

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 44/2006

Santiago, veintiséis de septiembre de dos mil seis,

VISTOS:

1.- A fojas 29, con fecha 21 de junio de 2005, la empresa Sky Service S.A. -en adelante también **SKY**- presenta una demanda en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (**MTT**), la Junta de Aeronáutica Civil o **JAC**, Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A., en adelante, también, referidas conjuntamente con la sigla **LAN**, en conformidad con los siguientes antecedentes:

1.1. Considera que las demandadas incurrieron en una infracción al D.L. N° 211 por los siguientes actos y conductas:

a) en cuanto al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y la Junta de Aeronáutica Civil, con la dictación y aplicación del Decreto Supremo N° 102, de 1981, denominado “Reglamento de Licitación Pública para Asignación de Frecuencias Internacionales a Empresas Nacionales”, del referido Ministerio, y por las adjudicaciones de frecuencias aéreas internacionales para rutas a Brasil en el proceso de licitación finalizado el día 20 de junio de 2005; y,

b) Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A., al adjudicarse la totalidad de rutas de largo recorrido entre Chile y Brasil;

1.2. Añade que los países, de conformidad con los tratados internacionales, son soberanos respecto de su espacio aéreo y, por lo general, controlan el ingreso de empresas aeronáuticas extranjeras sobre la base de reciprocidad, estableciendo un sistema de libertades que regula el nivel de la operación que se autoriza y de frecuencias, referido a la cantidad de operaciones semanales autorizadas a empresas de otro país. El nivel más alto es el de los cielos abiertos respecto de frecuencias, y se clasifican de la siguiente manera:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- **Derechos de tercera libertad:** son aquellos que permiten a una aerolínea chilena transportar pasajeros y/o carga desde el país de origen -Chile- hacia el país contraparte -por ejemplo, España;
- **Derechos de cuarta libertad:** son aquellos que permiten a una aerolínea chilena transportar pasajeros y/o carga desde el país contraparte –España– hacia el país de origen –Chile;
- **Derechos de quinta libertad:** son aquellos que permiten a la aerolínea chilena transportar pasajeros y/o carga entre el país contraparte –España– y un tercer país –Alemania–, pero solamente como continuación de un vuelo iniciado-terminado en el país de origen -Chile. Para poder ejercer este derecho, se requiere contar con el mismo derecho otorgado por parte del tercer país;
- **Derechos de sexta libertad:** son aquellos que permiten a la aerolínea española transportar pasajeros y/o carga entre el país contraparte –Chile– y un tercer país –Alemania–, pero solamente como continuación de un vuelo iniciado en el país de origen -España. Para poder ejercer este derecho, se requiere contar con el mismo derecho otorgado por parte del tercer país;
- **Derechos de séptima libertad:** son aquellos idénticos a la quinta libertad, pero libera de la restricción de iniciar el vuelo en el país de origen –Chile;
- **Derechos de octava libertad:** son aquellos que permiten a la aerolínea chilena transportar pasajeros y/o carga entre ciudades dentro del país de destino (España), esto es, realizar vuelos de cabotaje entre dos ciudades de España, pero solamente como continuación de un vuelo iniciado en el país de origen (Chile); y
- **Derechos de novena libertad:** son aquellos que permiten a la aerolínea chilena transportar pasajeros y/o carga entre ciudades dentro del país de destino (España), esto es, realizar vuelos de cabotaje entre dos ciudades de España, pero sin restricción en el origen de los vuelos;

SKY señala que Chile mantiene un sistema de apertura de cielos sobre base del principio de la reciprocidad y, atendido que la gran mayoría de los países mantienen sus cielos cerrados para proteger sus líneas aéreas de bandera, lo más frecuente es la existencia de un número limitado de vuelos por semana, autorizados entre los países contraparte y que pueden ser utilizados por las líneas aéreas de cada país;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.3. Por su parte, el D.L. N° 2.564 o Ley de Aviación Comercial, establece en su artículo 3° que estas frecuencias, en caso de ser limitadas, serán objeto de licitación pública entre los operadores nacionales interesados, sin establecer más criterios, salvo señalar claramente que ello se hará de acuerdo a las reglas y condiciones que fije el reglamento.

El sistema de frecuencias reseñado opera como una eficaz barrera a la entrada, mediante el cual los países protegen de la competencia externa a sus empresas de aviación más débiles, equivalente al sistema aduanero de cuotas de ingreso a los productos importados, con el cual los países igualan la capacidad de oferta de sus empresas a las extranjeras. Este sistema es en sí una restricción legal, de acuerdo al sistema internacional vigente, de limitación a la libre competencia con fines proteccionistas;

1.4. El citado D.S. N° 102, que “Reglamenta Licitación Pública para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales”, establece un sistema de asignación al mejor postor en una subasta pública sin más resguardo que el valor ofrecido por cada operador, adjudicándose la frecuencia al operador que ofrezca un monto más alto por ella, no cumpliéndose en la práctica con la primera normativa legal que señala que se trata de una licitación y no de un simple remate.

La JAC, organismo dependiente del MTT publica en su página *web* un procedimiento para licitar frecuencias aéreas internacionales que establece la ritualidad misma del acto de licitación, configurado como un verdadero remate;

1.5. Considera la demandante que el reglamento se aparta del artículo 3 de la Ley de Aviación Comercial, dado que no hay condiciones para la adjudicación sino una exigencia de capacidad económica de los proponentes que participan en el remate para efectuar la oferta más alta.

Esto reforzaría las limitaciones ya existentes a la libre competencia, al asentar un sistema de adjudicaciones fundado en el poder económico del mejor postor, lo que obviamente redundaría en una capacidad incontrarrestable de LAN.

Afirma que las consecuencias derivadas de la aplicación de estas normas son evidentes: un solo operador es titular de todas las frecuencias y gracias al poder económico que esto conlleva, puede adquirir toda otra frecuencia que se obtenga en negociaciones internacionales;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.6. Lo anterior quedaría en evidencia en la licitación de frecuencias realizada el día 20 de junio de 2005, respecto de las frecuencias para volar entre Chile y Brasil, y desde ellos hacia terceros países con derecho de tomar pasajeros hacia esos destinos.

En efecto, SKY afirma que sólo pudo obtener aquellas frecuencias que LAN no precisaba, como siete frecuencias regionales Chile - Brasil, de las que LAN solicitó también siete quedando aún veintiuna disponibles. En cambio, en las frecuencias de largo recorrido, nueve cargueras y once mixtas, que habilitan para volar entre Chile y Brasil, y desde allí a cualquier parte del mundo, tomando en Brasil carga o pasajeros, SKY no tuvo ninguna opción, limitándose a realizar una postura testimonial y dejando constancia de su posición frente a un sistema ilegal e injusto;

1.7. En su opinión, conforme al tenor y espíritu del Decreto Ley N° 211, la legislación antimonopolios constituye una norma de derecho público, que informa toda la legislación nacional, la que debe adecuarse a la protección de la libre competencia y deroga tácitamente toda norma anterior que obste a conseguir o mantener la libre competencia.

