



**EN LO PRINCIPAL:** Requiere modificación de bases de licitación de frecuencias aéreas. **EN EL PRIMER OTROSI:** Se suspenda licitación. **EN EL SEGUNDO OTROSI:** Acompaña documentos. **EN EL TERCER OTROSI:** Personería, patrocinio y poder.

## H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO,** domiciliado en esta ciudad, calle Agustinas N° 853, piso 2, a ese H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, conforme lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19, 26 y 39 del Decreto Ley N° 211, vengo en requerir del H. Tribunal el ejercicio de las facultades contempladas en la letra a) del artículo 26 para que se modifiquen las bases de licitación que ha elaborado la **JUNTA DE AERONÁUTICA CIVIL**, representada por su Secretario General, don Jorge Frei Toledo, ambos domiciliados en Amunátegui N° 139, piso 7°, Santiago, para el proceso de licitación pública de siete frecuencias aéreas directas entre las ciudades de Santiago y Lima, por un plazo de cinco años, cuyo llamado se efectuase mediante avisos publicados en el Diario Oficial y en el diario La Nación el día 8 de octubre último, en adelante "las Bases", a fin de que se incorporen consideraciones de competencia en la industria.

### I. LAS BASES.

1. Las Bases, relativas, como se señaló, a la licitación pública de siete frecuencias aéreas directas entre las ciudades de Santiago y Lima, por un plazo de cinco años, disponen que en la audiencia de licitación, que debería tener lugar el próximo 30 de octubre, las empresas aéreas manifiesten primero las frecuencias por las cuales se interesan, asignándose, sin necesidad de ofertas, aquellas en que hubiese un solo interesado, y a quien realice la oferta monetaria más alta, en sobre cerrado, las restantes.

2. En efecto, las Bases disponen, en lo pertinente:

“6.- En la audiencia de licitación, el Secretario General informará a las empresas aéreas chilenas sobre las frecuencias disponibles, sus características, el plazo de duración de acuerdo al artículo 4º del Decreto Supremo N° 102 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones del año 1981, y les solicitará que manifiesten por cuáles de esas frecuencias se interesan. Si hubiere una sola empresa interesada por cada frecuencia disponible, éstas se asignarán sin necesidad de presentar ofertas. Si hubiere más de una empresa interesada por cada frecuencia disponible, las empresas interesadas deberán proceder a efectuar ofertas en dinero, en sobre cerrado, por cada frecuencia disponible.

7.- A la empresa aérea que efectúe la oferta más alta se le asignará la frecuencia correspondiente. En caso de empate en las ofertas más altas se repetirá entre ellas la licitación de esa frecuencia. Las frecuencias serán asignadas una a una en forma consecutiva en una misma sesión. El Secretario General declarará cuál fue la empresa que ofreció la suma más alta para cada frecuencia pero no indicará el monto del precio señalado. Habrá un breve periodo de tiempo entre cada una de las asignaciones para que cada empresa presente su oferta individual por cada frecuencia.

Una vez que concluya el proceso de licitación de todas las frecuencias, el Secretario General informará sobre el monto de cada oferta. Luego se levantará acta de lo obrado, en la cual se individualizarán los montos ofrecidos. Asimismo, se exhibirá cada una de las ofertas y boletas de garantías entregadas. Cada empresa asignataria procederá a firmar un acta de asignación de la frecuencia, en la que se comprometerá a pagar la suma ofrecida, en los términos establecidos en los artículos 5º y 6º del Reglamento (Decreto N° 102, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial de 17 de junio de 1981).”

3. Como se aprecia, las Bases contemplan como mecanismo de asignación la licitación en base a oferta monetaria, lo que en este caso no resulta apropiado, ya que el valor del producto o insumo a licitar depende de la

cantidad con que ya cuenta cada empresa, existiendo un claro dominante en la ruta, razón por la cual aquel mecanismo debería ser modificado, incorporando consideraciones de competencia para la industria.

