta, vale decir, Lan Chile S.A. y Ladeco S.A., y

1.3. En la causa Rol N° 61-96 (F.N.E.), National solicitó, como medida precautoria, que se suspendiera por el término de 15 días o por el plazo que se determine, la aplicación

2 19

del convenio suscrito entre Ladeco S.A. y Lan Chile S.A., que traspasó en favor de ésta última las rutas internacionales que servía la primera de estas empresas, en especial, a los EE.UU. de Norteamérica.

2.- La H. Comisión Preventiva Central, en el dictamen antes citado, no dió lugar a las denuncias de la empresa National, por los motivos siguientes:

2.1. La transferencia de las frecuencias aéreas internacionales a los EE.UU. de Norteamérica y otros destinos que acordaron Lan y Ladeco no merece reparos desde el punto de vista de la legislación que rige la actividad de la aeronavegación comercial, pues el art. 3 inciso cuarto del Decreto Ley N° 2564, de 1979, autoriza expresamente el traspaso directo de las frecuencias de un operador a otro, que es precisamente lo que ocurrió, en la situación denunciada por National.

2.2. La Junta de Aeronáutica Civil acogió favorablemente la solicitud de National, convocando a todas las empresas aéreas nacionales a una licitación abierta respecto de las nuevas frecuencias en la ruta a los Estados Unidos de Norteamérica, derivadas de la enmienda al Convenio sobre transporte aéreo celebrado con ese país.

Según lo informado por la Junta de Aeronáutica Civil, la adjudicación en cuestión fue otorgada a Lan Chile, en cuya licitación la empresa National no participó.

2.3. El traspaso de las frecuencias aéreas internacionales de Ladeco a Lan Chile, se produjo en virtud del ejercicio de un derecho que el Art. 3 inciso cuarto del Decreto Ley N° 2564, de 1979, otorga expresamente a los titulares de una concesión, por lo que tal operación se conformó con la legislación vigente que rige la materia, razón por la cual la H. Comisión Preventiva Central estimó que, mientras dicha legislación no sea modificada, corresponde su aplicación en los términos actuales, por lo que no procedía que se suspendiera el convenio de traspaso de frecuencias suscrito entre Ladeco y Lan, antes mencionado.

3.- Sin perjuicio de haber desestimado las denuncias planteadas por National, a que se ha hecho referencia precedentemente, la H. Comisión Preventiva Central, ha solicitado al Fiscal infrascrito en el citado dictamen que, de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 5, inciso final, 17 letra d) y 24 letra c)

del Decreto Ley N° 211, de 1973, requiera de esa H. Comisión Resolutiva que proponga al Supremo Gobierno una modificación al régimen legal sobre aeronavegación comercial, que tenga por objeto dar mayor transparencia al procedimiento de licitación pública establecido en la ley y resguardar así en mejor forma la competencia en el mercado aéreo, por la vía de facilitar el libre e igualitario acceso de todas las empresas aéreas chilenas a las rutas internacionales.

De acuerdo con los antecedentes conocidos por la H. Comisión Preventiva Central, el traspaso de las frecuencias internacionales convenido entre las empresas Lan y Ladeco significó, en el hecho, otorgar a la primera de ellas una exclusividad en la prestación de estos servicios.

Aún cuando esas cesiones de frecuencias internacionales en las rutas antes aludidas se ajustaron formalmente a las disposiciones del artículo 3° del decreto Ley N° 2.564, de 1979, estimó la H. Comisión Preventiva Central que esta situación debe ser examinada y calificada sobre la base de las reglas que prevé el ordenamiento jurídico aprobado por el Decreto Ley N° 211, de 1973.

Desde este punto de vista, estos actos o convenciones que singularmente podrían no merecer reproche alguno, han determinado en su conjunto que casi todas las frecuencias de las rutas restringidas que era titular Ladeco pasarán a ser utilizadas por Lan, en circunstancias que el retiro de la cedente de esas rutas debería haber conducido a su reasignación mediante el procedimiento de licitación pública que contempla el decreto reglamentario N° 102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, al que pudieran haber postulado todas las operadoras nacionales interesadas en utilizarlas.

En este orden de consideraciones, no es ocioso reiterar que la normativa que ampara la libre competencia se asienta y, a la vez, desarrolla un principio básico del orden público económico que sustentan diversos preceptos de la Constitución Política vigente. En tal virtud, diversos actos o convenciones que aislada y separadamente no adolecerían de ilegalidad y que incluso pueden corresponder a acciones autorizadas específicamente por la ley, examinados en su globalidad y teniendo en consideración los efectos que producen, pueden conformar una situación que afecte la competencia, si en el hecho implica la ejecución de acciones que pudieran estar sancionadas en los preceptos del Decreto Ley N° 211, de 1973.

Como se ha expresado, de acuerdo con los antecedentes allegados, la operación de traspaso de frecuencias concertada entre Lan y Ladeco significó que la primera de estas empresas se constituyera en la única operadora nacional de las rutas correspondientes a la totalidad de los derechos de tráfico internacional aéreo a los Estados Unidos de Norteamérica, así, como en todas las rutas internacionales restringidas que operaban Ladeco, salvo a Jamaica, adquiriendo de esta suerte la exclusividad en la prestación de esos servicios de transportes.

