



Recurso de reclamación

## H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

**MARIO YBAR ABAD, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (s)**, en autos caratulados **“Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración de LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras”, Rol NC N° 434-2016**, al H. Tribunal de la Libre Competencia (“**H. TDLC**”) respetuosamente digo:

De conformidad a lo establecido en el artículo 31, en relación con los artículos 18 N° 2 y 27, todos del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, sobre Defensa de la Libre Competencia (“**DL 211**”), y demás normas legales aplicables, encontrándonos dentro de plazo, interponemos fundado recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 54/2018 de este H. Tribunal, dictada con fecha 31 de octubre de 2018 (“**Resolución N° 54**” o indistintamente “**Resolución**”), que fuera notificada personalmente a este Servicio con la misma fecha, según consta en certificación de fojas 4872 y que declara que los *Joint Business Agreements* (“**JBA**” o indistintamente los “**Acuerdos**”) - celebrados entre LATAM Airlines Group S.A. (“**LATAM**”) y American Airlines, Inc. Agencia Chile (“**American Airlines**” o “**American**”), por una parte, y entre LATAM e Iberia Líneas Aéreas de España S.A. (“**Iberia**”) y British Airways PLC (“**British**”, y conjuntamente “**IAG**”), por la otra (en adelante todas ellas las “**Partes**”)- se ajustan a las normas del DL N° 211 siempre que cumplan de manera íntegra con las medidas que impone la Resolución.

El presente Recurso tiene por objeto que la Excma. Corte Suprema, luego de la tramitación legal de rigor, y conforme al mérito de los antecedentes de hecho, de derecho y económicos agregados al proceso seguido ante este. H. TDLC y a los antecedentes que se exponen en el cuerpo de esta presentación, lo acoja íntegramente y revoque la Resolución N° 54, declarando en definitiva que la celebración de los Acuerdos es contraria al DL 211 y que las medidas propuestas en la Resolución no son efectivas, suficientes ni adecuadas para garantizar el resguardo de la libre competencia en los mercados afectados.

## I. RESUMEN EJECUTIVO

1. Los acuerdos consultados por la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. (“**Achet**”) que dieron origen a la Resolución N° 54, constituyen acuerdos entre competidores que permitirán a las Partes determinar conjuntamente una serie de variables competitivas, tales como el precio y la oferta de pasajes aéreos. Su materialización necesariamente implicará la monopolización o derechamente la eliminación de la competencia en las rutas Santiago - Madrid y Santiago - Miami (en adelante “**Rutas Monopolizadas**”), toda vez que las Partes son los únicos competidores que operan esos tramos mediante vuelos sin escala, además de reducir la competencia en otras rutas que presentan alta concentración.

2. El H. TDLC, a pesar de estar conteste con la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “**FNE**” o “**Fiscalía**”) en cuanto a que los riesgos anticompetitivos detectados en los Acuerdos, a saber, el alza de precios particularmente en las Rutas Monopolizadas y riesgos de naturaleza exclusoria, superan con creces las posibles eficiencias, ha resuelto declarar que estos JBA se ajustan a las normas del DL 211 en la medida que se dé cumplimiento íntegro a las nueve medidas de mitigación que impuso con el objeto de atenuar la entidad, magnitud y extensión de esos riesgos.

3. Atendido lo anterior, esta Fiscalía estima que dichas medidas son ineficaces, insuficientes, difíciles de fiscalizar y que incluso podrían generar distorsiones en los mercados afectados por los Acuerdos.

4. En lo sucesivo, se expondrán fundadamente los errores de la Resolución N° 54, especialmente en lo que dice relación con el cómputo de los riesgos constatados y de las eficiencias probables, como también la ineficacia de las medidas propuestas para mitigar los riesgos detectados en la misma. Todo lo anterior, desde ya justifica que la Excma. Corte revoque la Resolución, ordenando de este modo la prohibición de los Acuerdos consultados. Lo anterior, sin perjuicio de que las Partes consulten nuevamente a los órganos de libre competencia, en caso de verificarse modificaciones sustanciales en las condiciones de mercado en donde dichos Acuerdos producirían sus efectos.

## II. DE LOS JBA MATERIA DE ESTE RECURSO

### A. Los JBA importan una coordinación de importantes variables de competencia entre competidores

5. Los Acuerdos alcanzados por las Partes constituyen alianzas comerciales respecto de los negocios de transporte aéreo de pasajeros y carga, relativos a los servicios prestados por estas compañías, entre LATAM e IAG para las rutas que conectan Sudamérica y Europa<sup>1</sup>, por una parte, y entre LATAM y American Airlines para las rutas que conectan Sudamérica y Norteamérica<sup>2</sup>, por la otra.

6. En específico, estos JBA implican una coordinación de horarios, tarifas, estrategias de venta y capacidad, integración de programas de pasajero frecuente y el reparto de ingresos entre las partes para las rutas involucradas. Todo lo anterior se realiza sobre el principio de "*neutralidad del metal*" o "*metal neutrality*", en virtud del cual es indiferente para las Partes qué aerolínea específica realiza el servicio de transporte de pasajeros en la ruta troncal<sup>3</sup>, ya que los beneficios de la operación de los vuelos son repartidos entre ambas y las decisiones son tomadas conjuntamente.

En efecto, y tal como señala la Resolución N° 54, "*Las partes coordinarán precios, capacidad e itinerarios de sus vuelos y repartirán entre sí los ingresos del transporte de pasajeros, lo que les permitirá alinear sus incentivos*". Así las cosas, de materializarse los JBA, debido al alto grado de integración de funciones y la alineación de incentivos resultante, las Partes dejarían de comportarse como agentes económicos independientes en aquellas rutas donde los JBA surten sus efectos, con consecuencias equivalentes a las de una operación de concentración, aunque sin las eficiencias y ahorros en costos que podrían esperarse de una fusión.

---

<sup>1</sup> Específicamente: Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay, en Sudamérica y los países de la Unión Europea más Suiza, Islandia, Noruega y Liechtenstein en Europa.

<sup>2</sup> Específicamente: Chile, Perú, Brasil, Uruguay, Colombia y Paraguay en Sudamérica y Estados Unidos y Canadá en Norteamérica.

<sup>3</sup> Se entiende por ruta troncal aquellas rutas de largo radio que sirven para conectar con otros destinos de corto radio. Por su parte, la denominación "*behind and beyond*" se refiere a los vuelos que toma un pasajero, antes o después de volar el tramo de largo radio con el fin de llegar a su destino final. Por ejemplo, en la ruta Puerto Montt-Santiago-Madrid-La Coruña, el tramo Puerto Montt-Santiago corresponde al *behind*, mientras que el tramo Madrid-La Coruña, corresponde al *beyond*.

**B. Los Acuerdos provocarán la monopolización de las rutas Santiago - Miami y Santiago – Madrid**

7. Consta en autos que la materialización de los Acuerdos se traducirá en una reducción de la competencia en los mercados de transporte de pasajeros afectados, principalmente para las rutas sin escala Santiago - Miami y Santiago - Madrid, y viceversa, toda vez que las Partes dejarán de competir en ellas y no se divisa que potenciales competidores en estos mercados vayan a ingresar de manera probable, oportuna y suficiente.

8. Así, por un lado, el año 2017 LATAM y American concentraron el 100% de la oferta de vuelos sin escala en la ruta Santiago - Miami<sup>4</sup>. Por el otro, LATAM e IAG concentraron el 100% de la oferta de vuelos sin escala para la ruta Santiago - Madrid durante ese mismo año.

9. Es importante hacer presente que, además de constituir los principales destinos desde Chile a Europa y Norteamérica respectivamente, estas rutas son también importantes puertas de acceso a dichos mercados<sup>5</sup>. Lo anterior debido a que a través de estas rutas se trasladan pasajeros no sólo punto a punto, sino que además en conexión. Esta circunstancia le otorga mayor relevancia a la monopolización de estas rutas.

10. En efecto, aprobar definitivamente los JBA consultados implica permitir el monopolio de las rutas sin escala antes mencionadas. Ello fue comprendido de esa manera por el H. TDLC, que se ha referido a ellas como “*rutas monopolizadas*” en la Resolución<sup>6</sup>.

**C. La medición de riesgos de un acuerdo entre competidores debe ser especialmente cuidadosa**

11. Ha quedado asentado en estos autos que los Acuerdos no constituyen una operación de concentración propiamente tal<sup>7</sup>, siendo más bien su naturaleza la de un

<sup>4</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, Tabla N° 9.

