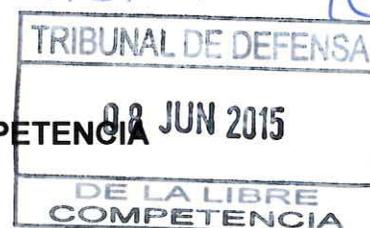


EN LO PRINCIPAL: Formula Requerimiento en contra de LATAM Airlines Group S.A. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña versión electrónica. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Solicita certificación. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Designa receptor judicial. **EN EL CUARTO OTROSÍ:** Se tenga presente; **EN EL QUINTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA



FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA**, ambos domiciliados para estos efectos en calle Agustinas N° 853, piso 2, comuna y ciudad de Santiago, a este H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18°, 19° y siguientes, y 39° del Decreto Ley N° 211 ("DL 211"); y en la Resolución N°37/2011 pronunciada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("H. Tribunal" o "TDLC"), con fecha 21 de septiembre de 2011 ("Resolución N°37"), y fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación expondré, formulo Requerimiento en contra de la sociedad LATAM Airlines Group S.A. ("Requerida" o "LATAM"), representada por su Gerente General, Sr. Enrique Miguel Cueto Plaza, ambos con domicilio en Presidente Riesco N°5711, piso 20, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago.

El presente Requerimiento tiene por objeto que se declare que LATAM ha infringido el artículo 3° inciso 1° del DL 211, al haber incumplido la Condición Séptima de la Resolución N°37 ("Condición N°7") de este H. Tribunal, pronunciada en la causa Rol NC N° 388-11.

En su Resolución N°37 el H. Tribunal autorizó la realización de la operación de concentración entre Lan Airlines S.A. ("LAN") y TAM Linhas Aéreas S.A. ("TAM"), señalando que ésta se ajustaría a las normas del DL 211 si se daba

cumplimiento íntegro y oportuno a todas y cada una de las condiciones ahí expuestas, destinadas conjuntamente a eliminar los riesgos que la operación consultada representaba para la libre competencia.

Entre dichas condiciones, y para efectos de evitar la existencia de barreras de entrada que impidiesen la formación o expansión de una red que pudiera disciplinar a LATAM, el H. Tribunal restringió las posibilidades de la Requerida de participar en determinados acuerdos de cooperación con aerolíneas de otras alianzas globales.

Así, en la Condición N°7, se ordenó a LATAM en relación a los acuerdos de código compartidos ("ACC"), por sí o a través de sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas a: (i) renunciar a todos aquellos ACC que mantuviera con líneas aéreas pertenecientes a alianzas distintas de la suya, en aquellas rutas definidas en la misma condición, o bien, obtener autorización previa del H. Tribunal para mantener la vigencia de esos contratos, teniendo LATAM que optar y realizar la acción en un plazo que venció el 22 de junio de 2014¹; y, (ii) no celebrar nuevos ACC con aerolíneas que no pertenezcan a la alianza en la que en definitiva permanezca LATAM ni modificar los existentes, sin autorización previa del H. Tribunal.

Sin embargo, a pesar de lo ordenado por el H. Tribunal, LATAM no renunció ni consultó cinco ACC celebrados con aerolíneas de una alianza distinta a la suya, los cuales se mantienen vigentes. Asimismo, renunció a un ACC extemporáneamente.

LATAM tampoco ha solicitado la autorización del H. Tribunal respecto de cuatro nuevos ACC con aerolíneas de alianzas distintas a *Oneworld* (alianza del grupo LATAM desde el 31 de marzo de 2014)², uno de los cuales ya fue renunciado.

¹ En tanto la operación se concretó el 22 de junio de 2012, como consta del Hecho Esencial enviado por LATAM a la Superintendencia de Valores y Seguros con esa misma fecha. Consulta en línea http://www.svs.cl/documentos/hes/hes_2012060082367.pdf <última revisión: 8 de junio de 2015: 12:06>.

² Así consta del Hecho Esencial presentado por LATAM a la Superintendencia de Valores y Seguros el día 1 de octubre de 2013 en que indica la incorporación de TAM a la alianza Oneworld.

I. CONDUCTAS IMPUESTAS POR EL H. TRIBUNAL EN LA CONDICIÓN N°7 DE LA RESOLUCIÓN N°37

I.a. La Condición N°7 impuso a LATAM una prohibición general de mantener y celebrar, sin autorización previa, ACC con aerolíneas de alianzas distintas a la que pertenezca, que recaigan en alguna de las rutas descritas por el H. Tribunal

1. El párrafo VII.1 de la condición referida señaló:

"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 códigos 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".

2. Según se observa, el H. Tribunal impuso una obligación dirigida tanto a LATAM como a sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas, entre las que se encuentran las aerolíneas LAN Argentina, LAN Perú y TAM³.

Por su parte, LAN Colombia ingresó a esa misma alianza el 1 de octubre de 2013, como consta en un comunicado público de Oneworld. Consulta en línea http://es.oneworld.com/news-information/oneworldnews/-/asset_publisher/QtTQ7EuCzxd/content/tam-airlines-to-join-oneworld-on-31-march-2014/maximized <última revisión: 8 de junio de 2015: 12:01>.