En este caso, considera que reglamento contenido en el D.S. N° 102, sin autorización legal, establece o fortalece un monopolio, cuya consecuencia es que un solo operador concentra la totalidad de los derechos de tráfico hacia un país, lo que no sólo restringe, si no que impide absolutamente la competencia;

1.8. La demandante estima que un reglamento que establece como único criterio de adjudicación la capacidad económica, excede el marco legal que desarrolla y el establecido por el Decreto Ley N° 211, en particular sus artículos 3° y 4°, pues entrega el mercado sin limitaciones al poder de quien dispone de más recursos, usualmente quien está consolidado en el mismo, eliminando cualquier posibilidad de competencia;

1.9. Considera necesario también establecer parámetros adicionales al precio para la licitación de frecuencias internacionales cuando éstas son escasas, como cuotas máximas a asignar a un solo operador, a fin de evitar la concentración en uno solo, lo que estima debería estar prohibido, salvo que no existan otros, y, aún en ese caso, dichas frecuencias deberían tener el carácter de precarias, de manera de asegurar su disponibilidad para otros operadores que surjan, o aquellos límites y condiciones que este Tribunal estime procedentes;

1.10. Solicita tener por interpuesta demanda por infracción al Decreto Ley N° 211 en la licitación de 20 de junio de 2005, al adjudicarse todas las nuevas frecuencias de largo recorrida entre Chile y Brasil a LAN, declarando que dicho acto es nulo por cuanto concede un monopolio sin autorización legal expresa, que se establezcan los parámetros

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

para estas licitaciones a fin de impedir la concentración de frecuencias en poder de un solo operador, determinando además los límites de concentración de frecuencias aceptables, y, en general, se adopten las medidas que se estimen adecuadas en defensa de la libre competencia.

2.- A fojas 106 y siguientes consta el expediente de la consulta de SKY que fue presentada en forma previa a la demanda, la cual se agregó a estos autos según resolución de fojas 155, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el Auto Acordado N° 5/2006 de este Tribunal.

2.1.- La consulta está referida a las normas legales y reglamentarias que rigen la asignación de frecuencias de vuelos internacionales establecidas en los convenios internacionales entre Chile y otros países cuando éstas son limitadas, a fin de asegurar su debida concordancia y conformidad con la normativa del D.L. 211 sobre defensa de la libre competencia;

2.2. A fs. 143 consta el informe evacuado por la JAC en la consulta agregada, donde expone que su misión consiste en ejercer la dirección superior de la aviación civil en Chile, lo que implica fijar las grandes directrices del quehacer aeronáutico y administrar la política aerocomercial chilena.

Esta última es una política de cielos abiertos, definida desde 1979, consistente en aplicar los principios de libre mercado a la aviación comercial. Su objetivo es contar con servicios aéreos de la mejor calidad, eficiencia y al menor costo, estimulando para ello la competencia sana y leal de las aerolíneas nacionales y extranjeras. Para conseguir estos objetivos, nuestra legislación establece tres principios básicos: el libre ingreso a los mercados, la libertad de precios y la mínima intervención de la autoridad aeronáutica.

En cuanto a la relación aerocomercial de Chile con otros países, señala que la regla general son los acuerdos de cielos abiertos y excepcionalmente existe limitación de vuelos (frecuencias). Chile tiene acuerdos comerciales con 40 países, en 31 de los cuales el acuerdo es de cielos abiertos para el tráfico entre el territorio de los dos países. Con 22 de los 31 países, los cielos abiertos incluyen el tráfico entre el país de la contraparte y terceros países. Por consiguiente, hay 9 países con los cuales el número de vuelos está limitado. De esos 9, en 5 de ellos hay frecuencias de vuelo disponibles que podrían ser usadas sin requerir un proceso de licitación. El resto son Perú, España, México y Venezuela.

Considerando que hay países con los que existe limitación de frecuencias, la Ley de Aviación Comercial dispuso, en su artículo 3°, un procedimiento de licitación pública para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la asignación de frecuencias internacionales limitadas, en las que hubiera más de una aerolínea nacional interesada en operarlas, ordenando la norma legal que las condiciones de dicha licitación fueran fijadas por reglamento.

Que a su vez, el reglamento aludido se dictó mediante D.S. N° 102, que contempla un sistema de asignación basado en ofertas en dinero. Con el objeto de no recaudar dinero para el Fisco, si se presentaba un solo interesado por cada frecuencia disponible, se le asignaba la frecuencia sin necesidad de pago. En los 24 años de vigencia del sistema, sólo en dos ocasiones las empresas interesadas han debido pagar por las frecuencias, siendo una de ellas la licitación de algunas frecuencias a Brasil, realizada el 20 de junio de 2005.

Entre 1981 y 1995, Lan Chile y Ladeco participaron en las licitaciones sin que se objetara el sistema por diferencia en la capacidad económica de las empresas, si bien en ese período nunca hubo pagos por las frecuencias. A partir de la fusión entre ambas, en 1995, la JAC advirtió que aerolíneas chilenas de segundo nivel no podrían enfrentar en igualdad de condiciones un proceso de asignación en base a ofertas en dinero. Sin embargo, no se modificó el sistema porque se prefirió privilegiar la no intervención de la autoridad en las asignaciones.

En diecisiete ocasiones la JAC ha efectuado llamados a licitación por frecuencias disponibles. De éstas, cinco correspondieron a frecuencias transitorias, que duraron sólo unos meses, dos correspondieron a llamados en que no se presentó ninguna empresa; tres se refirieron a frecuencias que se extinguieron al entrar la ruta en régimen de cielos abiertos, seis se refirieron a frecuencias vigentes, y sólo en dos de esos llamados hubo pago. Una nueva licitación de frecuencias a España se realizaría el día 4 de julio de 2005.

Concluye la JAC señalando que, de los cuarenta países con los que hay acuerdo de derechos de tráfico aerocomercial, en sólo cuatro hay dificultades para ingresar al tráfico bilateral sin licitación. Estos cuatro países constituyen el 19,5% del mercado del transporte aéreo internacional de Chile, medido en número de pasajeros, y el 28,2% medido en pasajeros-kilómetros. Por consiguiente, el 80,5% y el 71,8%, respectivamente, de ese mercado está abierto al ingreso de aerolíneas chilenas sin necesidad de pasar por el proceso de licitación.

3.- A fs. 173 informa la Fiscalía Nacional Económica (FNE), en el siguiente sentido:

3.1. Efectúa una descripción del mercado, señalando que, en general, en las industrias de transporte aéreo se aprecia que pueden existir economías de escala, de ámbito y de densidad, y estas economías pueden tener origen tanto por el lado de la oferta como por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el de la demanda. En términos teóricos, se vislumbran externalidades positivas de redes en el sentido de que los costos y/o ingresos de transportar pasajeros y/o carga en diferentes rutas, interconectadas entre sí, son interdependientes.