<sup>5</sup> Al respecto, la ruta troncal Santiago-Madrid fue utilizado entre un 40% y 50% del total de vuelos que conectaron Chile con Europa, en el año 2015. Por su parte, la ruta troncal Santiago-Miami fue utilizado entre un 20% y 30% del total de vuelos que conectaron Chile con Norteamérica, en el año 2015. Véase al respecto, aporte de antecedentes de la FNE presentado a fojas 1758 (en adelante “**Aporte de Antecedentes FNE**”).

<sup>6</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 107.

<sup>7</sup> En los términos definidos en el artículo 47 del DL 211. En el mismo sentido, Resolución N°54/2018, párrafo 12.

acuerdo entre competidores, mediante el cual fijarán conjuntamente una serie de variables competitivas tales como el precio y la capacidad.

12. Lo anterior es relevante toda vez que la naturaleza de los Acuerdos definirá la forma y el estándar del análisis aplicable para su revisión, toda vez que, tal como señala el H. TDLC, la cuestión radica en establecer si un acuerdo produce o facilita comportamientos colusivos, de modo de establecer la aplicación de la regla establecida en la letra a) del inciso segundo del artículo 3 del DL 211, o bien si el estándar aplicable es uno que permita a la Partes mostrar sus efectos en el mercado y probar que los mismos son, en balance, procompetitivos<sup>8</sup>.

13. Optar por lo segundo requiere una evaluación cuidadosa de los riesgos y eficiencias asociadas a estos acuerdos y en determinar que las últimas son superiores a los primeros, esto es, un análisis estructural similar al realizado para el control de operaciones de concentración. Sin embargo, dado que el caso en comento trata de acuerdos entre competidores, el análisis de ponderación de todos los efectos que ellos involucran debe ser más minucioso. En este sentido el H. Tribunal ha señalado lo siguiente:

*“Sin embargo, dado que se trata de acuerdos entre competidores, no es correcto acudir a estándares jurídicos relacionados específicamente con dicho control, tales como el estándar sustantivo aplicable, la relevancia de las condiciones de eficiencia bajo ese estándar o las consecuencias para la valoración de la prueba y la distribución de la carga de la misma, como lo hace el informe acompañado por las partes a fojas 2289. Por el contrario, atendidas tanto la complejidad de los acuerdos como el hecho que posean un gran potencial dañino, y que las posibilidades de comprobar los beneficios se vean disminuidas por las asimetrías de información existentes, la medición de riesgos y beneficios debe ser particularmente cuidadosa”<sup>9</sup>.*

14. De lo anterior conforme lo sostenido por el propio H. TDLC se sigue que en este tipo de acuerdos son las partes quienes tienen la carga de demostrar que el *joint venture* no posee restricciones indebidas<sup>10</sup>. Este Servicio comparte el estándar de revisión definido por el H. Tribunal para el caso de específico del JBA en análisis, sin embargo, consideramos que dicho estándar de especial cuidado no se ve reflejado en la decisión adoptada en

<sup>8</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 15.

<sup>9</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 16.

<sup>10</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 17.

cuanto, como se verá, ha impuesto medidas que no mitigan de forma efectiva, suficiente y adecuada los riesgos asociados a estos acuerdos.

### III. LOS ACUERDOS SUPONEN GRANDES RIESGOS PARA LA COMPETENCIA QUE NO SE VEN COMPENSADOS POR LAS EFICIENCIAS ESTIMADAS

15. La Resolución N° 54 analiza los acuerdos consultados a través de una cuantificación de los riesgos que involucra la materialización de los JBA, contraponiéndolos con las eficiencias probables de dichos acuerdos, que han sido calificadas por la misma como verificables, inherentes y traspasables a los consumidores<sup>11</sup>.

16. En específico, el H. TDLC ha detectado dos riesgos provocados por los Acuerdos. Así, por una parte, señaló que no es posible descartar riesgos unilaterales de carácter exclusorio en relación al uso estratégico de los *hubs*<sup>12</sup>, y por la otra advierte un riesgo unilateral de aumento en precios en las Rutas Monopolizadas, riesgos que esta FNE comparte.

17. La Resolución del H. Tribunal ha señalado que la concretización de estos Acuerdos implica una reducción de dos competidores a uno en vuelos sin escala en las Rutas Monopolizadas<sup>13-14</sup>, señalando que los vuelos en conexión no serían sustitutos cercanos de los mismos. En este sentido, incluso si considerásemos a los vuelos indirectos<sup>15</sup> como alternativas, la concentración sería muy elevada, tal como puede apreciarse en la Tabla 1 a continuación:

---

<sup>11</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 164.

<sup>12</sup> La Resolución N° 37/2011 indica que un *hub* "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".

<sup>13</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 153.

<sup>14</sup> La Resolución N° 37/2011 indica que los vuelos sin escala o *non-stop* corresponden a los vuelos realizados entre un punto de origen y un punto de destino sin detenciones.

<sup>15</sup> Los vuelos indirectos corresponden a aquellos vuelos realizados entre un punto de origen y un punto de destino, con escala en un punto intermedio, en el cual el pasajero cambia de avión.

**Tabla 1**

	Vuelos sin escala	Total vuelos		Vuelos sin escala	Total vuelos
LATAM	62%	45%	LATAM	48%	40%
American Airlines	38%	24%	IAG	52%	44%
Total Partes	100%	69%	Total Partes	100%	84%
HHI Inicial	5278	2945	HHI Inicial	5006	3584
Cambio HHI	4722	2189	Cambio HHI	4994	3523

Fuente: Resolución N° 54. Datos año 2016.

18. Sin embargo, y tal como el H. TDLC reconoció en su análisis de concentración, hay otras rutas donde existe traslape y una concentración importante que no fueron consideradas por el H. Tribunal en su balance de riesgos y eficiencias. Si bien en dichas rutas no existe superposición entre vuelos sin escala de las Partes -lo que hace que la competencia de otros vuelos en conexión sea más cercana- no es posible descartar *per se* riesgos en dichas rutas sin antes realizar un análisis más profundo de esos mercados.

19. Es importante tomar en consideración, particularmente, las rutas Santiago - Londres y Santiago - Nueva York toda vez que, en ambas, una de las Partes posee vuelos sin escala mientras la otra se posiciona como el segundo actor en el mercado con una participación conjunta que supera el 70%<sup>16</sup>. Adicionalmente, consta en el aporte de antecedentes de la FNE, que LATAM era considerado por British Airways como un potencial entrante en vuelos sin escalas en la ruta Santiago - Londres<sup>17</sup>. Estadísticas descriptivas acerca de la concentración en rutas que vinculan Santiago con orígenes o destinos distintos al de las Rutas Monopolizadas se muestran en las Tablas 2 y 3 a continuación:

<sup>16</sup> Así, en relación a la ruta Santiago-Londres el H. TDLC señala en su párrafo 90 que: “[...] la alianza Oneworld concentra el 72.8% de los pasajeros transportados a Inglaterra, donde British Airways tiene su hub”. Asimismo, en el párrafo 93 reconoce la importancia de los vuelos directos para determinar la participación de mercado de las alianzas, expresando lo siguiente: “Cabe destacar que en el año 2017 British Airways comenzó a operar el tramo directo Santiago-Londres”. Por su parte, en relación a la ruta Santiago-Nueva York el H. TDLC señala en su párrafo 78 que: “La alianza Oneworld también concentra la mayor cantidad de pasajeros transportados a Nueva York, con un 70%. Ello se explica principalmente porque LATAM tiene el único vuelo directo a dicha ciudad”. Posteriormente se omite toda mención a ambas rutas al analizar los riesgos y las eficiencias de los Acuerdos

<sup>17</sup> Aporte de Antecedentes FNE, párrafo 155.

**Tabla 2**

	Nueva York	Los Ángeles	Orlando
LATAM	58%	49%	17%
American Airlines	12%	17%	27%
Total Partes	70%	65%	44%

Total rutas traslapadas <sup>18</sup>	554
% rutas en que superan el 50%	60%
% rutas en el que se superan los umbrales de HHI	93%

Fuente: Aporte de Antecedentes FNE<sup>19</sup>. Cálculo de participaciones e información de rutas traslapadas en base a información de 2015, datos MIDT.

**Tabla 3**

	Londres	Barcelona	Frankfurt
LATAM	29%	22%	55%
IAG	34%	29%	8%
Total Partes	63%	51%	63%

Total rutas traslapadas <sup>20</sup>	90
% rutas en que superan el 50%	99%
% rutas en el que se superan los umbrales de HHI	90%

Fuente: Aporte de Antecedentes FNE<sup>21</sup>. Cálculo de participaciones en base a información de mayo-julio 2016 y de rutas traslapadas de 2015, datos MIDT.