³ En párrafo 4 de la parte considerativa de la Resolución N°37 se establece: "LAN Airlines es una empresa de nacionalidad chilena, con filiales en Argentina (LAN Argentina), Perú (LAN Perú), Ecuador (LAN Ecuador) y Colombia (Aires), a través de las cuales realiza transporte de pasajeros y carga. También posee filiales dedicadas exclusivamente al transporte de carga, como son ABSA

3. Para estos efectos, el H. Tribunal definió código compartido como *"(...) los contratos en que dos líneas aéreas acuerdan unificar dos vuelos entre un par Origen-Destino en un único avión operado por alguna de las dos compañías. Así, el vuelo tiene códigos de ambas compañías"*⁴⁻⁵.
4. Dichos contratos, según la Resolución N°37, pueden generar efectos pro-competitivos al permitirles a las aerolíneas *"(...) coordinar de mejor forma los horarios de sus vuelos, ofrecer más y mejores conexiones, ofrecer más frecuencias de vuelos y reducir costos al compartir servicios del aeropuerto (...)"*⁶. Sin embargo, como contrapartida, *"(...) disminuyen los incentivos a que una línea aérea expanda sus servicios compitiendo, pudiendo a la vez aumentar el contacto entre aerolíneas en diversos mercados (...)"*⁷, y así generar también riesgos a la competencia.
5. Por lo anterior, la Condición VII.2, no impuso una prohibición absoluta respecto de los ACC, ya que permitió a LATAM iniciar un procedimiento de consulta, en caso de no querer renunciar a los ACC mantenidos a la fecha de dictación de la Resolución y que estaban afectos a la condición, procedimientos que debían estar finalizados antes del 22 de julio del 2014, según consta en su texto:

"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

(Brasil), Florida West International Airlines (Estados Unidos), LANCO (Colombia), MasAir (México) y LAN Cargo (Chile)". Por su parte, el TDLC señaló que "TAM Airlines es una empresa de nacionalidad brasileña, con filiales en Paraguay (TAM Mercosur) y en Brasil (Pantanal Linhas Aéreas), a través de las cuales realiza transporte de pasajeros y carga. TAM también posee una filial dedicada de modo exclusivo a la carga, denominada TAM Cargo."

⁴ Página 2 del Glosario, de la Resolución N°37.

⁵ La Resolución N°37 aclara en el párrafo 68 que los ACC consisten en que "dos aerolíneas comercialicen como propio –bajo códigos identificadores diferentes- servicios en un vuelo operado por una de ellas, a la que la otra paga a una prorrata determinada por asiento vendido". Por su parte, LAN Airlines S.A. en escrito de reclamación presentado a fojas 2.948 en causa Rol NC 388-11 de este H. Tribunal, señala que "en realidad los acuerdos de código compartido son contratos en virtud de los cuales dos o más aerolíneas convienen incorporar sus códigos a los vuelos de la contraparte, con el fin de comercializar asientos de vuelos operados por la otra aerolínea como si se trataran de vuelos propios", agregando que "su principal función económica consiste en permitir a una aerolínea vender vuelos de otra aerolínea como si fueran propios".

⁶ Párrafo 86 de la Resolución N°37.

⁷ Idem.

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”.

6. A la vez, el párrafo VII.3 de la Condición N°7 permitía a LATAM iniciar un procedimiento de consulta previo para poder celebrar nuevos ACC o modificar aquellos existentes que cumplieran con las circunstancias descritas:

“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 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”.

7. Finalmente, tanto LAN como TAM dedujeron, con fecha 3 de octubre de 2011, recursos de reclamación en contra de la Resolución N°37, cuestionando, entre otras, la Condición N°7. Sin embargo, tales recursos fueron desestimados por sentencia de fecha 5 de abril de 2012 dictada por la Excma. Corte Suprema.

I.b. El fundamento de la Condición N°7 consiste en dar cabida a la expansión o ingreso de otras redes en la región a las rutas relevantes

8. El H. Tribunal estimó, al aprobar condicionalmente la fusión LATAM, que la rivalidad en el mercado aéreo se genera entre redes y que, en la región, la competencia se produce principalmente entre las aerolíneas de cada alianza global (*Oneworld, Star Alliance, Sky Team*), siendo excepcionales los acuerdos entre aerolíneas de alianzas distintas⁸.
9. Adicionalmente, el H. Tribunal reconoció que este mercado de redes se encuentra fuertemente concentrado en lo que respecta a Chile, razón por la cual estimó necesario establecer medidas orientadas "*(...) a generar las condiciones e incentivos necesarios y razonables para permitir el surgimiento o consolidación de competencia efectiva que, en el mediano y largo plazo, discipline el comportamiento de LATAM (...)*"⁹.
10. En dicho sentido, para el surgimiento de otras redes en la región que sean capaces de expandirse o ingresar a las rutas relevantes e imponer tensión competitiva a LATAM, el H. Tribunal consideró esencial restringir las posibles estrategias de cooperación entre LATAM y otras aerolíneas de alianzas distintas a LATAM¹⁰.
11. Fundado en lo anterior, el H. Tribunal impuso a LATAM, por medio de la Condición N°7, el deber de renunciar u obtener aprobación respecto a los ACC inter-alianzas en determinadas rutas, a fin de permitir el surgimiento o expansión de competidores que pudieran desafiar y disciplinar a LATAM.

⁸ El párrafo 180 de la Resolución N°37 establece que "*en general existe rivalidad entre estas alianzas [refiriéndose a Oneworld, Star Alliance y SkyTeam] y la competencia regional se da entre las aerolíneas de cada alianza que operan en la zona, interconectándose con sus respectivos socios en las rutas transcontinentales. Sólo excepcionalmente, en casos en que ninguno de los miembros de una alianza sirve una determinada región o destinos relevantes, se han desarrollado acuerdos entre aerolíneas de distintas alianzas para extender la red de servicios a esas áreas*".