Las economías de escala por el lado de la oferta suelen producirse al utilizar tamaños de aviones mayores, dado que se espera una reducción en los costos por pasajero, debido a que éstos no debieran aumentar proporcionalmente con el número de asientos.

Respecto de las economías de ámbito por el lado de la oferta, éstas se aprecian tanto en la prestación conjunta del transporte de pasajeros y de carga, como en la complementariedad entre rutas de la misma red. Lo anterior, debido a que existe una serie de costos comunes para las distintas actividades, entre otros, el mismo sistema de reservación, aviones y tripulación para varias rutas. Además, existen economías de ámbito por el lado de la demanda, dado que los consumidores prefieren líneas aéreas que garanticen una amplia red de rutas y conexiones, hecho que es reforzado por los programas de viajero frecuente que inducen a los clientes a viajar con las líneas aéreas que tienen más destinos disponibles, e imponen costos de cambiarse a otras líneas que no pertenecen a una misma alianza;

3.2. La FNE define a continuación el mercado relevante, señalando que, por el lado del producto, corresponde al mercado aéreo, dado que los otros medios de transporte no serían sustitutos; y, desde el punto geográfico, corresponde a pares de ciudades, debido a que los distintos demandantes de pasajes difieren en sus posibilidades de elegir los aeropuertos de origen y destino, así como la frecuencia y el costo de oportunidad del tiempo utilizado en los viajes.

Añade que, si bien el análisis del mercado relevante se debe hacer caso a caso, puede señalarse que, en general, respecto del presente caso, los mercados relevantes corresponden individualmente a aquellas rutas internacionales en las que la entrada se encuentra limitada a un número determinado de frecuencias regulares para las líneas aéreas nacionales y sus contrapartes, por no aplicarse a esas rutas el principio de cielos abiertos.

Además, se requiere investigar el grado de sustituibilidad entre las distintas rutas a través de las cuales se sirve un par de aeropuertos, dependiendo de múltiples factores, tales como el tiempo de viaje, el número de frecuencias, la elasticidad de los diferentes tipos de demanda de los consumidores, otras características de la calidad de los servicios y el precio de las distintas alternativas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.3. En el caso de las frecuencias internacionales, señala que la adquisición de éstas para diversos destinos internacionales permite crear una red a través de la cual se pueden explotar las distintas economías descritas anteriormente. Los potenciales interesados en servir dichas rutas y que no accedan a frecuencias regulares tienen desventajas competitivas con respecto a quienes las poseen.

Las frecuencias no regulares, en caso que estén disponibles, son por definición frecuencias que sólo se pueden servir por tiempo limitado y no constituyen una alternativa equivalente. Por tanto, la adquisición de todas las frecuencias regulares por una sola línea aérea, para determinadas rutas con determinadas características de libertades de aire, impone una barrera a la entrada para el ingreso de nuevos actores al transporte aéreo internacional, lo cual repercute en el mercado nacional, dadas las sinergias entre ambos mercados, pues entrega una ventaja de costos y demanda no replicable por otros operadores, situación que afecta la posición competitiva de las empresas nacionales existentes;

3.4. Las alianzas entre aerolíneas, dependiendo de sus características, pueden disminuir en términos teóricos los costos de aquéllas y aumentar la demanda por sus vuelos, al racionalizar las redes de tráfico de manera conjunta por las aerolíneas que adoptan los acuerdos, aumentando las alternativas de conexiones, pudiendo, por lo tanto, aumentar la eficiencia del mercado.

Por otro lado, estos acuerdos pueden reducir la competencia y aumentar el poder de mercado de las aerolíneas que lo poseen, cuando la mayoría de las rutas servidas son relativamente similares;

3.5. Añade la FNE que la competencia en el mercado nacional se puede separar en dos etapas. La primera, previa a la compra de acciones de Ladeco por parte de Lan Chile, se caracterizó por la coexistencia de dos empresas con participaciones altas en el mercado nacional. La segunda etapa se refiere a la situación posterior a dicha fusión, que se ha caracterizado por un actor con fuerte presencia, LAN, y la entrada de diversas compañías aéreas que no han logrado perdurar en el mercado.

Respecto del transporte aéreo de carga después de la fusión, Lan Airlines y sus filiales han alcanzado una participación cercana al 100% del mercado nacional;

Actualmente, se encuentran operando en el mercado nacional tres aerolíneas: Lan Airlines S.A., Sky Airlines S.A. y Aerolíneas del Sur S.A. Lan Airlines S.A. y sus relacionadas tienen una participación, en lo que a pasajeros respecta, de un 82%. Por su

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

parte, el inicio de operaciones de Aerolíneas del Sur S.A. a fines del 2004 no ha impactado por el momento las participaciones de mercado de las restantes aerolíneas.

En el mercado internacional, en lo que respecta a las aerolíneas nacionales, Lan Airlines tiene prácticamente el 100% de participación de carga y pasajeros, y la competencia que enfrenta proviene de aerolíneas de otros países;

3.6. La FNE analiza también la estructura actual del mercado nacional e internacional e indica que el mercado nacional, tanto de pasajeros como de carga, se encuentra altamente concentrado. Lan Airlines S.A. y sus filiales han alcanzado y mantenido a través de los años una alta participación de mercado, observándose una constante entrada y salida de aerolíneas competidoras. Esta ventaja se debe a que esta empresa ha logrado ciertas ventajas competitivas sobre otras líneas aéreas nacionales que han participado en este mercado.

Estas ventajas provienen del ejercicio de economías de ámbito y de densidad. En particular, las sinergias en las conexiones nacionales a partir de vuelos internacionales, uso de insumos comunes para servir los mercados de pasajeros y carga, estableciendo alianzas internacionales, como por ejemplo acuerdos de códigos compartidos, red de comercialización establecida, mayores frecuencias de vuelos nacionales, entre otros factores.

El mercado internacional, por su parte, está caracterizado también por una importante participación de Lan Airlines S.A. y sus filiales. Sin embargo, se aprecia la existencia de competidores equivalentes en varias rutas;

3.7. Concluye la FNE señalando, respecto del mecanismo de adjudicación al mejor postor establecido en el D.S. N° 102, que se constata lo siguiente:

a) en los 24 años de vigencia de dicha norma, sólo en dos ocasiones se presentó más de un interesado por frecuencia a adjudicar, operando el mecanismo de la mejor oferta en dinero y adjudicándose las frecuencias, en ambas ocasiones, a la empresa incumbente;

b) en el período en que Lan Chile y Ladeco compitieron en los vuelos internacionales, nunca ambas empresas se interesaron por la misma frecuencia, por lo que entre ellas no operó el mecanismo de adjudicación al mejor postor; y,

c) la situación actual de las frecuencias en uso, en los 9 países con mayores restricciones de cielos abiertos, se caracteriza por lo siguiente: de un total de 159 frecuencias, 113 están siendo utilizadas y 46 permanecen vacantes. De las 113 en uso, 106 están siendo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

utilizadas por Lan Airlines y sus filiales y 7, con destino a Brasil, se las ha adjudicado SKY;

Según la FNE, no es posible afirmar categóricamente que el mecanismo de asignación actual constituya una herramienta del dominante para levantar una barrera de entrada, pues para realizar tal afirmación sería necesario evaluar las características de los mercados involucrados y los impactos que esa adjudicación podría tener desde el punto de vista de la libre competencia.