<sup>18</sup> Corresponde a aquellas rutas donde las Partes comercializaron vuelos mediante boletos aéreos que, a lo sumo, comprendieron una escala.

<sup>19</sup> Al respecto, no se utilizó información expuesta en la Resolución, atendido a que ésta, para los mercados que vinculan Chile con Norteamérica, establece las participaciones de mercado de Chile con ciudades de Estados Unidos, por aerolínea (Tabla N° 6, Resolución), lo cual no necesariamente coincide con participaciones de Santiago con ciudades de Norteamérica. Con todo, los resultados son igualmente consistentes, ya que para el año 2016, las participaciones conjuntas de las Partes fueron de un 71% de cara a Nueva York, 62% de cara a Los Ángeles y de 40% para Orlando.

<sup>20</sup> Corresponde a aquellas rutas donde las Partes comercializaron vuelos mediante boletos aéreos que, a lo sumo, comprendieron una escala.

<sup>21</sup> Por su parte, no se utilizó información expuesta en la Resolución, debido a que ésta, para los mercados que vinculan Chile con Europa, establece las participaciones de mercado de Chile con países de Europa, por aerolínea (Tabla N° 14, Resolución), lo cual no necesariamente coincide con participaciones de Santiago con ciudades de Europa. Con todo, los resultados son igualmente consistentes, ya que para el año 2016, las participaciones conjuntas de las Partes fueron de un 62% de cara a Inglaterra, 79% de cara a España y de 60% para Alemania.

20. Como podrá ver la Excma. Corte, en más del 90% de las rutas traslapadas los índices de concentración HHI superan los umbrales establecidos en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de esta Fiscalía. Cabe hacer presente que el balance realizado por el H. Tribunal sólo considera dos rutas y omite considerar el resto de las rutas traslapadas con altos índices de concentración, lo que nos lleva a concluir que el cálculo de los riesgos en este caso podría encontrarse subestimado.

21. Por otra parte, si se considera la concentración en niveles más amplios que rutas particulares, esto es, país - país o Chile - Europa/Norteamérica, se puede notar que los niveles de concentración también son muy elevados a nivel de red, tal como se puede observar en la Tabla 4 a continuación:

**Tabla 4**

	Norteamérica	Este	Norte	Oeste	Sur
LATAM	35%	49%	12%	31%	34%
American Airlines	22%	15%	30%	23%	24%
Total Partes	57%	64%	41%	54%	58%

Fuente: Resolución 54. Datos año 2016.<sup>22</sup>

	Europa	España	Francia	Alemania	Inglaterra	Italia
LATAM	32%	39%	8%	43%	31%	24%
IAG	28%	39%	19%	17%	30%	17%
Total Partes	60%	79%	27%	60%	62%	41%

Fuente: Resolución 54. Datos año 2016.

22. Ahora bien, en cuanto a las eventuales eficiencias, el H. TDLC analizó la eliminación de la doble marginalización, las mejoras en calidad, el aumento en tráfico y las sinergias en costos que podrían derivarse de los Acuerdos. Concluyó que la doble marginalización y el aumento del tráfico serían eficiencias inherentes y verificables de la Operación, por lo que deberían ser incluidas en la cuantificación.

23. No obstante, el H. TDLC sobreestimó dichas eficiencias. En primer lugar dado que asignó un valor a la reducción de tarifas mayor que lo que las estimaciones más correctas

<sup>22</sup> El H. TDLC en el párrafo 75 de la Resolución N°54/2018, divide a Estados Unidos en cuatro zonas para efectos de realizar una correcta evaluación del mercado. En efecto, dado el tamaño de su territorio, existen rutas en dicho país que no pueden entenderse como sustitutas entre sí.

indicarían, de acuerdo a los antecedentes económicos del proceso<sup>23-24</sup>. Adicionalmente, podría existir un posible error en el cálculo realizado en el párrafo 237 de la Resolución N° 54, por cuanto la misma computa un efecto mayor al que correspondería de aplicarse la metodología propia del H.TDLC<sup>25</sup>.

24. Con todo, y a pesar de encontrarse subestimados los riesgos y sobre estimadas las eficiencias, la Resolución consideró que los riesgos son entre dos y tres veces mayores a las eficiencias cuantificadas para el caso de Norteamérica, mientras que para el caso de Europa esa razón es superior a dos<sup>26</sup>.

25. Por otro lado, la Resolución señala que ciertas eficiencias alegadas por las Partes no cumplirían con los requisitos para considerarlas dentro del análisis<sup>27</sup>. No obstante, de todos modos las consideró a la hora de ponderar los efectos y en el establecimiento de las medidas de mitigación, toda vez que a su juicio es esperable que ellas se materialicen en alguna medida, y beneficien en algún grado a los consumidores<sup>28</sup>.

26. Este enfoque, sin embargo, es contradictorio con la jurisprudencia previa del H. Tribunal para el establecimiento de medidas en operaciones de concentración. En efecto, la Resolución N° 37/2011 indicó lo siguiente:

*“Tal como ya lo precisó este Tribunal en su Resolución N° 24/2008, los requisitos mínimos que deben cumplir, copulativamente, las eficiencias planteadas para poder representar un eventual contrapeso, al menos parcial, frente a los riesgos anticompetitivos que acarrearía la materialización de la Operación bajo análisis, son los siguientes: (i) que las eficiencias que aleguen los interesados*

<sup>23</sup> Al respecto véase informes económicos Basso, Gillen, Ross (acompañado a fojas 2660) y Minuta Técnica FNE (acompañada a fojas 3470).

<sup>24</sup> En efecto y como se puede apreciar en el párrafo N° 232 de la Resolución N° 54, el H. Tribunal le asigna un valor de un 5% a la reducción de tarifas.

<sup>25</sup> El TDLC considera que el efecto de dichos acuerdos en las tarifas de los vuelos en conexión multiaerolíneas es una reducción de un 5%. Además, estima que, para aquellos pasajeros que producto de los acuerdos pasan de volar en vuelos con acuerdos interlineales a vuelos con acuerdo de código compartido, la reducción de la doble marginalización debiese ser un 3,6% mayor a ese 5%. Debido a que el TDLC estima que el porcentaje de pasajeros que pasaría a volar desde vuelos con acuerdos interlineales a vuelos con código compartido sería un 69%, la fórmula correcta debiese ser:

$$\text{Eficiencia directa, menor precio, conexión} = p * q * (5\% + 69\% * 3,6\%)$$

No obstante, la fórmula utilizada por el TDLC es la siguiente:

$$\text{Eficiencia directa, menor precio, conexión} = p * q * (5\% + 69\% * 8,6\%)$$

La que sobreestima el efecto sobre los pasajeros que pasan de volar desde vuelos con acuerdos interlineales a vuelos con código compartido en un 5%.

<sup>26</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 240.

<sup>27</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 227.

<sup>28</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 227.

*en la Operación sean verificables, es decir, alegaciones respecto de las cuales este Tribunal pueda dar crédito suficiente, sobre la base de un estándar mínimo de razonabilidad, probabilidad de ocurrencia y objetividad de las fuentes de los datos que se aporten; (ii) que sean eficiencias intrínsecas o inherentes a la Operación consultada; y (iii) que no provengan de reducciones anticompetitivas en la cantidad o calidad de los productos o servicios ofrecidos, que resulten del mayor poder de mercado alcanzado.”<sup>29</sup>*

27. En este orden de cosas, dichas eficiencias no cumplen el estándar exigible y, por lo tanto, no deben considerarse en la ponderación. En efecto, tal como fue mencionado anteriormente, la operación es un acuerdo de cooperación entre competidores que debe ser revisado aplicando un estándar más cuidadoso y es carga de las Partes demostrar y acreditar debidamente que los potenciales beneficios superan a los riesgos. Lo anterior es de toda gravedad si se tiene en cuenta que el H. Tribunal fue claro en constatar los riesgos anticompetitivos explotativos y exclusorios de la operación.

#### IV. DE LA FALTA DE IDONEIDAD LAS MEDIDAS PROPUESTAS

##### A. Análisis general de las medidas

28. Luego de analizar los JBA consultados, el H. TDLC llega a una conclusión muy clara:

“Los riesgos que derivan de los acuerdos consultados superan a sus beneficios.”<sup>30</sup> (Énfasis agregado)

29. No obstante ello y debido a que los riesgos serían mayores que las eficiencias, el H.TDLC estimó que correspondía establecer medidas de mitigación<sup>31</sup> para **atenuar** la entidad, magnitud y extensión de los riesgos. Así, indicó que las medidas de mitigación tendrían *“por finalidad central restaurar, en la mayor medida posible, las condiciones de competencia previas a la materialización de los JBA consultados”<sup>32</sup>.*

<sup>29</sup> TDLC, Resolución N°37/2011, párrafo 265.