⁹ Párrafo 303 de la Resolución N°37.

¹⁰ En efecto, el H. Tribunal consideró que, de ser aprobada la fusión, ésta debía "*(...) ser compensada, para efectos de salvaguardar la libre competencia en los mercados concernidos, con una disminución en la coordinación de estas aerolíneas con otras empresas aeronáuticas, en especial si los acuerdos vigentes con ellas ya contienen altos grados de coordinación, o si éstos incluyen tramos en que se superponen las operaciones de LAN o TAM con la empresa con que alguna de estas últimas mantiene acuerdos(...)*" (Párrafo 87 de la Resolución N°37).

I.c. Las rutas sujetas a la Condición N°7 se encuentran precisadas por el H. Tribunal

12. En el marco de la consulta, que dio origen a la Resolución N°37¹¹, el H. Tribunal tuvo a la vista la existencia de ACCs inter-alianzas¹². Sin embargo, no identificó los acuerdos que debían ser renunciados¹³, puesto que para ello primero LATAM debía elegir a qué alianza pertenecer, en cumplimiento de la Condición N°6¹⁴.
13. Considerando lo anterior, en el párrafo VII.1 de la condición referida, el H. Tribunal estableció parámetros que permiten determinar cuáles son los acuerdos que debían ser renunciados por LATAM o aprobados por el H. Tribunal, señalando los siguientes requisitos¹⁵:
- (i) Que en el acuerdo, una de las partes sea LATAM o sus matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas;
 - (ii) Que el acuerdo se trate de un código compartido;
 - (iii) Que en el acuerdo una de las partes pertenezca a una alianza distinta a la que escoja definitivamente LATAM;
 - (iv) Que el acuerdo comprenda una de las siguientes rutas:
 - a. *"(...) 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"*¹⁶; y
 - b. *"en los tramos intermedios de las rutas indicadas, es decir, si por ejemplo la ruta a Europa es Santiago – São Paulo – Madrid, tampoco*

¹¹ Cuadro N°1, del párrafo 80 de la Resolución N°37.

¹² Párrafo 342 de la Resolución N°37.

¹³ Ídem.

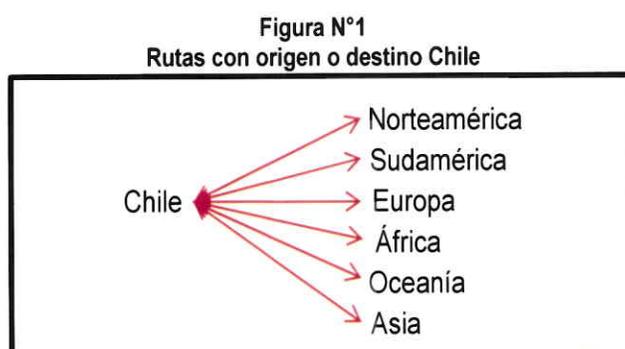
¹⁴ La condición N°6 de la Resolución N°37 establece que *"LATAM deberá renunciar, dentro de un plazo que no exceda de 24 meses contados desde la fecha en que se materialice la operación consultada, al menos a una de las dos alianzas globales en que a esa fecha participan sus partes, LAN y TAM (...)"*.

¹⁵ Punto 1 de la Condición N°7 de la Resolución N°37.

¹⁶ Punto 1.i) de la Condición N°7 de la Resolución N°37.

podrá celebrar este tipo de acuerdos en la ruta Santiago – São Paulo ni en la ruta São Paulo – Madrid (...)¹⁷.

14. Así, en primer lugar, no podrá celebrar o mantener vigentes ACC inter-alianzas sin aprobación del H. Tribunal, en todas las rutas “que tengan origen o destino Chile”, sea cual sea el destino al que se dirijan o del que provengan y que cumplan con los demás requisitos señalados, según indica la Figura N°1 siguiente:



15. En segundo lugar, la prohibición se extiende a los ACC inter-alianzas en aquellas rutas con destino Europa o Norteamérica, en que previamente el avión realiza una parada/conexión en algún aeropuerto de Sudamérica, ya sea que los pasajeros cambien de avión (una escala) o no lo hagan (directo), según muestra la Figura N°2 siguiente:



16. En esta hipótesis, LATAM se encontraba obligada a renunciar u obtener autorización previa del H. Tribunal por vía de consulta respecto de la suscripción o modificación de dos tipos de ACC distintos: (i) el que conecta

¹⁷ Punto 1.ii) de la Condición N°7 de la Resolución N°37.

Chile con Sudamérica; (ii) y el que conecta Sudamérica con Norteamérica o Europa.