## **II. CONCENTRACION DE FRECUENCIAS RESTRINGIDAS.**

4. Como es sabido, el principio de reciprocidad imperante en la materia limita las frecuencias aéreas internacionales, de manera que su posesión es condición necesaria para competir, pudiendo la concentración de frecuencias convertirse en una significativa barrera a la entrada del mercado. Un certero análisis de este fenómeno realizó ese H. Tribunal en su Sentencia N° 44/2006.
5. La misma Sentencia constató que la empresa dominante tiende a otorgar una valoración superior que potenciales competidores, en eventuales subastas, a las frecuencias restringidas. En definitiva, el dominante tiene incentivos para acumular frecuencias, concentrando y hasta eventualmente cerrando el mercado en su favor, con perjuicio de la competencia. Por ello es que en Derecho Comparado el criterio para asignar frecuencias restringidas no es la licitación en base a oferta monetaria, sino que la competencia por plan de explotación, incorporando además criterios tales como la competencia que genere la asignación de la frecuencia, habida cuenta del número de aerolíneas operando en la misma ruta, la distribución de capacidad entre aerolíneas y la entrada de nuevas empresas que puedan desarrollar un prestación eficiente y comercialmente sustentable. Incluso es posible considerar, como ha sucedido en mercados análogos –asignación de espectro radioeléctrico en telecomunicaciones- la cantidad de insumo que cada empresa posee en la ruta.
6. Establecer criterios para asegurar la competencia en la industria es particularmente importante cuando se licita un insumo esencial, como son los derechos de tráfico aéreo comercial, y aún más cuando en el mercado relevante en cuestión existe un claro dominante, toda vez que éste, como señala ese H. Tribunal en su Sentencia N° 44, cuenta con una serie de

incentivos para adquirir frecuencias restringidas con el objeto de crear barreras de entrada, limitando el número y tipo de frecuencias disponibles; utilizarlas como instrumento de amenaza para enfrentar un potencial competidor; y hasta alcanzar acuerdos con otras aerolíneas a efectos de disminuir el grado de competencia.

Particularmente relevante resulta en este punto el hecho de la empresa dominante no haya utilizado dos frecuencias.

7. En la ruta Santiago – Lima, el dominante es, por lejos, el grupo LAN, con una participación de mercado superior al 80%, sustentada en la posesión de la totalidad de las frecuencias dispuestas por la autoridad chilena y de un tercio de las dispuestas por la autoridad peruana.
8. En efecto, la autoridad chilena ha dispuesto, hasta el momento, la apertura de veintiuna frecuencias, la totalidad de las cuales ha sido asignada al grupo LAN.

Por su parte, de las veintiuna frecuencias dispuestas por la autoridad peruana, el grupo LAN detenta siete, otras tantas GOL y otras tantas TACA.

9. Conforme a los criterios vertidos por ese H. Tribunal en su Sentencia N° 44/2006, resulta previsible y probablemente perjudicial para la competencia que, en caso de disputa, el grupo LAN se adjudique las siete frecuencias Santiago – Lima cuya asignación acaba de disponer la autoridad.

Lo anterior, considerando además que, de las veintiuna frecuencias que actualmente posee LAN, hay dos que no ha utilizado.

### **III. EL DERECHO.**

10. La Ley de Aviación Comercial, Decreto Ley N° 2564, expresamente motivada en la necesidad de resguardar la competencia en la industria, dispuso la licitación pública como mecanismo de asignación de

frecuencias aéreas internacionales restringidas, delegando en la Junta de Aeronáutica Civil, mediante Reglamento, la determinación de las condiciones y procedimientos respectivos.