<sup>30</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 257.

<sup>31</sup> “Como se ha mostrado cuantitativamente en la sección anterior, bajo los supuestos con los que se ha efectuado el análisis y con las restricciones informacionales propias del proceso, **se ha llegado a la conclusión que los riesgos que derivan de los acuerdos consultados superan a sus beneficios. Por esto, corresponde establecer medidas de mitigación para atenuar la entidad, magnitud y extensión de los mismos**” (Énfasis agregado) TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 257.

<sup>32</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 258.

30. No compartimos el estándar del H. TDLC respecto de la finalidad de las medidas, pues a nuestro entender las medidas de mitigación deben eliminar de forma efectiva el problema detectado, a fin de reestablecer la competencia íntegramente en un mercado relevante y no, por el contrario, limitarse a atenuar en la mayor medida posible los riesgos. Esto último resulta a todas luces, insuficiente<sup>33</sup>.

31. Por su parte, de la Resolución no se desprende que los riesgos sean completamente mitigados, y no se detalla hasta qué punto y cómo las medidas de mitigación, en conjunto con las eficiencias, lograrían contrapesar los riesgos. Así las cosas, y tal como ha sido reconocido por el propio H. Tribunal<sup>34</sup> y la Excma. Corte<sup>35</sup>, si las medidas de mitigación, unidas a las eficiencias derivadas de la operación, no permiten compensar adecuadamente los riesgos, lo que corresponde es prohibir la operación. Lo anterior se ve reforzado si tomamos en consideración que los Acuerdos son de cooperación entre competidores en los que se fijarían precios y otras variables competitivas, por lo que el estándar de revisión debe ser aún más exigente.

32. Por otro lado, el derecho de competencia generalmente ha tendido a preferir los remedios estructurales por sobre las medidas conductuales<sup>36</sup>, ya que estas últimas revisten mayores dificultades de diseño y fiscalización, y, aún más importante, generalmente no eliminan del todo los riesgos a la competencia, como si lo hacen los remedios estructurales<sup>37</sup>. Debido a ello, los remedios conductuales se adoptan como una medida

---

<sup>33</sup> A modo referencial la Guía de Remedios de la FNE, establece los criterios para el análisis de medidas en operaciones de concentración. La Guía se encuentra disponible en [<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-remedios-.pdf>]

<sup>34</sup> *"En consecuencia, cabe a este Tribunal la tarea de analizar si la imposición de medidas y condiciones a la realización de la Operación, unida a las sinergias o eficiencias de la misma, permiten compensar adecuadamente dichos riesgos o si, por el contrario, tal imposición resulta insuficiente o inapropiada para obtener ese objetivo, caso este último en el cual sólo cabría prohibir la Operación. Optar por una u otra decisión dependerá, entonces, de la calidad, extensión, eficacia, eficiencia, transparencia y verificabilidad de tales medidas y condiciones."* TDLC, Resolución N°37/2011, párrafo 301.

<sup>35</sup> *"Únicamente si se detectan riesgos, se disponen medidas de mitigación, las que deben ser aquellas indispensables para restablecer la competencia en un mercado relevante y únicamente en aquellos casos en que estas medidas sean insuficientes para contener los riesgos la operación debe ser rechazada."* Sentencia Corte Suprema rol 346-2013, relativa al recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 43 del TDLC (SMU/SDS), Considerando vigesimoséptimo.

<sup>36</sup> En relación a ello, el H. TDLC ha definido lo que debe entenderse por medida estructural y conductual: *"Son del primer tipo [estructurales] aquellas que modifican la asignación de derechos de propiedad y permiten crear o consolidar nuevas empresas competidoras, como es el caso de aquellas medidas que ordenen a las partes de una operación de concentración enajenar todo o parte de sus activos, tal como ha sido resuelto por este Tribunal en sus Resoluciones 1/2004, 2/2005 y 34/2011. Son medidas conductuales, en cambio, aquellas que imponen restricciones a los derechos de propiedad que permanecen en la empresa resultante de la operación, tales como aquellas que la obligan a abstenerse de realizar con tales activos o derechos determinadas conductas, o que le prohíben celebrar determinados actos o contratos."* TDLC, Resolución N°37/2011, párrafo 307.

<sup>37</sup> Lo anterior ha sido reconocido por el propio TDLC en el pasado: *"Las medidas estructurales en general han sido reconocidas –para casos de operaciones de concentración horizontal como el de*

excepcional, fundamentalmente en complemento de una medida estructural o, más excepcionalmente, como fórmulas transitorias, siempre y cuando se considere probable la entrada oportuna y suficiente de un nuevo actor<sup>38</sup>, circunstancia que no se verifica en estos autos.

33. En relación con esto último, cabe consignar que en el transcurso del procedimiento no-contencioso ventilado ante el H. TDLC, ingresaron actores a las rutas monopolizadas que se vieron forzados a salir del mercado antes de la dictación de una resolución en dicho proceso<sup>39</sup>. Más aún, no se cuenta con evidencia en el expediente respecto de potenciales entrantes capaces de revertir los efectos adversos a la libre competencia en un mercado donde existen fuertes barreras a la entrada.

34. Así, las medidas impuestas a los Acuerdos son de carácter conductual, las que generalmente son considerados por la doctrina como insuficientes por sí mismos para remediar riesgos horizontales de alzas de precios. Más aún si consideramos que no se han decretado remedios estructurales que permitan solucionar adecuadamente los riesgos detectados por el H. TDLC<sup>40</sup>. Así, es altamente probable que las medidas propuestas no logren el objetivo de preservar la situación competitiva.

## **B. Análisis particular de las medidas propuestas**

35. Además de los aspectos generales reseñados precedentemente, consideramos que un análisis sustancial de las medidas impuestas nos lleva a concluir que las mismas no cumplen con el objetivo de reestablecer la competencia en el mercado, son de difícil fiscalización por parte de este Servicio y terceros e, incluso, podrían llegar a distorsionar la competencia en los mercados afectados por los Acuerdos.

---

*autos– como más efectivas y fáciles de aplicar que las medidas conductuales, pues no requieren del monitoreo y fiscalización constante (y costoso) que exigen estas últimas. Más determinante aún es el hecho de que las medidas conductuales, en una industria dinámica, muy probablemente restringirán la operación de la empresa, no sólo con respecto a conductas indeseadas desde el punto de vista de la libre competencia, sino también con respecto a decisiones optimizadoras que no van en contra de tal bien jurídico.*

*Por esta razón, en el presente caso se privilegiará la imposición de medidas estructurales por sobre las conductuales, y se utilizarán estas últimas con un carácter complementario de las medidas estructurales. Aún más importante, tales medidas conductuales se aplicarán solamente en forma transitoria, mientras LATAM no haya cumplido con las condiciones estructurales centrales a esta Resolución” TDLC, Resolución N°37/2011, párrafos 308-309.*

<sup>38</sup> Al respecto, véase Guía de Remedios, FNE, junio de 2017.

<sup>39</sup> Plus Ultra a Madrid y Latin American Wings a Miami (no obstante, este último vuelo era un vuelo en conexión y no un vuelo *non-stop*).

<sup>40</sup> Tal como consta en el Aporte de Antecedentes FNE, esta Fiscalía es de la opinión que para el caso en comento no existen a disposición remedios estructurales que permitan solucionar adecuadamente los riesgos de la operación.

36. A continuación, se analizarán las principales medidas contempladas en la Resolución N° 54/2018 del H. TDLC:

**1. Las medidas destinadas a contener el riesgo unilateral de alza en precios no son suficientes para mitigar los riesgos detectados**

(i) Las medidas destinadas a contener el riesgo unilateral de alza en precios no cumplirían su objetivo

37. No es controvertido en la Resolución que la materialización de los Acuerdos involucra riesgos para la competencia<sup>41</sup>, que como bien se señaló *supra*, superan de dos a tres veces a las eficiencias propias de la implementación de estos acuerdos. Lo anterior, pese a que este cálculo no consideró un mínimo porcentaje de rutas traslapadas con altos índices de concentración y sobrestimó eficiencias, de manera tal que esa ratio se espera que sea varias veces mayor.

38. De todos los riesgos detectados, el principal está constituido por el inminente aumento de precios una vez concretados los Acuerdos. Éste se funda en el incremento de poder de mercado que alcanzarían las Partes en los mercados objeto de los JBA, teniendo como principales tramos afectados a las Rutas Monopolizadas, a saber, Santiago-Madrid y Santiago-Miami, respectivamente y las demás rutas traslapadas a las que se ha hecho referencia *supra*.