17. Para evitar cualquier duda, el H. Tribunal -en el numeral ii) del párrafo VII.1- aclaró que deben considerarse dentro de la Condición N°7 los ACC relativos a *"(...) los tramos intermedios de las rutas indicadas (...)"*¹⁸, y para evitar cualquier duda dispuso como ejemplo la ruta Santiago – São Paulo – Madrid, explicando que LATAM *"(...) tampoco podrá celebrar este tipo de acuerdos en la ruta Santiago – São Paulo ni en la ruta São Paulo – Madrid (...)"*¹⁹.
18. En este sentido, el H. Tribunal señaló que *"(...) por un lado LATAM no deberá mantener ni celebrar acuerdos de código compartido con líneas aéreas que no pertenezcan a la alianza mundial a la que LATAM hubiere optado, en las rutas que llegan a y salen de Chile y en sus tramos intermedios, de manera que esta medida de mitigación no sea eludida celebrándolos sólo hasta los hubs²⁰ sudamericanos (...)"*²¹.
19. Todo lo anterior es consistente con los efectos anticompetitivos que la fusión podía generar en el mercado del transporte aéreo, especialmente en las rutas *hub to hub*, al concluir que al subsistir dichos acuerdos, las barreras a la entrada se mantendrían o aumentarían, dificultándose la formación o fortalecimiento de una red que desafíe a LATAM²².

¹⁸ Punto 1.ii) de la Condición N°7 de la Resolución N°37.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Definido en la Parte Expositiva, letra A de la Resolución N°37, como aquel que *"corresponde a un aeropuerto que una aerolínea utiliza como punto de concentración de pasajeros que proceden de diversos orígenes para redireccionarlos a su destino final, como parte de un modelo Hub and Spoke"*

²¹ Párrafo 343 de la Resolución N°37.

²² El H. Tribunal puso atención en que la mayoría del tráfico hacia y desde Chile -por sus características geográficas y tamaño del mercado- se realiza con escalas en los principales *hubs* de Sudamérica y que, a su vez, las rutas *hub a hub* otorgan ventajas competitivas a las aerolíneas que las operan (Párrafo 94 de la Resolución N°37). Debido a esto, en el párrafo 345 de la Resolución N°37 el H. Tribunal estableció que *"(...) para que los viajeros y carga que viajen desde y hacia Chile tengan alternativas competitivas también desde esos hubs, es necesario que LATAM -salvo aprobación previa de este Tribunal- abandone los acuerdos de código compartido con aerolíneas que no pertenecen a la alianza que escoja finalmente (...)".* A continuación el H. Tribunal explicó que *"[u]na definición más restrictiva involucraría el riesgo de que se abandonen los acuerdos de código compartido sólo en las rutas que unan Chile con el hub sudamericano de cada ruta -reemplazándolo por un acuerdo de interlínea- pero que LATAM mantenga acuerdos de código compartido con varias aerolíneas que sirven las rutas desde los mencionados hubs, pudiendo así limitar la competencia entre alianzas".*

II. LATAM INCUMPLIÓ LA RESOLUCIÓN N°37 AL NO CONSULTAR NI RENUNCIAR ACUERDOS DE CÓDIGO COMPARTIDO EN LOS TÉRMINOS EXIGIDOS POR LA CONDICIÓN N°7

20. Como se adelantó, LATAM (i) no renunció ni obtuvo previamente autorización para mantener vigentes 6 ACC inter-alianzas; y, además, (ii) celebró 4 nuevos ACC inter-alianzas en rutas sujetas a la prohibición, sin someterlos al procedimiento de consulta, según lo ordenado por el H. Tribunal²³.

II.a. LATAM no renunció ni consultó los ACC que, al momento de dictarse la Resolución N°37, mantenía con aerolíneas de otras alianzas

21. Al momento de dictarse la Resolución N°37, el 21 de septiembre de 2011, LATAM mantenía los siguientes ACC inter-alianzas a los que, de acuerdo a lo señalado en la Condición N°7, debía renunciar o, en su defecto, obtener la correspondiente autorización del H. Tribunal para su mantención a través de una consulta.

²³ Aviado Partners, consultor designado en cumplimiento de lo establecido en la Condición N°14 de la Resolución N°37, hizo referencia en sus reportes trimestrales número 7 de fecha 4 de agosto de 2014, 8 de fecha 27 de noviembre de 2014, 9 de fecha 12 de marzo de 2015 y 10 de junio de 2015 a los ACC restringidos por la Condición N°7 que LATAM mantenía vigentes. En su reporte trimestral número 10 señaló que *"Based on information provided by LATAM, it is understood codeshare agreements including the following restricted routes are still in place:*

- *Codeshare agreement between Lufthansa (LH) and TAM (JJ): LH marketing code on TAM operated flights FRA-SAO and FRA-RIO.*
- *Codeshare agreement between Turkish Airlines (TK) and TAM: JJ marketing code on TK operated flights IST-SAO.*
- *Codeshare agreement between Singapore Airlines (SQ) and TAM: JJ marketing code on SQ operated flights BCN-SAO.*
- *Codeshare agreement between Aero Mexico and TAM: JJ marketing code on AM operated flights MEX-SAO and AM marketing code on TAM operated flights MEX-SAO.*
- *Codeshare agreement between Aero Mexico and LAN Peru (LP): LP marketing code on AM operated flights MEX-LIM and AM marketing code on LP operated flights MEX-LIM.*
- *Codeshare agreement between Korean Air (KE) and LAN Peru: KE marketing code on LAN Peru operated flights LAX-LIM.*
- *Codeshare agreement between Air China (CA) and TAM: CA marketing code on TAM operated flights on SAO-FRA, SAO-LON, SAO-MAD, SAO-MIL, SAO-PAR and on RIO-PAR.*
- *Codeshare agreement between ANA (NH) and TAM: NH marketing code on TAM operated flights on SAO-FRA, SAO-LON, SAO-PAR.*
- *Codeshare agreement between Aero Mexico and LAN Argentina: LAN Argentina marketing code on Aero Mexico operated flights BUE-MEX"*