En todo caso, la FNE estima conveniente revisar ciertos aspectos del mecanismo de asignación actual, tales como la conveniencia de mantener o restringir el plazo de adjudicación, los requisitos para entender abandonada una frecuencia y una eventual asignación de cuotas en mercados determinados;

Como medida preventiva, la Fiscalía considera que sería recomendable que la JAC, en forma previa al inicio del proceso de licitación, llame a manifestar interés, dentro de un plazo, en la adjudicación de las frecuencias a licitar. De inscribirse más de un interesado, las respectivas bases de licitación deberán ser previamente informadas a este Tribunal, para determinar los resguardos competitivos necesarios.

Considera que no correspondería la modificación del D.L. N° 2.564 que establece criterios generales respecto del mecanismo de adjudicación de frecuencias limitadas, pero sí, eventualmente, la introducción de modificaciones al D.S. N° 102, que reglamenta dicho proceso.

Por último, respecto de rutas aéreas cuyo ingreso esté limitado, la FNE estima que, en cada caso, corresponde al legítimo interesado alegar los efectos anticompetitivos que ello pudiere generar, poniendo en marcha la institucionalidad de promoción y defensa de la competencia;

4.- A fs. 212, el MTT, conjuntamente con la JAC, contestan la demanda de SKY y señalan que existen ventajas o virtudes del sistema vigente de asignación de frecuencias limitadas, dentro de las cuales se destacan:

a.- su absoluta transparencia, ya que se basa en un parámetro objetivo, adjudicando las frecuencias al mejor postor, sin dar lugar a arbitrariedades ni oportunidad de presiones indebidas a la autoridad aeronáutica;

b.- es un mecanismo acorde con la política aerocomercial chilena y particularmente con el principio de la mínima intervención de la autoridad;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

c.- es un mecanismo en que LAN, dada su trayectoria, infraestructura, conectividad en las rutas internacionales, alianzas con otras aerolíneas extranjeras e índices económicos, probablemente estaría en condiciones de presentar un plan de servicios aéreos mucho más eficiente que el de otra línea aérea entrante;

d.- resulta un mecanismo eficiente si se considera que la empresa aérea que está dispuesta a pagar más por una frecuencia, es la que está en mejores condiciones de explotarla y así propender a un servicio de mejor calidad, eficiencia y un menor costo;

e.- no reviste el peligro que la empresa postulante asuma un plan de servicios aéreos con un compromiso de sobreinversión que posteriormente resulte inviable o que no pueda afrontar;

f.- no constituye una gran barrera de entrada para aerolíneas entrantes, y tampoco constituye una barrera de entrada de la que se valga un competidor más fuerte para impedir el acceso de otros, dado que la explotación de la línea aérea implica necesariamente un desembolso económico de proporciones, dada la naturaleza del negocio comercial;

g.- las asignaciones no son indefinidas, ya que tienen una vigencia de cinco años, a cuyo vencimiento pueden reasignarse. Además, si la empresa asignataria no opera regularmente la frecuencia por un lapso superior a seis meses, se podrá declararla abandonada para los efectos de reasignarla mediante el mismo procedimiento;

Concluyen señalando que es un mecanismo transparente, eficiente y que se ajusta al principio de mínima intervención de la autoridad que inspira la política aerocomercial chilena, y sostiene que las críticas no son privativas ni aplicables únicamente al sistema de asignación chileno, pues los mecanismos de otros países presentarían las mismas falencias.

Solicitan tener por contestada la demanda, y que se rechace la acción, con costas.

5.- A fs. 242 Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A. contestan la demanda, y señalan que SKY ha solicitado la nulidad de la adjudicación de todas las frecuencias comprendidas en la licitación por cuanto dicho acto infringiría la ley, al conceder un monopolio sin autorización legal expresa. Hace presente que no está dentro de la competencia de este Tribunal el declarar la nulidad de actos o contratos. Tal declaración es una materia civil, cuyo conocimiento y fallo corresponde a los tribunales ordinarios de justicia, por lo que por este solo motivo la demanda debe ser rechazada de plano.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En todo caso, la supuesta infracción a la ley no resiste el menor análisis, ya que la adjudicación de frecuencias se realizó con estricta sujeción al procedimiento legal y reglamentario, y obviamente no tuvo como consecuencia ni objeto la concesión de un monopolio en los términos del artículo 4° del Decreto Ley N° 211.

5.1. Sin perjuicio de lo anterior, la sola circunstancia de que la licitación se haya ajustado al procedimiento legal, excluye definitivamente la posibilidad de que las asignaciones de las frecuencias a favor de LAN vulneren las normas sobre libre competencia. Es decir, las asignaciones efectuadas por la JAC están amparadas por una presunción de ajustarse a las normas sobre libre competencia, en tanto este Tribunal no ejerza su atribución en orden a solicitar su modificación y los órganos del Estado acojan la solicitud u hagan efectiva tal modificación.

5.2. SKY también ha solicitado que sea declarada nula la asignación de las frecuencias cargueras licitadas y adjudicadas a Lan Cargo, pero ello no tiene fundamento lógico toda vez que la demandante no manifestó interés alguno por ellas.

5.3. Sostienen que el procedimiento legal de asignación de frecuencias respeta y promueve la libre competencia en el mercado aéreo internacional, en el que participan también empresas extranjeras.

5.4. Señalan que los países que limitan su tráfico con Chile concentran sólo el 22% del tráfico internacional, e incluso a éstos hay frecuencias disponibles que no están siendo utilizadas, por lo que existe la posibilidad cierta de ingresar a operar tráficos internacionales sin ningún tipo de restricción o limitación, como regla general.

5.5. Respecto del procedimiento de licitación impugnado, afirman que es el que mejor ya que asegura el óptimo de eficiencia económica para el aprovechamiento de un bien escaso como son las frecuencias de vuelo, las que serán adquiridas por quien le asigne un mayor valor, en función de su capacidad de generar mejores rendimientos económicos al producir en forma más eficiente y contar con las preferencias de los consumidores.

Además, la asignación de una frecuencia conlleva la obligación de explotarla, pues se entenderán abandonadas si no es operada en un lapso de seis meses, y podrán ser reasignadas a otro operador, lo que asegura el nivel de producción y evita que una empresa se las adjudique con el sólo objetivo de restringir la entrada de nuevos operadores, disminuir o mantener el nivel de producción, con el objeto de subir los precios. Esto impediría cualquier comportamiento monopólico de las empresas titulares de frecuencias.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por otra parte, las empresas están habilitadas para transferir libremente las frecuencias a otros operadores nacionales, lo que implica un costo de oportunidad en caso de no usarlas, por lo que no tiene una ventaja de costos frente a las empresas que no son titulares de éstas. Además, los montos pagados por la asignación de frecuencias no constituyen un costo prohibitivo que imposibilite la incorporación al mercado de cualquier empresa interesada.