11. El Decreto Supremo N° 102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, estableció el Reglamento de Licitación Pública para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales, disponiendo un mecanismo de remate a viva voz para asignar las frecuencias con más de un interesado, mecanismo que fue impugnado en el proceso que diera origen a la Sentencia N° 44/2006, de ese H. Tribunal, que acogió la impugnación, proponiendo a Su Excelencia, la Presidenta de la República, por medio del referido Ministerio, su modificación, sobre la base de principios de libre competencia, transparencia, no discriminación, y de eficiencia asignativa en la adjudicación, uso, abandono y relicitación de las frecuencias.
12. El Decreto Supremo N° 50, de 2007, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial del 6 de septiembre de 2007, modificó el Decreto Supremo N° 102, de 1981, pero tan sólo eliminando el llamado a viva voz, de modo que, entre otras cosas, se mantiene la licitación pública en base a oferta monetaria como criterio de asignación de frecuencias lo que, según se ha señalado, no resguarda la competencia en la industria cuando existe un actor dominante.
13. En efecto, ese H. Tribunal, en la mentada Sentencia N° 44/2006, si bien reconoció que la licitación con sobre cerrado representaba una mejoría ante el remate viva voz, fue meridianamente claro en cuanto a su insuficiencia en el caso particular de un mercado con un dominante, de cara a las ventajas de éste en una eventual licitación de frecuencias restringidas.
14. Por eso es que esta Fiscalía considera conveniente, para resguardar la competencia en la ruta Santiago – Lima, que ese H. Tribunal disponga que las Bases incorporen consideraciones de competencia en la industria, introduciendo como criterio de asignación la competencia que se genere en la ruta.

15. Aquello sería lo coherente con los principios y normas sobre libre competencia establecidos en el Decreto Ley N° 211, aplicable a todos los mercados, y hasta con el Decreto Ley N° 2564, expresamente motivado, como se ha señalado, en la necesidad de resguardar la competencia en la industria aeronáutica comercial.
16. Ese H. Tribunal ya ha adoptado resguardos de este tipo en su Resolución N° 02/2005, sobre toma de control de BellSouth por Telefónica Móviles, y antes lo había hecho su antecesor, la H. Comisión Resolutiva, en su Resolución N° 588/2000, sobre asignación de concesiones de telefonía móvil en la banda de 1900 MHz.

**POR LO TANTO,**

**A ESE HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18, 19, 26 letra a) y 39 del Decreto Ley N° 211, tener interpuesto requerimiento en contra de la **JUNTA DE AERONÁUTICA CIVIL**, ya individualizada, acogerlo a tramitación, y en definitiva modificar las bases que regulan el proceso de licitación pública de siete frecuencias directas entre las ciudades de Santiago y Lima, publicadas en el Diario Oficial del 8 de octubre último, incorporando como criterio de asignación de frecuencias en disputa, sin perjuicio de otros que estime conveniente ese H. Tribunal, la competencia que genere la asignación de la frecuencia, para lo cual ha de ponderarse la necesidad de limitar la cantidad de frecuencias de cada empresa en la ruta, el número de aerolíneas operando en dicha ruta y la entrada de nuevas empresas.

**PRIMER OTROSÍ:** Conforme al mérito de lo expuesto, de los documentos que se acompañan en un otrosí, y de lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto Ley N° 211, y con el objeto de impedir los efectos negativos del acto que se requiere modificar, resguardando el interés común, solicito a ese H. Tribunal, como medida cautelar, que desde ya suspenda la licitación que motiva el requerimiento de lo principal.

**SEGUNDO OTROSÍ:** Sírvase ese H. Tribunal, tener por acompañados los siguientes documentos:

- a) Copia de las publicaciones efectuadas por la Subsecretaria de Transportes en el Diario Oficial de los días 6 de septiembre y 8 de octubre de 2007,
- b) Copia de las bases de licitación publicadas en el sitio web de la Junta de Aeronáutica Civil, [www.juntadeaeronicivil.cl](http://www.juntadeaeronicivil.cl), y
- c) Copia del ORD. N° 730, de 20 de julio de 2007, de la Junta de Aeronáutica Civil, que informa que en el mes de junio de 2007 LAN operó 19 de las 21 frecuencias asignadas en la ruta Santiago – Lima.

**TERCER OTROSÍ:** Tenga presente el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal.

Asimismo, sírvase ese H. Tribunal tener presente que en la calidad invocada y en la de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, patrocino y asumo la representación de la Fiscalía Nacional Económica, sin perjuicio de lo cual confiero poder a los abogados de la Fiscalía señores Boris Santander Cepeda y Cristian Reyes Cid, todos habilitados para el ejercicio de la profesión, de mi mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente y que firman junto a mí en señal de aceptación.



**ENRIQUE VERGARA VIAL**  
**FISCAL NACIONAL ECONOMICO**