Tabla N°1 - ACC que LATAM mantenía al dictarse la Resolución N°37, que no fueron consultados ni renunciados dentro de plazo.

| | Aerolínea LATAM | Aerolínea otra Alianza | Ruta con conexión Chile | Fecha suscripción |
|---|------------------------|------------------------------------|---|--------------------------|
| 1 | LAN Arg. | Aeroméxico – Sky Team | Buenos Aires – Ciudad de México v.v. ²⁴ | 30-04-2008 |
| 2 | LAN Perú | Aeroméxico – Sky Team | Ciudad de México – Lima | 31-08-2004 ²⁵ |
| 3 | TAM | Air Canada – Star Alliance | Toronto – Sao Paulo v.v. | 01-10-2008 |
| 4 | TAM | AirChina – Star Alliance | Sao Paulo – Londres / Paris / Frankfurt / Madrid / Milan v.v. | 01-11-2008 |
| | | | Río de Janeiro – Paris v.v. | |
| 5 | TAM | All Nippon Airways – Star Alliance | Sao Paulo – Londres / Paris / Frankfurt / Nueva York v.v. | 09-07-2010 ²⁶ |
| 6 | TAM | Lufthansa – Star Alliance | Sao Paulo - Frankfurt v.v. | 01-12-2007 |
| | | | Río de Janeiro - Frankfurt v.v. | |
| | | | Sao Paulo – Múnich | |

Fuente: elaboración propia en base a la Resolución N°37 y a información entregada por LATAM.

22. Según se observa, todos estos ACC conectan con *hub* sudamericanos, formando parte de rutas intermedias entre Chile y un destino de Europa o Norteamérica, por lo que LATAM debía optar por renunciar a los mismos u obtener del H. Tribunal por vía de consulta la autorización para mantener estos ACC. Cualquier alternativa, en todo caso, debía hacerse efectiva en el plazo máximo de 24 meses contados desde la materialización de la operación de concentración entre LAN y TAM. Es decir, a más tardar el 22 de junio de 2014 LATAM debía renunciar a ellos o haber obtenido la autorización pertinente del H. Tribunal, lo cual no ocurrió.
23. Con todo, al inicio de la fiscalización del cumplimiento de lo ordenado por el H. Tribunal -investigación Rol FNE 2126-12- la FNE solicitó a LATAM detallar la manera en que entendía lo señalado en las condiciones establecidas por el H. Tribunal, la razón de la mantención o celebración de los ACC referidos y una lista de los ACC que entendía sujetos a la Condición N°7. Sin embargo, LATAM se limitó a reproducir la literalidad de la Condición N°7 referida, sin dar mayores explicaciones sobre la forma en que debía cumplirse²⁷.

²⁴ La sigla v.v., significa ida y vuelta en la terminología aeronáutica.

²⁵ Acuerdo modificado con fecha 4 de febrero de 2008.

²⁶ Acuerdo modificado con fecha 12 de agosto del 2014.

²⁷ Respuesta de LATAM al Ord. N°1635, de fecha 30 de noviembre de 2012.

II.b.LATAM tampoco consultó la celebración -posterior a la dictación de la Resolución N°37- de cuatro nuevos ACC inter-alianzas en rutas incluidos en la Condición N°7

24. Además de la obligación antes descrita, el párrafo VII.3 de la Condición N°7 impuso a la Requerida la obligación de obtener una autorización a través de un procedimiento de consulta, previo a suscribir el establecimiento o modificación de cualquier ACC inter-alianzas que recayera en las rutas allí descritas. Sin embargo, LATAM, incumpliendo nuevamente la condición señalada, celebró cuatro ACC inter-alianzas con posterioridad a la dictación de la Resolución N°37 sin cumplir lo ordenado por S.S., según indica la siguiente tabla:

Tabla N°2 - ACC prohibidos suscritos por LATAM con posterioridad a la dictación de la Resolución N°37

| | Aerolínea LATAM | Aerolínea otra Alianza | Ruta con conexión Chile | Fecha suscripción |
|---|------------------------|---|--|--------------------------|
| 1 | LAN Perú | Korean Airlines – Sky Team | Los Ángeles – Lima v.v. | 25-03-2014 ²⁸ |
| 2 | TAM | Aeroméxico – Sky Team | Ciudad de México – Sao Paulo v.v. | 06-12-2011 ²⁹ |
| 3 | TAM | Singapore Airlines – Star Alliance | Sao Paulo – Barcelona / Londres v.v. | 28-03-2014 ³⁰ |
| 4 | TAM | Turkish Air – Star Alliance ³¹ | Sao Paulo – Estambul / Londres / Madrid v.v. | 16-11-2011 |
| | | | Río de Janeiro – Londres v.v. | |

Fuente: elaboración propia en base a información proporcionada por LATAM

25. Todos los ACC individualizados en la tabla antes expuesta, se refieren a rutas que están comprendidas en la Condición N°7, por cuanto conectan destinos de Europa o Norteamérica con Sudamérica.

²⁸ El 26 de diciembre de 2014, LATAM suscribió una modificación al ACC celebrado entre LAN Perú y Korean Airlines, sin que fuera consultado al H. Tribunal.

²⁹ Este ACC fue suscrito con posterioridad a la fecha de dictación de la Resolución N°37 (21 de septiembre de 2011), y con anterioridad a la sentencia de la Excma. Corte Suprema (5 de abril de 2012).