Este procedimiento se caracteriza por ser público, objetivo y abierto, lo que garantiza su transparencia, en beneficio de todos quienes participan en el mercado aéreo, asigna en forma eficiente.

5.6. Argumentan que la fijación de cuotas o límites de concentración que plantea SKY resulta particularmente contraria al normal funcionamiento de un mercado que no presenta ningún tipo de alteraciones y que es plenamente competitivo, arriesgando dañar la eficiencia económica y el bienestar social.

5.7. Solicitan en definitiva se rechace la demanda interpuesta por SKY, con expresa condenación en costas.

6.- A fojas 275 se decreta autos en relación.

7.- A fojas 289, LAN acompaña documentos referidos al procedimiento de asignación de nuevas frecuencias de vuelo a España, en que se adjudicaron siete de ellas a SKY.

8.- A fojas 338, el Tribunal decretó, como medida para mejor resolver, oficiar a la Junta de Aeronáutica Civil, a Lan Airlines S.A. y a Lan Cargo S.A., solicitando información relevante que no había sido aportada anteriormente.

9.- A fojas 345, la JAC informa respecto del procedimiento de abandono de frecuencias, su aplicación y fiscalización, sobre las frecuencias restringidas actualmente en uso o vacantes, los acuerdos de códigos compartidos e información respecto de los criterios de asignación de frecuencias en rutas restringidas aplicados en diecinueve países.

10.- A fojas 384 consta la resolución que tiene por acompañada la información solicitada por el Tribunal a LAN, agregada con carácter confidencial, dada su naturaleza.

CONSIDERANDO:

Primero: Que a fojas 29 y siguientes Sky Airlines S.A. interpone demanda en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, la Junta de Aeronáutica Civil de Chile y en contra de Lan Airlines S.A. y su filial Lan Cargo S.A., por infracciones al Decreto Ley N° 211, al adjudicar la JAC a Lan Airlines S.A., en la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

licitación del día 20 de junio de 2005, todas la nuevas frecuencias de largo recorrido entre Chile y Brasil.

La demandante señala que el mecanismo de licitación dispuesto por el Decreto Supremo N° 102, denominado “Reglamento de Licitación Pública Para Asignación de Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales”, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, establece un sistema de asignación basado en la capacidad económica de los proponentes que participan en el remate, lo que favorece a la aerolínea dominante, como habría ocurrido en la licitación de autos;

Segundo: Que, en primer lugar, este Tribunal procederá a definir qué se entiende por “frecuencias” en la industria aeronáutica y a revisar de qué forma se asignan entre aerolíneas chilenas en caso que estén restringidas;

Tercero: Que, según lo dispuesto en el artículo 1° del citado Decreto Supremo N° 102, se entiende por frecuencia “la operación regular de un vuelo semanal en una ruta determinada”. Muchas de estas frecuencias están restringidas y deben obtenerse por medio de negociaciones con el Estado contraparte. Incluso, en algunos casos no hay frecuencias disponibles.

Así, la frecuencia es un insumo esencial para que las aerolíneas chilenas puedan efectuar la provisión de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga hacia y desde el exterior. Esta situación es similar al de telefonía móvil y al de radiodifusión, en la que los prestadores del servicio requieren de un insumo esencial como es el espectro radioeléctrico;

Cuarto: Que, en general, la política aerocomercial chilena es denominada de “cielos abiertos”, lo que consiste en aplicar principios de libre mercado a la aviación comercial, con el objeto de contar con servicios aéreos eficientes y de la mejor calidad, al menor costo. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el comercio internacional de bienes, la apertura de esta industria a la competencia internacional ha sido condicionada por algunos países a la reciprocidad de derechos. Corresponde en esos casos a la JAC alcanzar acuerdos internacionales de cielos abiertos para que las aerolíneas chilenas y las aerolíneas nacionales del Estado contraparte dispongan de “derechos de tráfico aéreo internacionales” recíprocos. En la tabla siguiente se presenta el grado de apertura de rutas aerocomerciales para aerolíneas chilenas:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 1: Grado de Apertura de las Rutas Aerocomerciales para Aerolíneas Chilenas

PAIS	AÑO Acuerdo	Entre territorios de las partes 3 y 4 libertad	Entre territorio de la contraparte y terceros países 5 y 6 libertad	Desde territorio contraparte a terceros países 7 libertad	Dentro del Territorio Contraparte Cabotaje
Paraguay	2005	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos
Uruguay	2003	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos
Brunei	2002	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos
Nueva Zelandia	2002	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos
Singapur	2002	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos
Emiratos Arabes	2005	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos
Finlandia	2005	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos
Estados Unidos	2002	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Ci.abiertos (carga)	Sin derechos
Guatemala	1999	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Ci.abiertos (carga)	Sin derechos
Panamá	1997	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Ci.abiertos (carga)	Sin derechos
Bélgica	2001	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos
Corea	2001	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos
Dinamarca	2001	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos
Holanda	2001	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos
Luxemburgo	2001	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos
Noruega	2001	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos
Suecia	2001	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos
Aruba	1999	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos
Costa Rica	1999	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos
Re p. Dominicana	1997	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos
Ecuador	1997	Cielos abiertos	Cielos abiertos ⁽¹⁾	Sin derechos	Sin derechos
Colombia	1993	Cielos abiertos	Cielos abiertos ⁽²⁾	Sin derechos	Sin derechos
Argentina	1996	Cielos abiertos	Cielos abiertos ^(6a.)	Ci.abiertos (carga)	Sin derechos
Canadá	2001	Cielos abiertos	14 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos
China	2005	Cielos abiertos	7 vuelos sem. ^(s2)	Sin derechos	Sin derechos
Suiza	2001	Cielos abiertos	7 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos
Inglaterra	2000	Cielos abiertos	5 puntos Europa	Sin derechos	Sin derechos
Italia	1999	Cielos abiertos	7 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos
Bolivia	1998	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos	Sin derechos
Cuba	1995	Cielos abiertos	2 puntos	Sin derechos	Sin derechos
Malasia	1992	Cielos abiertos	2 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos
Israel	1982	Cielos abiertos	Por determinar	Sin derechos	Sin derechos
Brasil	2005	42 vuelos sem. ⁽³⁾	42 vuelos sem. ⁽³⁾⁽⁴⁾	Sin derechos	Sin derechos
Perú	1997	21 vuelos sem.	14 vuelos sem.	Ci. abiertos (carga)	Sin derechos
España	2005	21 vuelos sem.	17 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos
Australia	1998	10 vuelos sem.	10 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos
Alemania	1998	9 vuelos sem.	9 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos
Francia (Paris)	1998	7 vuelos sem.	7 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos
Francia (Pappete)	1998	7 vuelos sem.	7 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos
México	1998	10 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos	Sin derechos
Jamaica	1994	5 vuelos sem.	5 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos
Venezuela	1992	4 vuelos sem.	4 vuelos sem.	Sin derechos	Sin derechos
		Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos
		Con 32 países	Con 22 países	Con 11 países	con 6 países

Cielos abiertos: sin limitación del número de vuelos ni puntos de operación.