39. A objeto de mitigar el riesgo detectado, el H. TDLC ha propuesto medidas que están orientadas a mantener y aumentar en el tiempo la capacidad ofrecida por las partes (entendida como número de asientos ofrecidos) en las rutas que conectan Chile con Norteamérica y Europa, respectivamente, a objeto de preservar las condiciones de oferta existentes previas a la materialización de los Acuerdos. En específico, el contenido de estas medidas está detallado en las medidas Segunda<sup>42</sup> (Compromiso de capacidad mínima de pasajeros en vuelos directos) y Tercera<sup>43</sup> (Compromiso de aumento en capacidad de pasajeros en vuelos a Europa y EEUU/Canadá) de la Resolución.

---

<sup>41</sup> Estos riesgos han sido constatados por la Fiscalía en el Aporte de Antecedentes FNE y por el H. Tribunal en la Resolución N° 54.

<sup>42</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafos 269 y 270.

<sup>43</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafos 271 y 272.

40. Como podrá apreciar la Excma. Corte, el principio que subyace a estas medidas consiste en la acepción económica de que los precios de mercado pueden regularse indirectamente mediante la cantidad de bienes y servicios que se ofertan en el mercado<sup>44</sup>. En dicho sentido se asume que, si se conservan los asientos vendidos, se conserva asimismo el precio de los mismos. Sin embargo, tales medidas no cumplen con el objetivo de contener el aumento en precios una vez materializados los Acuerdos.

41. En primer lugar, estas medidas presentan un problema estructural de diseño, por cuanto las mismas no garantizan que las Partes no manejen a su arbitrio la cantidad de asientos comercializados, y de esta forma, afecten indirectamente los precios en los mercados.

42. Así, por ejemplo, cuando la Segunda medida indica que *“las Partes deberán mantener, anualmente, en los vuelos directos en las rutas Santiago- Miami y Santiago-Madrid, al menos la oferta de asientos vendidos durante el año 2018 en cada una de las rutas”*<sup>45</sup>, no está asegurando la cantidad de asientos que efectivamente deben venderse anualmente durante el periodo de vigencia de los JBA. Así, simplemente se está obligando a las Partes a ofertar a lo menos, la cantidad de asientos que se hayan vendido durante el año 2018 y no a vender efectivamente dicha cantidad, que es lo que debe utilizarse al regular por esta variable.

43. Asimismo, la redacción actual de la medida no garantiza la mantención de la cantidad de pasajeros, debido a que las Partes podrían reducir el número de pasajeros, manteniendo la proporción impuesta por la medida. En consecuencia, las Partes tendrían la discrecionalidad de determinar los precios maximizando sus rentas sin quebrantar las medidas.

44. Por otro lado, incluso considerando que estas medidas fueran aptas para mantener la cantidad de asientos vendidos, es difícil que conlleven necesariamente una mantención de los precios previos dado que en estos mercados existe discriminación de precios, esto es, la capacidad de las firmas para diferenciar sus cobros según tipos de pasajeros.

45. En efecto, tal como ha sido acreditado en el Aporte de Antecedentes FNE, la industria aérea se caracteriza por los esfuerzos constantes de las aerolíneas por discriminar

---

<sup>44</sup> Al respecto, véase informes “Evaluación competitiva de las medidas de mitigación del acuerdo LATAM – IAG” y “Evaluación competitiva de las medidas de mitigación del acuerdo LATAM – AMERICAN AIRLINES”, de Aldo González, acompañados a fojas, 3010 y 3028, respectivamente.

<sup>45</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 269.

entre los distintos usuarios a objeto de obtener la mayor cantidad de rentas posibles del consumidor. Así, por ejemplo, la diferenciación se produce tanto por el momento de compra del pasaje, la flexibilidad, las distintas cabinas en las que viajan, e incluso, por los asientos a los que se desee acceder dentro de cada cabina.

46. Sin perjuicio de lo anterior, una de las principales fuerzas que restringe este comportamiento es la existencia de otros competidores que, para un mismo producto y en el mismo instante, ofrezcan una alternativa atractiva a los consumidores. Lo anterior permite que sea la misma competencia la que dé acceso a mejores precios.

47. En este sentido, la preservación o incluso el aumento de la oferta de asientos podrían no tener efecto alguno en las tarifas promedio, atendido a que las Partes podrían aumentar sólo la capacidad para aquellos pasajeros con menor disposición a pagar, mientras que podrían cobrar mayores precios a aquellos pasajeros con menos alternativas.

48. En este contexto, sería posible para las Partes cumplir con la medida, utilizando la capacidad adicional exigida en pasajeros que paguen tarifas muy cercanas a su valoración, cuyo excedente sería cercano a cero, y, producto del aumento en el poder de mercado, aumentar el precio a los pasajeros más sensibles al tiempo, disminuyendo así el excedente de esos consumidores<sup>46</sup>.

49. Así, el efecto promedio en los precios podría ser ambiguo<sup>47</sup>. Esto último fue detectado por el mismo H. TDLC en su Resolución N°37:

*“Lo mismo sucede con la imposición de aumentos de capacidad. Dado que la proporción de asientos para las distintas tarifas no es fija dentro de un avión y que esa variable queda al arbitrio de la empresa, no es difícil aumentar la capacidad total sin aumentar la oferta para aquellos viajeros con mayor disposición a pagar. Así, una vez más, si bien puede tener el efecto positivo de incrementar la oferta y reducir las tarifas promedio, el resultado podría implicar también altas tarifas para un segmento de los viajeros y dificultades a la entrada para líneas low cost”<sup>48</sup>*

<sup>46</sup> Por ejemplo, podría ocurrir que, luego de materializados los Acuerdos, las Partes intensifiquen su práctica de discriminación cobrando un precio más bajo, pero cercano a su valoración, a aquellos pasajeros de turismo que compran su ticket con mucha anticipación, y al mismo tiempo cobrar un precio aún mayor a aquellos pasajeros que adquieren su pasaje con menos antelación a la salida del vuelo.

<sup>47</sup> Adicionalmente, dado que la medida no establece su modalidad de ejecución, podría ocurrir que dichos aumentos de capacidad se destinen a la fuerza laboral de las compañías o a pasajeros frecuentes, sin que necesariamente se beneficie el consumidor marginal.

<sup>48</sup> TDLC, Resolución N°37/2011, párrafo 318.

50. En este orden de cosas, en un escenario posterior a la puesta en marcha de los Acuerdos, en el que se producirá la monopolización de las rutas Santiago - Miami y Santiago - Madrid, y mayor concentración en los demás mercados afectados, la efectividad de estas medidas se vería mermada toda vez que la desaparición del principal competidor de las Partes en los mercados afectados eliminaría la restricción natural al abuso que entrega la competencia. Como consecuencia de lo anterior, la discriminación de precios propia de este mercado podría verse intensificada y los precios en promedio aumentados. Todo lo anterior, se traduciría en un efecto negativo en el bienestar de los consumidores.

51. Por otra parte, y de conformidad a lo señalado en la cita precedente, las medidas de capacidad podrían constituirse en un disuasivo a la entrada de nuevo competidores<sup>49</sup>. Adicionalmente, debido a la obligación de mantener la proporción de pasajeros en las rutas monopolizadas, es probable que esto actúe como un desincentivo para que las Partes incrementen los asientos en vuelos de conexión. Lo anterior, debido a que cada vez que las firmas decidan aumentar un asiento de un vuelo en conexión, necesariamente tendrán que aumentar los asientos sin escalas para las Rutas Monopolizadas, circunstancia que podría implicar un costo adicional para las Partes<sup>50-51</sup>.

*(ii) Las medidas destinadas a contener el riesgo unilateral de alza en precios son difíciles de ser fiscalizadas de manera efectiva*

52. Las medidas relativas a la capacidad en las rutas que conectan Chile con Norteamérica y Europa, poseen además una dificultad no menor en su fiscalización, particularmente en lo que dice relación con la verificación de la oferta de asientos o su proporción.

53. Dicha dificultad encuentra su fundamento en que la información que sirve de base para la fiscalización de estas medidas es información elaborada por las entidades potencialmente fiscalizadas, toda vez que no existe información de este tipo disponible en

---

<sup>49</sup> Ello dado que un aumento de capacidad obligatorio, y, en particular, la sobre disposición de capacidad tiende a disuadir la entrada de competidores ya que hay menos espacio para que estos se desarrollen en los mercados.

<sup>50</sup> Lo anterior, para efectos de mantener la proporción ordenada en la Segunda medida.