³⁰ LATAM informó a esta Fiscalía que el acuerdo celebrado entre Singapore Airlines y TAM fue renunciado el 31 de marzo de 2015, con efecto desde el 10 de julio del mismo año.

³¹ Este acuerdo se dejó sin efecto por LATAM el 10 de julio de 2015, fecha posterior al vencimiento del plazo en que debía abandonar los ACC inter-alianza sujetos a la Condición N°7.

II.c.A propósito de la Condición N°7, LATAM ha implementado un procedimiento de inhibición respecto de los ACC incumplidos, por el cual se restringe el uso de los pasajeros desde/hacia Chile para acceder a tales vuelos, lo que en ningún caso constituye una consulta ni una renuncia como lo exige la condición

26. En mayo de 2014, la Requerida informó a esta Fiscalía, en relación con la Condición N°7, que contrató los servicios de una empresa externa para elaborar “(...) un procedimiento destinado a inhibir el uso de códigos compartidos en vuelos entre Chile y Norteamérica o Europa, que realicen una escala en Sudamérica como parte de la ruta, cuando esos códigos pertenecen a líneas aéreas de alianzas distintas a la que pertenece LATAM”³². Dicho procedimiento de inhibición (“PI”) estaría siendo aplicado sobre todos los ACC respecto de los cuales esta Fiscalía imputa incumplimiento, salvo el ACC entre Aeroméxico y LAN Argentina³³.
27. De este modo, según explica LATAM, el PI tiene por objeto hacerse cargo de una supuesta “restricción de uso”³⁴ que le habría impuesto el H. Tribunal respecto de los ACC en las rutas intermedias que conecten Chile con Europa o Norteamérica, a pesar de que la Condición N°7 en ningún lugar hace mención a las palabras “restricción” o “uso”.
28. En buenas cuentas, LATAM en vez de dar cumplimiento a lo dispuesto en la Condición N°7, creó un procedimiento *sui generis* que -según expresa- impediría a los pasajeros que quieren comprar un pasaje desde o hacia Chile, optar por un vuelo sujeto a un ACC inter-alianzas.
29. De hecho, el H. Tribunal dispuso expresamente en su Resolución N°37 que es “(...) necesario que LATAM –salvo aprobación previa de este Tribunal- abandone los acuerdos de código compartido con aerolíneas que no

³² Presentación de LATAM de 5 de septiembre de 2014, en que responde al Informe de Aviado de 14 de julio de 2014, página 13. Nótese que hace referencia a las mismas condiciones que el H. Tribunal estableció para la determinación de aquellos acuerdos de Código Compartido que debían consultarse o renunciarse.

³³ Así consta de la respuesta de LATAM al Ord. 1177, de fecha 26 de agosto de 2014.

³⁴ Respuesta de LATAM, de fecha 5 de septiembre de 2014, página 14, párrafo III.1.

*pertenecen a la alianza que escoja finalmente (...)*³⁵, siendo evidente que el sentido y alcance del verbo rector “renunciar” se refiere a una obligación de abandonar y dejar de ser parte completamente de dichos acuerdos, y no a una mera restricción de uso³⁶.

30. Por lo demás, tal medida autoimpuesta por LATAM, desatiende la finalidad de los remedios ordenados por el H. Tribunal, cuyo objeto fue precisamente, permitir “(...) *la entrada de otras redes en el mediano plazo con posibilidades de participar, compitiendo, en la conectividad aérea de Chile con la región y con el resto del mundo*”³⁷.
31. Es más, el PI podría dejar a los consumidores chilenos en una situación desmejorada al limitar la frecuencia de vuelos a las que dichos consumidores pueden acceder, reduciéndose la oferta, sin que a cambio se reduzcan las barreras para el ingreso o formación de redes que en el mediano plazo compitan con la Requerida³⁸.
32. De esta forma, el PI, (i) no es una renuncia a los ACC; (ii) no ha sido aprobado por el H. Tribunal mediante un procedimiento de consulta³⁹; y, en todo caso, (iii) con la restricción de uso a pasajeros para utilizar vuelos con ACC, se desincentiva el ingreso de otra red.

III. MERCADO AFECTADO

33. Tal como expuso el H. Tribunal en su Resolución N°37, para la determinación del mercado relevante⁴⁰ en el caso de esta operación de

³⁵ Párrafo 345 de la Resolución N°37.

³⁶ En efecto, así lo ha entendido LATAM al tratarse de otras condiciones impuestas por la Resolución que establecían la obligación de renunciar. Así ocurrió con las condiciones 6° y 8°.

³⁷ Párrafo 299 de la Resolución N°37.

³⁸ La Directora de Alianzas Estratégicas de LATAM declaró ante esta Fiscalía, con fecha 23 de enero de 2015, que “[e]l pasajero que se embarca en Chile hoy día no puede utilizar como conexión de un vuelo en código compartido que se origina en un punto de Sudamérica, Estados Unidos y Europa, y desde esa perspectiva tiene una alternativa menos”.

³⁹ Así lo reconocieron diversos ejecutivos de LATAM al declarar en dependencias de esta Fiscalía, señalando que el PI no constituye una renuncia y no constituye una consulta. A modo de ejemplo, don Cristián Toro Cañas, Vicepresidente Legal de LAN, en declaración de 13 de abril de 2015.