⁽¹⁾ Cielos abiertos dentro de Latinoamérica; hasta 14 frecuencias fuera de la región.

⁽²⁾ Cielos abiertos dentro de Latinoamérica; hasta 3 frecuencias fuera de la región.

⁽³⁾ Con derechos de 5ª y 6ª libertad dentro Latinoamérica. Hay 21 frecuencias vacantes; equivale a cielos abiertos.

⁽⁴⁾ Además hay 30 vuelos semanales fuera de la región. 21 de pasajeros y 9 de carga.

⁽⁵⁾ 14 vuelos semanales de carga.

Fuente: Información acompañada por la JAC a fojas 350.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Como se puede observar, por acuerdos o convenios internacionales, Chile mantiene restricciones en los derechos de 3° y 4° libertades con nueve países, estos son, Brasil, Perú, España, Australia, Alemania, Francia, México, Jamaica y Venezuela;

Quinto: Que el artículo 3° de la Ley de Aviación Comercial D.L. N° 2.564, de 1979, dispone que, en aquellas situaciones en que, por acuerdos o convenios internacionales o por razones de reciprocidad, se dispusiere de un número inferior de frecuencias internacionales en una ruta determinada a las requeridas por las aerolíneas nacionales interesadas en operar en ella, la asignación de la misma se efectuará por medio de un procedimiento de licitación pública, conforme a las condiciones fijadas por el respectivo reglamento;

Licitación Pública Para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Nacionales:

Sexto: Que el D.S. N° 102 prescribe que, cuando dos o más operadores nacionales estén interesados en operar una frecuencia internacional, la asignación se efectuará mediante una licitación pública, en base a ofertas monetarias.

En la audiencia de licitación, las empresas aéreas chilenas manifestarán por cuáles de las frecuencias disponibles se interesan. Si existe un único interesado por cada frecuencia disponible, dichas frecuencias se asignan gratuitamente. Si existe más de un interesado, se procederá a recibir las ofertas por cada frecuencia, previa entrega de boletas de garantía bancaria que aseguren la misma;

Séptimo: Que, de la revisión de los antecedentes acompañados en autos, este Tribunal deduce que el procedimiento de asignación de frecuencias internacionales restringidas opera en forma similar a un remate, en el cual, para cada una de las frecuencias licitadas, las aerolíneas proceden a realizar sus ofertas a viva voz, intentando a su turno superar la última oferta realizada por la competidora;

Octavo: Que, según informa la JAC a fojas 85, en los veinticuatro años de vigencia del sistema, sólo en dos ocasiones se han verificado pagos por las frecuencias. De hecho, la JAC alegó en autos, según consta a fojas 305, que “la autoridad, en su afán de no intervenir en el ingreso a los mercados, ni siquiera a través de la licitación, favoreció estos acuerdos (de reparto de frecuencias entre LAN, Ladeco y Fast Air), porque no eran acuerdos de aquellos prohibidos por el DL 211, que condujeran a prácticas anticompetitivas o abusivas, sino una forma de repartirse cuotas de mercado fijadas por otro país, a fin de no tener que pagar por ellas”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En el año 1997, tanto National Airlines como Lan Chile se interesaron por las frecuencias a Brasil, Uruguay y México. Lan Chile se adjudicó las 14 frecuencias, por un plazo indefinido, por una suma total de \$ 409 millones.

En el año 2005, tanto SKY como Lan Airlines se interesaron por las frecuencias a Brasil. En esta ocasión, LAN se adjudicó las 11 frecuencias por una suma total de \$ 55 millones;

Noveno: Que, por tanto, la mayoría de las frecuencias obtenidas por el Estado chileno en acuerdos o convenios internacionales han sido entregadas a Lan Chile en forma gratuita e indefinida. A mayor abundamiento, según informó la JAC a fojas 220 y 351, LAN opera 249 frecuencias internacionales semanales, de las cuales 84 corresponden a frecuencias restringidas;

Décimo: Que, dado que al asignar las frecuencias se está entregando el derecho a la explotación de un recurso escaso, es importante analizar el plazo de vigencia de las frecuencias asignadas y el mecanismo de revocación de las mismas;

Undécimo: Que, según consta a fojas 348, hasta el año 2002, fecha en que se modifica el reglamento en cuestión (D.S. N° 102/81), el plazo de vigencia de las frecuencias asignadas por licitación o directamente, por no haber otros interesados, era indefinido.

Con la modificación del reglamento, se limitó el plazo de vigencia de las frecuencias asignadas por licitación a cinco años, mientras que el plazo para aquellas asignadas en forma directa mantuvo su carácter de indefinido.

En virtud de lo anterior, sólo las frecuencias asignadas en las licitaciones del 20 de junio de 2005 y del 4 de julio de 2005 tendrán una duración de 5 años. En el primer caso, corresponden a frecuencias a Brasil. Se asignaron a LAN, mediante dicho procedimiento, 7 frecuencias regionales, 9 frecuencias cargueras y 11 frecuencias de largo recorrido; y a SKY 7 frecuencias regionales. El segundo caso corresponde a frecuencias a España, 7 de las cuales fueron asignadas a LAN;

Duodécimo: Que, por otra parte, el artículo 7° del D.S. N° 102 señala que “si una empresa chilena no opera regularmente, por un lapso superior a seis meses, una determinada frecuencia internacional, la Junta de Aeronáutica Civil podrá considerar abandonada dicha frecuencia para los efectos de que ésta quede sujeta a asignación por este Organismo”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Se entiende por operación regular la realización de un vuelo semanal en una frecuencia internacional. A mayor abundamiento, según consta a fojas 348, la JAC informó que “si la empresa ha acumulado seis meses sin efectuar ese vuelo semanal en forma regular, la JAC la puede declarar abandonada. Si de la información obtenida se desprende que la empresa ha interrumpido el período de no uso de seis meses, operando regularmente durante un mes para luego volver a dejar de usar la frecuencia, completando seis meses en forma discontinuada, la JAC podría aún así declarar abandonada la frecuencia”;

Decimotercero: Que, al tenor de lo informado por la JAC a fojas 345, la declaración de abandono de una frecuencia es facultativa de la autoridad. En consecuencia, para que haya abandono no basta que una empresa aérea deje de operar regularmente una frecuencia por un lapso superior a seis meses; se requiere, además, una decisión expresa de la JAC en que se le declara abandonada. En tal caso, por disposición del reglamento, la JAC no podrá reasignar dicha frecuencia a la misma empresa respecto de la cual se declaró el abandono.