A su turno, esas cesiones directas de frecuencias entre ambas empresas que a la fecha están asociadas y son controladas por un mismo grupo empresarial y que en su conjunto participan en más del 80% del mercado aéreo nacional, impidieron, en el hecho, que otras empresas chilenas accedieran a tales tráficos internacionales a través de un proceso de licitación pública, abierto y competitivo, en igualdad de condiciones.

La circunstancia de que en este caso se haya prescindido de una licitación pública para adjudicar las frecuencias internacionales dejadas por Ladeco importó, en la práctica, consolidar la ventajosa posición dominante de Lan Chile, en perjuicio de empresas menores, a las cuales se les impidió el ingreso a dichas rutas, y por ende, a competir en ellas.

Cabe señalar también que si bien las frecuencias o derechos de tráfico internacionales son adjudicados, en los casos en que la legislación actual lo permite, al postulante que paga un mayor precio por ellos, y por ende, tales derechos constituyen bienes incorporales de carácter pecuniario que se incorporan como activos intangibles al patrimonio de la empresa adjudicataria, sobre los cuales ésta ejerce un especie de derecho de propiedad con los atributos propios del dominio, no puede desconocerse, por otra parte, que tales derechos nacen de un acto administrativo de concesión que otorga la autoridad respecto de derechos que en su origen corresponden al Estado Chileno, al cual le son asignados en virtud de convenios, acuerdos o tratados internacionales.

Es por tal razón que, de conformidad con la legislación vigente, la autoridad puede disminuir o dejar sin efecto las asignaciones de frecuencias de vuelo si con motivo de la aplicación de un convenio bilateral cambian las condiciones en que se otorgaron, o se modifica o pone término al convenio mismo, o si dichas frecuencias no se usan por un período determinado (seis meses). Ello, sin perjuicio de otros efectos que pueden

producirse por aplicación de las normas sobre reciprocidad entre los Estados que reconoce nuestra legislación.

Estas características de los derechos de tráfico hacen que el dominio que sobre ellos tiene la adjudicataria sea precario, pues tales derechos pueden extinguirse si concurren algunas de las mencionadas causales.

4.- En lo que concierne a la protección de la libre competencia en las actividades económicas, la H. Comisión Preventiva Central fue de parecer que la legislación aeronáutica debiera conciliarse con las normas de orden público económico contenidas en el Decreto Ley N° 211, de 1973.

En este sentido los acuerdos internacionales y la normativa que los rigen deben propender a que en el tráfico internacional existan más rutas abiertas que permitan a cualquier empresa aérea servir libremente dichas rutas, sin restricciones que limiten la competencia en ese mercado.

Para los casos en que excepcionalmente existan restricciones, estimó esa H. Comisión que correspondería proponer al Supremo Gobierno una modificación del Decreto Ley N° 2564 de 1979 y del Decreto Reglamentario N° 102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a fin de incluir en esa legislación disposiciones que regulen el otorgamiento de las concesiones de las frecuencias aéreas internacionales en los siguientes términos:

a) Las concesiones de las frecuencias aéreas internacionales debieran otorgarse por la autoridad, en todos los casos, previa licitación pública debidamente informada y publicitada, por la cual se convoque a todos los operadores nacionales conforme a bases de licitación generales, objetivas y de igualitario acceso a las mismas.

b) En los casos de transferencia directa, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, de las concesiones de frecuencias entre un operador y otro, debiera requerirse la autorización de la Junta de Aeronáutica Civil, previo informe favorable de la H. Comisión Resolutiva, la que podrá denegarla si otros operadores nacionales manifiestan interés en optar al uso de dichas frecuencias.


En el evento de que existieren otros operadores nacionales interesados en optar a dichas frecuencias, la

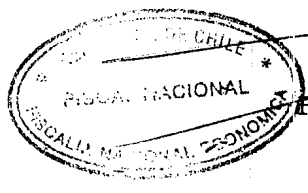
autoridad debiera llamar necesariamente a una licitación para adjudicar los referidos derechos de tráfico.

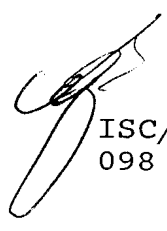
c) Asimismo, debieran contemplarse expresamente en la ley causales de revocación de las concesiones, que permitan a la autoridad ponerles término por mal uso o uso abusivo de las mismas, o en razón de una alteración de las condiciones del mercado que hagan necesario modificar los términos en que fueron otorgadas dichas concesiones.

5.- Por las consideraciones expuestas, y en cumplimiento a lo acordado en el dictamen N° 981/498, de 16 de Septiembre de 1996, de la H. Comisión Preventiva Central, el Fiscal infrascrito, de conformidad con lo establecido en el art. 24 letra c) del Decreto Ley N° 211, de 1973, requiere a esa H. Comisión Resolutiva que, en ejercicio de las atribuciones que le otorgan los arts. 5 inciso final y 17 letra d) de ese texto legal, solicite al Supremo Gobierno que patrocine una modificación al Decreto Ley N° 2564, de 1979, y al Decreto Reglamentario N° 102 de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que tenga por objeto incluir en esa legislación disposiciones que regulen el otorgamiento de las concesiones y traspasos de las frecuencias aéreas internacionales, en la forma que se señala en el número cuatro, letras a), b) y c) del presente requerimiento.

Saluda atentamente a esa H. Comisión.

  
RODRIGO ASENJO ZEGERS  
Fiscal Nacional Económico



  
ISC/cmj  
098