<sup>51</sup> Así, por ejemplo, y asumiendo que el 24% de los pasajeros que hace la ruta troncal Santiago-Miami, la utiliza como ruta en conexión, si las partes quisieran aumentar su capacidad en la ruta Santiago-Miami-Boston en 24 pasajeros, necesariamente tendrían que aumentar al menos su capacidad en 76 pasajeros para el par O&D Santiago-Miami, teniendo que asumir dicho costo para dar cumplimiento a esta medida.

fuentes públicas o en organismos fiscalizadores. En efecto, consta en la propia Resolución que el H. Tribunal tuvo dificultades para obtener datos provenientes de las Partes<sup>52</sup>.

54. Lo anterior, si bien no invalida completamente la medida, tiende a complejizar cualquier ejercicio de fiscalización, tanto de este Servicio como de terceros, dadas las dificultades que presentaría la constatación de veracidad y completitud de la información entregada.

(iii) Las medidas destinadas a contener el riesgo unilateral de alza en precios adolecen de ciertas imprecisiones que podrían afectar su capacidad para mitigar riesgos

55. Finalmente, la Resolución del H. TDLC adolece de ciertas imprecisiones que le podrían restar efectividad a las medidas impuestas.

56. La primera de ellas dice relación con el término “*entrada de un nuevo operador*” contemplado en la Segunda y Tercera medida. En efecto, no queda claro cuál es el sentido que la Resolución le asigna a este término por cuanto no especifica qué relevancia competitiva debe tener el “*nuevo operador*” para dejar sin efecto la medida. Es así como, la redacción actual permitiría que aerolíneas que ingresan con tan solo una frecuencia o vuelo semanal sean consideradas como “*la entrada de un nuevo operador*”, habilitando que las medidas dejen de estar operativas en presencia de competidores incapaces de generar una presión competitiva relevante en los mercados afectados.

57. Junto con ello, tampoco son claras las medidas Segunda y Tercera en orden a definir si la “*entrada del nuevo operador*” a una ruta directa, implicaría que la medida quedaría sin efecto respecto de dicha ruta directa o si queda sin efecto respecto de ambas Rutas Monopolizadas<sup>53-54</sup>. De esta manera, dada la redacción de las medidas<sup>55</sup>, podría ocurrir que ingrese un nuevo operador en la ruta Santiago-Miami y que ello implique que las medidas dejen de surtir efecto en ambas Rutas Monopolizadas.

<sup>52</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 223.

<sup>53</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafos 269 Y 272.

<sup>54</sup> Y de todo lo demás que implique la medida.

<sup>55</sup> Así, por ejemplo, la Segunda medida se encuentra redactada de la siguiente manera: “*Quedará sin efecto si se produce la entrada de un nuevo operador a dichas rutas directas, o de uno existente que no se encuentre operando en ellas, que no pertenezca a la alianza Oneworld y no forme parte de los grupos empresariales de alguna de las Partes. La medida volverá a aplicarse en caso que dicho entrante deje de operar en la ruta respectiva*”

58. Otra complicación presente dice relación con el concepto de ruta directa<sup>56</sup> empleado en las medidas Segunda y Tercera. En efecto, ellas se estructuran sobre la base de rutas directas, cuando lo relevante para la eficacia de las mismas es que se trate de rutas sin escala o *non stop*. Ello, dado que en la industria aérea generalmente se ha entendido que una ruta directa no necesariamente sería una ruta sin escala. Así, por ejemplo, bajo la redacción actual de esta medida, si entrase un competidor con un vuelo directo, pero con escala (por ejemplo la ruta Santiago-Lima-Caracas-Miami), se vería suspendida la aplicación de estas medidas, aun cuando el servicio ofrecido por el entrante no sea un sustituto suficientemente cercano en los términos del H. Tribunal en la Resolución<sup>57</sup>.

59. Finalmente, tampoco es claro si las restricciones impuestas en las medidas Segunda y Tercera se aplican unidireccionalmente, esto es, por ejemplo, sólo Santiago Madrid, o si por el contrario lo hacen bidireccionalmente, por ejemplo, Santiago-Madrid y Madrid-Santiago.

60. Este tipo de imprecisiones podrían tener importantes implicancias en cuando a la efectividad de las medidas propuestas toda vez que dificultan el entendimiento de las mismas, tanto para las Partes que deben cumplirlas, como para este Servicio, que vería dificultada la fiscalización de las mismas.

## **2. Las medidas destinadas a contener el riesgo unilateral de exclusión no son suficientes para mitigar los riesgos detectados**

61. La materialización de los JBA consultados generaría también riesgos de naturaleza exclusiva, a saber, la eliminación, debilitamiento de un competidor actual o potencial o la disuasión a la entrada del mismo. Ello ha sido reconocido por el H. Tribunal en la Resolución N° 54, donde señala:

*“No es posible descartar los riesgos exclusivos identificados por Achet y la FNE (...) en relación con el uso de un aeropuerto como hub y los comportamientos estratégicos que de ello derivan.*

*Adicionalmente, las Partes podrían tener incentivos a establecer subsidios cruzados o cobrar precios negativos en algunos tramos de los viajes, para trasladar poder de mercado desde las rutas monopolizadas a otras que utilicen*

<sup>56</sup> La resolución 37/2011 define a los vuelos directos como aquellos realizados “entre un punto de origen y un punto de destino, con escala en un punto intermedio, pero en el cual el pasajero no cambia de avión”.

<sup>57</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafo 151.

*estas últimas como insumo, en las cuales enfrentan un mayor nivel de competencia.<sup>58</sup>*

62. En este entendido, las medidas propuestas por el H. TDLC en la Resolución tienen como objetivo facilitar el ingreso de competidores a las rutas en comento, mediante una serie de mecanismos de acceso y contratación que tendrían por objeto disminuir las barreras a la entrada detectadas en los mercados afectos a la operación. En concreto, las medidas que apuntan a solucionar este riesgo son las Quinta<sup>59</sup>, Sexta<sup>60</sup> y Séptima<sup>61</sup>.

63. Por otra parte, la medida cuarta apunta directamente a solucionar riesgos de índole exclusorio, producto de subsidios cruzados y precios implícitos negativos.

64. Con todo, este Servicio considera que las mismas tienen baja probabilidad de incentivar la entrada en las rutas, más aún, si consideramos que algunas de ellas serían difíciles de ejecutar o que incluso otras podrían distorsionar el mercado. A continuación, se proporcionan las principales observaciones a las medidas propuestas.

(i) Las medidas de acceso y contratación no serían efectivas para posibilitar la entrada de competidores a los mercados afectados

65. Tal como ya se expuso, las medidas Quinta (Acuerdos de programas de pasajero frecuente), Sexta (Acuerdos de combinación tarifaria) y Séptima (Acuerdo de prorrateo especial), apuntan directamente a facilitar el ingreso de competidores a las Rutas Monopolizadas. Lo anterior debido que, en opinión del H. Tribunal, contrarrestarían las barreras a la entrada relativas a la densidad suficiente de pasajeros (medidas Sexta y Séptima) y la que involucra costos de cambio para los consumidores (medida Quinta).

66. No obstante lo anterior, en opinión de este Servicio las medidas anteriores sólo tendrían validez en la medida que existan competidores que tengan la aptitud para ingresar en las Rutas Monopolizadas, lo cual, como ha quedado acreditado en el proceso de consulta, es poco probable. En efecto, y tal como se mencionó precedentemente, hubo competidores que intentaron ingresar a estos mercados y se vieron forzados a retirarse de los mismos.

<sup>58</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafos 161 y 162.

<sup>59</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafos 274, 275 y 276.

<sup>60</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafos 277 a 279.

<sup>61</sup> TDLC, Resolución N°54/2018, párrafos 280 y 281.

67. En efecto, aun considerando estas medidas, no se apreció la existencia de competidores efectivos que pudieran desafiar de manera probable, oportuna y suficiente a las Partes en las Rutas Monopolizadas.

68. Lo anterior se debe a que las medidas propuestas no alteran de manera importante los incentivos de los potenciales entrantes. Así, las medidas de acceso a Programas de Pasajero Frecuente normalmente no serían deseadas por aerolíneas competidoras, toda vez que éstas tienden a incrementar la posición competitiva de las firmas que detentan los programas<sup>62</sup>. En tanto, las medidas de combinabilidad de tarifas y de acuerdos de prorrateo especial<sup>63</sup>, son difíciles de fiscalizar o monitorear y podrían aumentar el riesgo de coordinación entre actores que deberían competir y fortalecerían aún más las participaciones de las Partes en las rutas, todo lo cual desincentiva la aplicación de éstas por parte de competidores.