Con todo, consta en autos (fs. 349) que, en los 10 últimos años, la JAC no ha hecho declaración alguna de abandono de frecuencias ni tampoco ha recibido durante este lapso petición alguna de actuar en tal sentido;

Procedimiento de la licitación materia de autos:

Decimocuarto: Que en el marco legal dispuesto por el D.L. 2.564, artículo 3º, y por el D.S. Nº 102, con fecha 20 de junio de 2005 se licitaron las siguientes frecuencias entre Chile y Brasil:

- i. 35 frecuencias regionales combinadas de pasajeros y carga (tercera y cuarta libertad, con derechos de quinta y sexta libertad en Latinoamérica);
- ii. 11 frecuencias de largo recorrido combinadas de pasajeros y carga (tercera y cuarta libertad, con derechos de quinta y sexta libertad en Latinoamérica y fuera de la región); y
- iii. 9 frecuencias de largo recorrido exclusivas de carga (tercera y cuarta libertad, con derechos de quinta y sexta libertad en Latinoamérica y fuera de la región).

En calidad de interesados, concurrieron a la licitación las empresas Lan Airlines S.A., Lan Cargo S.A. y Sky Service S.A. La empresa Lan Airlines S.A. manifestó interés por 7 frecuencias regionales combinadas de pasajeros y carga, y por 11 frecuencias de largo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

recorrido combinadas de pasajeros y carga; Lan Cargo S.A. manifestó interés por 9 frecuencias de largo recorrido exclusivas de carga; y Sky Services S.A. manifestó interés por 7 frecuencias regionales combinadas de pasajeros y carga, y por 4 frecuencias de largo recorrido combinadas de pasajeros y carga;

Decimoquinto: Que conforme al procedimiento de licitación, habiendo dos interesados por las frecuencias de largo recorrido combinadas de pasajeros y carga, y satisfechas las garantías necesarias, se procedió a recibir las ofertas por cada una de las frecuencias, numeradas del 1 al 11. En la tabla siguiente se observan las ofertas finales efectuadas por las licitantes:

Tabla N° 2: Ofertas Finales

Frecuencias	Sky Services S.A.	Lan Airlines S.A.
1	4.000.000	5.000.000
2	4.000.000	5.000.000
3	4.900.000	5.000.000
4	4.900.000	5.000.000
5	4.900.000	5.000.000
6	4.900.000	5.000.000
7	4.900.000	5.000.000
8	4.900.000	5.000.000
9	4.900.000	5.000.000
10	4.900.000	5.000.000
11	4.900.000	5.000.000

Fuente: Actas de Asignación acompañadas a fojas 18 y siguientes.

De la tabla anterior se desprende que Lan Airlines S.A. se adjudicó la totalidad de las frecuencias de largo recorrido combinadas de pasajeros y carga entre Brasil y Chile;

Decimosexto: Que, una vez finalizada la licitación y según consta en el acta del proceso acompañada a fojas 62, la empresa SKY declaró “su oposición al procedimiento de adjudicación de frecuencias cuando hay más interesados que frecuencias disponibles, dado que vulnera los principios contenidos en el D.L. N° 211, especialmente en su artículo 4° (texto refundido del 07.03.05). El artículo 3° del D.L. N° 2.564 no autoriza la constitución de monopolios”;

Países de destino que presentan frecuencias restringidas:

Decimoséptimo: Que, cuestionándose así en autos la idoneidad del mecanismo de asignación de frecuencias del D.S. N° 102 en aquellas situaciones en que existe más de un interesado por una frecuencia particular, este Tribunal debe analizar los mercados aéreos de transporte de pasajeros y de carga;

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Decimoctavo: Que, al tenor de lo que informado por la JAC a fojas 215, son nueve los países que presentan un número limitado de frecuencias tanto para el tráfico entre los territorios de las partes, como para el tráfico con origen en el país de la contraparte y con destino en terceros países. Tal como se ha dicho, esto son: Brasil, Perú, España, Australia, Alemania, Francia, México, Venezuela y Jamaica.

En la tabla siguiente se presenta la distribución de los derechos aerocomerciales:

Tabla N° 3: Distribución Actual de Frecuencias Restringidas

País	Derechos Aerocomerciales Acordados		Derechos Asignados	Derechos Utilizados
	Libertades	Vuelos Semanales		
Brasil	3° y 4° libertad, con derechos de 5° y 6° libertad en Latinoamérica	42	14 Lan, 7 Sky y 21 Vacantes	1 Lan*(6 Lan según Amadeus)
	3° y 4° libertad, con derechos de 5° y 6° libertad en Latinoamérica y fuera de la región	30 (21 de pasajeros y 9 de carga)	30 Lan	21 de pasajeros y 5 de carga Lan
Perú	3° y 4° libertad	7	7 Lan	6 Lan
	3° y 4° libertad, con derechos de 5° y 6° libertad	14	14 Lan	14 Lan
España	3° y 4° libertad	4	4 Sky	0*
	3° y 4° libertad, con derechos de 5° y 6°	17	14 Lan y 3 Sky	7 Lan
Australia	3° y 4° libertad, con derechos de 5° y 6° libertad	10	n/d	6 Lan
Alemania	3° y 4° libertad, con derechos de 5° y 6° libertad	9	9 Lan	7 Lan
Francia	3° y 4° libertad, con derechos de 5° y 6° libertad	7	n/d	2 Lan
México	3° y 4° libertad	10	10 Lan	8 Lan
Jamaica	3° y 4° libertad, con derechos de 5° y 6° libertad	5	n/d	n/d
Venezuela	3° y 4° libertad, con derechos de 5° y 6° libertad	4	n/d	2 Lan

Fuente: Informe acompañado por la JAC a fojas 345 y siguientes, de julio de 2006. n/d: no disponible. * Según informa la JAC a fojas 346.

Como puede apreciarse, de la comparación entre las frecuencias acordadas y las frecuencias utilizadas, no habría más frecuencias disponibles para los mercados relevantes con origen en Chile y destino Perú, España, Alemania, y México.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Cabe destacar que este grupo de países en el año 2005 participó, en conjunto, en un 38,9% del total de pasajeros-kilómetro transportados, y en un 18,9% del total toneladas-kilómetro de carga transportada.

Por otra parte, de la comparación entre las frecuencias asignadas y las frecuencias en uso, habría frecuencias restringidas asignadas a aerolíneas que no estarían siendo utilizadas;

Decimonoveno: Que, a mayor abundamiento, en el año 2005, los destinos que presentan restricciones en el número de frecuencias disponibles, estos son, Brasil, Perú, España, Australia, Alemania, Francia, México, Venezuela y Jamaica, participaron, en conjunto, en un 54,6% del total de pasajeros-kilómetro transportados, y en un 27,2% del total toneladas-kilómetro de carga transportada.