⁴⁰ Esta Fiscalía entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado. Guía Interna para el Análisis de Operaciones de

concentración no es correcto limitarse únicamente al análisis de pares de ciudades origen-destino. Debe incluirse en el mercado relevante el hecho que la aviación comercial es una industria de redes y los efectos asociados a esa operación de concentración.

34. Por consiguiente, este H. Tribunal determinó que *"(...) el mercado relevante del producto en la consulta de autos no sólo se define por un determinado par Origen-Destino, sino que también está condicionado por efectos de la red, los que adquieren distintos grados de importancia según cuál sea el tipo de consumidor, esto es, consumidores más sensible al tiempo, por un lado, y consumidores más sensibles al precio, por otro"*⁴¹.
35. Por tanto, si bien el mercado afectado comprende al de transporte aéreo de pasajeros en vuelos que tengan por origen o destino Chile, sea en vuelos directos o con una escala, el carácter de industria de red de la aviación comercial puede llegar a constituir una barrera a la entrada por cuanto, las ventajas asociadas a la densidad de una red -cantidad de vuelos diarios o variedad de destinos- difícilmente son replicables por una aerolínea que carece de red o integra una de escasa densidad⁴².

IV. LOS INCUMPLIMIENTOS DE LATAM IMPORTAN RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

36. Como este H. Tribunal sabe, el ejercicio de la potestad establecida en el artículo 18N°2 del DL 211 está destinado a otorgar certeza sobre la legitimidad de determinados hechos, actos o contratos, sea que éstos existan o no a la fecha de la respectiva consulta.
37. En dicho sentido, este H. Tribunal ha señalado que la facultad contenida en el artículo 18 N°2 del DL 211 tiene una función dirigida a evitar lesiones o

Concentración Horizontal. Fiscalía Nacional Económica, octubre de 2012, disponible en <http://www.fne.cl>.

⁴¹ Párrafo 50 de la Resolución N°37.

⁴² Párrafo 52 de la Resolución. N°37: *"(...) Los elementos esenciales que podrían generar barreras a la entrada son la densidad y extensión de su red."*

puestas en peligro de la libre competencia, basada en un criterio preventivo que permite a sus destinatarios adecuar sus conductas a lo preceptuado en las resoluciones emanadas de dicho Tribunal⁴³.

38. Ello es del todo relevante para el caso de la aprobación de una fusión como la de LAN y TAM, en la cual S.S. consideró que la misma conllevaba riesgos para la libre competencia y que, por lo mismo, sólo podría aprobarse si se implementaba una serie de condiciones o medidas, sin las cuales la operación debía considerarse anticompetitiva e incapaz de traspasar eficiencias a consumidores⁴⁴.
39. Desde el punto de vista doctrinario se ha señalado que: *"[l]as condiciones o medidas impuestas por el TDLC en procedimientos no contenciosos constituyen obligaciones de carácter administrativo-regulador, de modo que su incumplimiento califica, por definición, como un "hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos" (artículo 3° inciso 1° del DL 211). Por ello, cualquiera que incumpla una condición deberá ser castigado en conformidad al artículo 26 del DL 211, previa tramitación de un requerimiento o demanda de acuerdo al artículo 18 N°1 del DL 211"*⁴⁵.
40. Así las cosas, el incumplimiento importa, por sí mismo, una vulneración al artículo 3° del DL 211⁴⁶, tal y como lo ha entendido anteriormente S.S. en el sentido de que *"(...) la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las medidas, condiciones o términos fijados en tales resoluciones para la ejecución o celebración del hecho, acto o contrato respectivo, es la*

⁴³ Ver por ejemplo Sentencia N° 86/2009, causa Rol C-180-08, caratulada "Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. Y Río Neff Ltda. Contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.", Considerando Segundo, Sentencia N°117/2011, causa Rol C-156-08, caratulada "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone", Considerando Vigésimo primero, o la Resolución N°24/2008, rol NC N°199-107, caratulado "Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella", Párrafo 1.1.8, Parte II.

⁴⁴ Párrafo 303 de la Resolución N°37: *"Lo anterior implica que, para aprobar una operación con elevados riesgos para la libre competencia -como la que aquí se analiza-, las condiciones y medidas que se impongan deben cumplir con determinados requisitos de procedencia y operabilidad (...)"*.

⁴⁵ Informe en Derecho elaborado por Santiago Montt Oyarzún a petición de la FNE, acompañado en la causa Rol C-156-08 tramitada ante el H. TDLC.

⁴⁶ Véase al efecto la Resolución N°22 del H. Tribunal, de fecha 19 de octubre de 2007.

*responsabilidad por infracción a las normas de protección de la libre competencia (...)*⁴⁷.

41. Según se expuso en los capítulos precedentes, las conductas desplegadas por LATAM infringen la Condición N°7 de la Resolución, al no haber renunciado ni obtenido aprobación para la mantención de 6 ACC inter-alianzas que se encuentran sujetos a la condición señalada, uno de los cuales fue renunciado extemporáneamente, y no haber obtenido aprobación previa para la celebración de 4 ACC que estaban dentro de los supuestos de la medida referida. De esta forma, resulta evidente que su incumplimiento importa la materialización de ilícitos anticompetitivos, en los términos del artículo 3° del DL 211, los cuales tienen el mérito suficiente para ser sancionados de conformidad al artículo 26 del DL 211.