(ii) La medida consistente en límites a precios implícitos negativos tiene la potencialidad de distorsionar la competencia y dificultades en su implementación

69. La Cuarta medida propuesta por el H. TDLC indica que “Las Partes no podrán cobrar por sus vuelos indirectos precios menores que aquellos que cobran por sus vuelos directos Santiago-Miami y Santiago-Madrid, cuando estos últimos sean utilizados como insumo para los primeros”. En la práctica esto se traduce en que, por ejemplo, para el itinerario Santiago - Madrid – Barcelona, las Partes no podrían ofertar un precio menor al precio cobrado en el vuelo directo (Santiago - Madrid).

70. La motivación de esta medida apunta a limitar posibles acciones predatorias, en orden a la potencial aplicación de subsidios cruzados o cobro de precios negativos en algunos tramos de los viajes, en rutas que se sirven mediante vuelos en conexión, como, por ejemplo, el itinerario Santiago – Madrid - Barcelona.

71. Si bien este Servicio comparte que esta medida tiene un potencial para limitar las prácticas anticompetitivas precedentemente descritas, considera que la misma podría

---

<sup>62</sup> Por otro lado, esta medida no sería idónea dado que su redacción no compensa completamente las ventajas que los Programas de Pasajero Frecuente le dan a quienes los tienen, en tanto que la medida únicamente establece que dichas medidas deben ser iguales a las que las Partes entregan a los otros miembros de la alianza Oneworld.

<sup>63</sup> Junto con lo anterior, la redacción de la medida, en orden a que estos deban celebrarse “en términos que sean al menos **equivalentes a los términos acordados por las Partes bajo un acuerdo de prorrateo especial existente con cualquier otra aerolínea para la misma ruta y clase tarifaria**”, podría permitir que las partes escojan a su arbitrio cualquier acuerdo de prorrateo, pudiendo ser uno que no entregue condiciones competitivas a los entrantes.

eventualmente distorsionar la competencia en el mercado aéreo. Ello dado que los vuelos en conexión de baja demanda, que normalmente se venden a un menor precio, podrían venderse a un precio mayor o simplemente dejar de ofertarse luego de materializados los Acuerdos. Así, por ejemplo, si para el itinerario Santiago-Madrid-Valencia el precio es menor que para la ruta Santiago-Madrid, la imposición de esta medida podría ocasionar que la primera aumentase su precio o deje de ofertarse dada su baja demanda. Ilustrativo de lo anterior son las siguientes imágenes correspondientes a cotizaciones de vuelos sin escala y en conexión que contienen a las Rutas Monopolizadas:

**Imagen 1: Cotización vuelos Santiago – Miami y Santiago-Miami-Los Angeles**

The image shows two screenshots of the American Airlines website's flight search results. The top screenshot displays the route Santiago (SCL) to Miami (MIA) for the dates Dec 10 to Dec 14. It shows prices for different cabin classes: Cabina Principal (2,326,319 CLP), Económica Premium (2,012,822 CLP), and Ejecutiva (2,064,047 CLP). The bottom screenshot displays the route Santiago (SCL) to Los Angeles (LAX) for the same dates, showing prices for Cabina Principal (475,799 CLP), Económica Premium (544,099 CLP), Ejecutiva (4,207,711 CLP), and Primera (523,199 CLP). Both screenshots include flight details such as departure times, durations, and aircraft types.

Fuente: Sitio web American Airlines<sup>64</sup>

<sup>64</sup> Al respecto, véase: <<https://www.americanairlines.cl/booking/flights/choose-flights/flight1?bookingPathStatId=1542141943354-604>> y <<https://www.americanairlines.cl/booking/flights/choose-flights/flight1?bookingPathStatId=1542141884558-820>>. (Última visita: 13 de noviembre de 2018)

Imagen 2: Cotización vuelos Santiago – Madrid y Santiago-Madrid-Roma

The image shows two screenshots of the Iberia website's flight search results. The top screenshot is for a flight from Santiago de Chile to Madrid on December 12, 2018. It shows a direct flight (DIRECTO) from 13:35 to 06:25 with a duration of 12h 50min. Three fare classes are listed: Turista (410.483CLP), Turista Premium (579.867CLP), and Business Class (1.535.384CLP). The bottom screenshot is for a flight from Santiago de Chile to Rome on December 12, 2018. It shows a flight with one stop (1 escala) from 13:35 to 11:10 with a total duration of 17h 35min. Three fare classes are listed: Turista (375.596CLP), Turista Premium (640.317CLP), and Business Class (1.659.353CLP). The flight details include a stopover in Madrid (MAD) T4S with a 2h 20min connection time.

Fuente: Sitio web Iberia<sup>65</sup>

72. Adicionalmente, es posible para las Partes realizar conductas predatorias aun cobrando precios implícitos positivos. Asimismo, es posible realizar dichas estrategias utilizando otras rutas diferentes a las Rutas Monopolizadas, como por ejemplo, rutas desde los *hubs* de LATAM en Sao Paulo o en Lima.

<sup>65</sup> Al respecto, véase

[[https://www.iberia.com/flights/?market=cl&language=es&quadrigam=IBHMPA&flexible=true&TRIP\\_TYPE=1&BEGIN\\_CITY\\_01=SCL&END\\_CITY\\_01=ROM&BEGIN\\_DAY\\_01=12&BEGIN\\_MONTH\\_01=201812&BEGIN\\_YEAR\\_01=2018&END\\_DAY\\_01=&END\\_MONTH\\_01=&END\\_YEAR\\_01=&ADT=1&CHD=0&INF=0&FARE\\_TYPE=R&appliesOMB=false&splitEndCity=false&initializedOMB=true#!/availability](https://www.iberia.com/flights/?market=cl&language=es&quadrigam=IBHMPA&flexible=true&TRIP_TYPE=1&BEGIN_CITY_01=SCL&END_CITY_01=ROM&BEGIN_DAY_01=12&BEGIN_MONTH_01=201812&BEGIN_YEAR_01=2018&END_DAY_01=&END_MONTH_01=&END_YEAR_01=&ADT=1&CHD=0&INF=0&FARE_TYPE=R&appliesOMB=false&splitEndCity=false&initializedOMB=true#!/availability)] y

[[https://www.iberia.com/flights/?market=cl&language=es&quadrigam=IBADVS&flexible=false&TRIP\\_TYPE=1&BEGIN\\_CITY\\_01=SCL&END\\_CITY\\_01=MAD&BEGIN\\_DAY\\_01=12&BEGIN\\_MONTH\\_01=201812&BEGIN\\_YEAR\\_01=2018&END\\_DAY\\_01=&END\\_MONTH\\_01=&END\\_YEAR\\_01=&ADT=1&CHD=0&INF=0&FARE\\_TYPE=R&appliesOMB=false&splitEndCity=false&initializedOMB=true#!/availability](https://www.iberia.com/flights/?market=cl&language=es&quadrigam=IBADVS&flexible=false&TRIP_TYPE=1&BEGIN_CITY_01=SCL&END_CITY_01=MAD&BEGIN_DAY_01=12&BEGIN_MONTH_01=201812&BEGIN_YEAR_01=2018&END_DAY_01=&END_MONTH_01=&END_YEAR_01=&ADT=1&CHD=0&INF=0&FARE_TYPE=R&appliesOMB=false&splitEndCity=false&initializedOMB=true#!/availability)] (Última visita: 13 de noviembre de 2018).

**3. La Medida de designación de un Consultor supone la afectación de una facultad de la FNE y posee falencias que dificultan la fiscalización objeto de ella**

73. La medida octava impuesta por el H. TDLC en la Resolución, dispone que las Partes *“deberán designar, a su costo, un Consultor con experiencia y conocimiento de la industria”*, que deberá fiscalizar el cumplimiento de las otras medidas.

74. Si bien ésta es una medida que se encuentra sujeta al funcionamiento y eficacia de las otras medidas impuestas en la Resolución, la misma supone la intromisión en facultades fiscalizadoras propias de este Servicio y refleja un mal entendimiento del rol de los consultores en esta sede, junto con presentar una serie de falencias de diseño que le restan eficacia a la labor fiscalizadora de la misma.

75. El artículo 39 letra d) del DL 211 indica que serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico *“Velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones en las materias a las que se refiere el Título IV de esta ley, así como de los fallos y decisiones que dicte el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley”*.

76. En este sentido, es claro que la labor de fiscalizar el cumplimiento de medidas de mitigación impuestas por el H. TDLC en sus resoluciones, corresponde una facultad que le concierne al Fiscal Nacional Económico y no a terceros, incluso cuando su designación dependa de este Servicio. Así las cosas, cuando la Resolución dispone que este consultor *“fiscalizará el cumplimiento de las medidas de mitigación dispuestas en esta resolución”* está imponiendo una medida que afecta las atribuciones de este Servicio y desnaturaliza el rol del Consultor.

77. De este modo, la imposición de una medida relativa a la Consultoría, en los términos como está definida, no se condice con la realidad normativa ni con la jurisprudencia previa del mismo H. Tribunal. Muy ilustrativo de lo anterior es el punto V. N° 5 del acuerdo conciliatorio celebrado entre la FNE y Unilever Chile S.A., que fuera aprobado por el H. Tribunal con fecha 30 de abril de 2014:

***“Sin perjuicio de las facultades legales otorgadas a la FNE para fiscalizar, Unilever Chile deberá entregar a la Fiscalía Nacional Económica un informe preparado por un tercero independiente, que deberá ser una empresa consultora de preferencia internacional (en adelante “El Consultor”), quién informará y dará detallada cuenta del estado de cumplimiento***

*de los distintos compromisos y acuerdos contenidos en el presente documento.” (Énfasis agregado)*

78. Además, la condición Décimo Cuarta de la resolución N° 37 del H. TDLC que resuelve la Consulta de CONADECUS sobre operación de concentración entre LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A. dispuso lo siguiente:

*“LATAM deberá contratar a un tercero independiente, **a fin de que dicho tercero asesore a la Fiscalía Nacional Económica** en los términos que se indican en la presente Condición Décimo Quinta.”*

79. En este orden de cosas, las cláusulas que impongan medidas de consultorías a terceros deben constituirse sobre la base de ser una colaboración a la labor de fiscalización que tiene la FNE, pero en ningún caso pueden implicar la sustitución de las mismas. Así, una medida de consultoría que se instruya de manera acorde al DL 211 debería considerar que este consultor sea supervisado por este Servicio y que se convierta en los “ojos y oídos” de la institución en las empresas, tal como lo previene la Guía de Remedios de la Comisión Europea:

*“El administrador encargado de la supervisión **llevará a cabo sus tareas bajo el control de la Comisión y deberá ser considerado como los «ojos y oídos» de la Comisión.** (...) La Comisión podrá, por lo tanto, dar cualesquiera ordenes e instrucciones al administrador para garantizar el cumplimiento de los compromisos, y el administrador podrá proponer a las partes cualquier medida que considere necesaria para llevar a cabo sus tareas. Las partes, sin embargo, no podrán dar instrucciones al administrador sin la aprobación de la Comisión.”*

80. Por otro lado, la experiencia que esta Fiscalía tiene en la fiscalización del cumplimiento de este tipo de medidas, le permite indicar que la misma no considera herramientas de apoyo directo a este Servicio para el ejercicio de su labor, lo que la hace, además, insuficiente.

81. De este modo, la medida no contempla, por ejemplo, la elaboración de informes periódicos por parte del Consultor, como tampoco la asesoría de éste al Servicio, entre otras.

82. Junto con lo anterior, la cláusula también es deficiente de conformidad al estándar de medidas relativas a supervisores de cumplimiento que ha impuesto esta FNE en su Guía

de Remedios y en resoluciones previas<sup>66</sup>. Es así como, este Servicio ha entendido que el Supervisor de cumplimiento debe ser un colaborador en la labor de fiscalización de la FNE, que, sin perjuicio de estar remunerado por las Partes, *“responden a la FNE, de manera tal que sólo pueden recibir instrucciones de parte de ésta”*. Además de lo anterior, considera que en el ejercicio de su cargo ellos *“deberán emitir reportes confidenciales periódicos a la FNE<sup>67</sup> informando acerca de la marcha de su encargo, y deberán tener acceso a toda la documentación de las partes que resulte pertinente”*. Junto con ello, se ha requerido además que la Fiscalía tenga la capacidad de remover al consultor o cualquier miembro de su equipo por motivos fundados y estableciendo un procedimiento reglado para su nuevo nombramiento<sup>68</sup>.

83. Todo lo señalado anteriormente, permite a este Servicio reafirmar lo que se viene diciendo en orden a que las medidas propuestas no son idóneas para mitigar los riesgos detectados, lo que podría traer como consecuencia que la materialización de los JBA consultados impida, restrinja o entorpezca la competencia en el mercado de transporte aéreo de pasajeros. Es en razón de ello que es necesario que la Exma. Corte prohíba la materialización de los Acuerdos.

## V. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

84. En virtud de los antecedentes de hecho, de derecho y económicos existentes en el proceso y los presentados en la presente Reclamación, esta Fiscalía solicita que vuestra Excm. Corte Suprema revoque la Resolución N° 54, por ser los JBA contrarios a la libre competencia y en razón de que las medidas impuestas no garantizan el resguardo de la misma en los mercados afectados.

85. En primer lugar, los Acuerdos son de aquellos que presentan un alto grado de coordinación en variables de competencia relevante entre competidores, tales como precios y capacidad, en un escenario donde las Partes son los actores más importantes, en virtud

---

<sup>66</sup> A modo referencial, véase resolución de fecha 19 de octubre de 2018 en causa Rol FNE N° F108-2017 y el acuerdo extrajudicial suscrito por la Fiscalía con Inversiones Caburga Ltda. y Holchile S.A., de fecha 30 de mayo de 2017, en el marco de la investigación Rol FNE N° F71-2017, denominado “INFORME DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA RESPECTO A INVESTIGACIÓN DE OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ENTRE CEMENTOS POLPAICO S.A. Y CEMENTOS BICENTENARIO S.A. ROL FNE F71-2016”, el cual fue aprobado por el H. TDLC con fecha 29 de junio de 2017 en la causa Rol AE 14-17.

<sup>67</sup> Como se ha resuelto en resoluciones previas de la FNE en esta materia, el contenido preciso de estos informes es también delimitado por esta Fiscalía.

<sup>68</sup> Véase Guía de Remedios, párrafos 90 y 91.

de sus elevadísimas participaciones de mercado y la presencia de importantes barreras a la entrada en los mercados afectados por los Acuerdos.

86. Por su parte, la evaluación sustancial de los Acuerdos efectuada en la Resolución, pese a omitir ciertos riesgos, tales como aquellas rutas traslapadas con altos índices de concentración, y sobrestimar las posibles eficiencias, evidencia que los mismos podrían dañar la competencia y en una magnitud importante, pudiendo los daños superar entre dos a tres veces los eventuales beneficios, en base a estimaciones realizadas por el H. TDLC.

87. Las medidas impuestas, en tanto, poseen una serie de deficiencias que impiden tener certeza de que pueda preservarse la situación competitiva luego de aprobados los JBA. Así, la principal sería que las mismas no son efectivas, al no lograr su objetivo de mitigar los riesgos constatados en estos autos; son difíciles de fiscalizar, tanto por esta Fiscalía como por terceros; e, incluso, podrían llegar a distorsionar la competencia.

88. Por lo tanto, atendido el gravoso incremento en poder de mercado que alcanzarán las Partes en los mercados que conectan Chile con Norteamérica y Chile con Europa, los importantes riesgos detectados que superan con creces las posibles eficiencias de los JBA y la insuficiencia de medidas de que mitiguen y permitan preservar las condiciones competitivas, es que esta Fiscalía solicita que sean rechazados los JBAs. En cualquier caso, en el improbable evento que la Excma. Corte estime que los Acuerdos deban ser aprobados sujetos a ciertas medidas de mitigación, esta FNE solicita que éstas se ajusten o modifiquen conforme a lineamientos de competencia a fin de evitar los defectos y/o consecuencias indeseadas que se han detallado en esta presentación y que este Servicio entregará en la oportunidad procesal correspondiente.

89. Así las cosas, en atención a que a la fecha el mercado no presenta las condiciones que puedan garantizar la ejecutabilidad de las medidas, esta FNE considera que los Acuerdos deberían prohibirse y que, en el evento de cambiar las condiciones del mercado, las partes concurren a las entidades de competencia a fin de solicitar autorización para su materialización.

**POR TANTO,**

**AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA SOLICITO:** tener por interpuesto el recurso de reclamación de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Resolución N° 54 de 2018, dictada con fecha 31 de octubre de 2018 y notificada a este Servicio con la misma fecha, declararlo admisible, darle tramitación, y, en definitiva, elevar

los autos a la Excm. Corte Suprema, para que ésta, conociendo de dicho recurso, revoque la resolución recurrida y prohíba la materialización de los *Joint Business Agreements* consultados por ser estos contrarios a las normas que regulan la libre competencia.