V. LATAM DEBE SER CONDENADA AL PAGO DE UNA MULTA Y A DAR Estricto CUMPLIMIENTO A LAS CONDICIONES IMPUESTAS EN LA RESOLUCIÓN N°37

42. Como ya se ha expuesto, LATAM ha incumplido la medida que se le impusiera en la Condición N°7 de la Resolución N°37, debiendo considerarse para la determinación de la multa solicitada, en primer lugar, la gravedad de las conductas imputadas, referidos al contexto de la condición en la operación de concentración consultada y a la naturaleza del mercado en cuestión.
43. En segundo lugar, la determinación de la multa debe considerar el carácter de reincidente de la Requerida, ya que en procedimientos anteriores, LATAM o sus antecesores legales han sido sancionados por las autoridades de defensa de la libre competencia de nuestro país⁴⁸.

POR TANTO, de conformidad con los antecedentes y argumentos expuestos, y con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°,

⁴⁷ Sentencia N° 86/2009, de fecha 30 de julio de 2009, Considerando Cuarto.

⁴⁸ Párrafos 253 y siguientes de la Resolución N°37.

18, 19 y siguientes, y 39, del Decreto Ley N° 211, la Resolución N°37 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y demás normas aplicables,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA:

Tener por interpuesto Requerimiento en contra de la sociedad **LATAM Airlines Group S.A.**, ya individualizada, acogerlo a tramitación y, en definitiva:

- (1) Declarar que la requerida ha incumplido la Condición N°7 de la Resolución N°37, infringiendo el inciso primero del artículo 3° del DL 211;
- (2) Ordenar a LATAM, en razón de la declaración de dicho incumplimiento, a poner término a los siguientes acuerdos de código compartido, dentro del plazo de 60 días desde ejecutoriada la sentencia que se pronuncie sobre estos autos:
 - a. Acuerdo suscrito entre LAN Argentina y Aeroméxico, referido a la ruta Buenos Aires - Ciudad de México v.v., de fecha 30 de abril de 2008;
 - b. Acuerdo suscrito entre LAN Perú y Aeroméxico, referido a la ruta Ciudad de México - Lima, de fecha 31 de agosto de 2004;
 - c. Acuerdo suscrito entre TAM y AirChina, referido a las rutas Sao Paulo – Londres / Paris / Frankfurt / Madrid / Milán v.v.; Rio de Janeiro - Paris v.v., de fecha 1 de noviembre de 2008;
 - d. Acuerdo suscrito entre TAM y All Nippon Airways, referido a las rutas Sao Paulo – Londres / Paris / Frankfurt / Nueva York v.v., de fecha 9 de julio de 2010; y
 - e. Acuerdo suscrito entre TAM y Lufthansa, referido a las rutas Sao Paulo - Frankfurt v.v.; Rio de Janeiro - Frankfurt v.v.; Sao Paulo - Múnich, de fecha 1 de diciembre de 2007;
- (3) Ordenar a LATAM, en razón de la declaración de dicho incumplimiento, a poner término a los siguientes acuerdos de código compartidos celebrados con posterioridad a la dictación de la Resolución N°37, dentro del plazo de 60 días desde ejecutoriada la sentencia que se pronuncie sobre estos autos:
 - a. Acuerdo suscrito entre LAN Perú y Korean Airlines, referido a la ruta Los Ángeles - Lima v.v., de fecha 25 de marzo de 2014;
 - b. Acuerdo suscrito entre TAM y Aeroméxico, referido a la ruta Ciudad de México - Sao Paulo v.v., de fecha 6 de diciembre de 2011; y

c. Acuerdo suscrito entre TAM y Singapore Airlines, referido a las rutas Sao Paulo – Barcelona / Londres v.v., de fecha 28 de marzo de 2014.

- (4) Imponer a la requerida, una multa de 5.000 Unidades Tributarias Anuales; y,
- (5) Condenar a la requerida al pago de las costas.

PRIMER OTROSÍ: En cumplimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado N°7/2006 del H. Tribunal, por este acto se acompaña versión electrónica del Requerimiento de autos.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito a S.S. ordenar a la Secretaria del Tribunal que certifique como es efectivo que LATAM Airlines Group S.A. no ha iniciado procedimiento de consulta alguno ante este H. Tribunal en el período comprendido entre el 22 de junio de 2012 y la fecha de esta presentación.

TERCER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que señalo a don **Marcos Gacitúa Guerrero**, receptor judicial, con domicilio en paseo Rosa Rodríguez N°1375, Of 414, comuna de Santiago, para los efectos de practicar la notificación del presente Requerimiento y realizar todas aquellas diligencias en las que durante la substanciación del proceso sea necesaria la intervención de un Ministro de Fe público, sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación en cualquier momento.

CUARTO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que, sin perjuicio de la acción interpuesta en lo principal de esta presentación, la Fiscalía Nacional Económica continuará fiscalizando el cumplimiento de las condiciones impuestas por este H. Tribunal en la Resolución N°37 que aprobó condicionalmente la operación de concentración entre las empresas LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.

QUINTO OTROSÍ: Sírvase este H. Tribunal tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo N°149 de 26 de mayo de 2014 en que se realiza mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia en la Secretaria de ese H. Tribunal. Asimismo, sírvase este H. Tribunal tener presente que, en mi

calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con el domicilio ya indicado, asumo la defensa de la Fiscalía Nacional Económica en estos autos, y confiero poder a los abogados **Vanessa Facuse Andreucci, Nicolás Carrasco Delgado, Germán Johannsen Gomila y Daniela Severin Herrera**, todos habilitados para el ejercicio de la profesión, de mí mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman junto a mí en señal de aceptación.