Por lo tanto, en el caso que las empresas nacionales no dominantes o de segunda línea no pudiesen acceder a las frecuencias restringidas antes expresadas, existiría una barrera a la entrada que les impediría participar en una porción considerable de los mercados actualmente servidos por las empresas ya establecidas;

Vigésimo: Que, por otra parte, como se desprende de la tabla siguiente, los mercados que presentan restricciones en los derechos de aeronavegación comercial están altamente concentrados.

Tabla Nº 4: Participaciones de Mercado.

Número de Pasajeros y Toneladas de Carga. Año 2005

País	Empresa	Pasajeros		Carga	
		Total ⁽¹⁾	Pas-Km.	Total	Tns-Km.
Perú	LAN ⁽²⁾	89,3%	89,3%	99,1%	99,1%
	LACSA	10,6%	10,6%	0,9%	0,9%
Brasil	LAN	40,8%	42,3%	40,3%	40,1%
	Varig	39,3%	38,5%	36,8%	34,5%
Venezuela	LAN	71,2%	70,7%	99,6%	99,6%
	LACSA	22,2%	22,0%	0,4%	0,4%
México	LAN	80,3%	80,1%	53,2%	53,2%
	Aeroméxico	18,7%	18,9%	46,7%	46,7%
Alemania	LAN	24,1%	24,1%	56,9%	56,9%
	Lufthansa	75,9%	75,9%	43,0%	43,0%
España	LAN	42,4%	42,2%	45,2%	45,2%
	Iberia	42,9%	43,2%	51,1%	51,1%
Francia	Air France	99,6%	99,6%	100,0%	100,0%
Australia	LAN	94,8%	94,8%	100,0%	100,0%

Fuente: TDLC sobre la base de estadísticas de la JAC.

⁽¹⁾ Total = Llegan + Salen

⁽²⁾ LAN: incluye empresas relacionadas, esto es, Lan Express, LADECO y Lan Perú

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Como puede apreciarse en la Tabla anterior, en el año 2005, las dos principales aerolíneas de cada mercado acumulan una participación superior al 80% en transporte de pasajeros, y superior al 75% en transporte de carga.

Con excepción de los casos de España y Brasil, los restantes mercados relevantes se caracterizan por la presencia de una empresa cuya participación es marcadamente superior a la de su competidor directo. De especial importancia es el transporte internacional de pasajeros y carga realizado entre Chile y Perú, Venezuela, México y Australia, donde LAN, que es la empresa dominante del mercado nacional, detenta una posición de dominio claramente mayoritaria.

Si bien la información disponible no permite separar qué porcentaje de los pasajeros y de la carga totales transportados tuvieron origen en Chile y qué porcentaje de los pasajeros y de la carga transportados tuvieron origen en el exterior, este Tribunal estima que no es aventurado considerar que el grado de concentración de aquellas rutas que tienen origen en Chile es superior;

Vigésimo primero: Que, para analizar los efectos producidos por el mecanismo de asignación de frecuencias sobre la libre competencia en la industria aeronáutica comercial, este Tribunal, considerando los documentos denominados “*Competitive Airlines. Toward a more vigorous competition policy in relation to the air travel market*” (Nordic Competition Authorities, 2002, disponible en www.kilpailuvirasto.fi); “*Airline Mergers and Alliances*” (OECD, 2000, disponible en www.oecd.org); y “Organización Industrial en el Transporte Aéreo de Chile” (Agostini, 2005, disponible en www.juntadeaeronauticacivil.cl), que son de dominio público, en la sección siguiente procederá a examinar las particularidades de la industria que, eventualmente, podrían diferenciar la disposición a pagar de las empresas establecidas respecto de las entrantes;

La industria aeronáutica:

Vigésimo segundo: Que, en términos generales, la industria aeronáutica puede ser descrita como un sistema de rutas que conectan los aeropuertos en distintas ciudades dentro del país y con el resto del mundo. La característica principal de este tipo de industrias es que los ingresos y los costos de transportar pasajeros y/o carga en las diferentes rutas son interdependientes, y esto como resultado de la presencia de economías de densidad, de escala y de ámbito;

Vigésimo tercero: Que, para explotar las economías de densidad dentro de una red determinada, las aerolíneas han desarrollado el modo de operación de redes tipo “ejes y rayos” (*hub and spokes*), donde los pasajeros cambian de avión en el

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aeropuerto eje en su trayecto al destino final. Esta modalidad permite: (a) reducir considerablemente el número de viajes de ida y vuelta necesarios para llevar a un determinado número de pasajeros en un conjunto de pares de ciudades origen-destino, (b) aprovechar las economías de escala relacionadas con el tamaño del avión, (c) atender destinos que de otra forma no serían económicamente viables y (d) ofrecer un mayor número de frecuencias entre pares de ciudades. Por ejemplo, el aeropuerto de Santiago puede considerarse un eje de los aeropuertos de regiones, para la mayoría de los destinos internacionales, y también entre destinos en el norte y sur del país, así como para varios destinos internacionales;

Vigésimo cuarto: Que además, en la industria aeronáutica existen economías de ámbito si el costo de producir dos bienes en forma conjunta (por una misma empresa) es inferior al costo de producir esos mismos dos bienes en forma separada (por dos firmas, un producto por empresa). A modo de ejemplo, si existen economías de ámbito, el costo de atender la ruta Santiago-Brasil-España por una única aerolínea será inferior al costo de explotación de esa ruta si la etapa Santiago-Brasil la realiza una aerolínea y la etapa Brasil-España la realiza otra aerolínea. La principal fuente de economías de ámbito surge así de la complementariedad de rutas dentro de una red;

Vigésimo quinto: Que, en general, las economías precedentemente descritas determinan el número de competidores que pueden operar una ruta específica (mediante la comparación de la escala mínima eficiente con la demanda de mercado). A su vez, las economías de densidad y de ámbito generan incentivos a las aerolíneas para fusionarse y realizar alianzas conjuntas con otras aerolíneas, de manera de aumentar el número de rutas y de frecuencias por ruta ofrecidas. En esta situación, la entrada de una empresa pequeña con un número bajo de rutas y frecuencias es improbable, dado que se requiere la oferta de un rango amplio de rutas y frecuencias de una sola vez, en particular, para los destinos más demandados;

Vigésimo sexto: Que, además de las economías descritas en los considerandos precedentes, existen otros factores que tienden a aumentar el poder de mercado de las empresas establecidas y que, por tanto, afectan su disposición a pagar por una frecuencia adicional, como son la presencia dominante de una aerolínea en el aeropuerto de una ciudad, los programas de pasajeros frecuentes, la propiedad de los sistemas computacionales de reserva, la participación en la propiedad de los aeropuertos y las alianzas entre aerolíneas;

Vigésimo séptimo: Que, según se señala en la literatura económica relevante, si una aerolínea sirve una porción mayoritaria del tráfico originado en un aeropuerto de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una ciudad, es probable que tenga una ventaja respecto de sus competidores para atraer pasajeros cuyo viaje se origine en dicha ciudad. En el caso de autos, LAN sirve una porción importante de los viajes desde el aeropuerto de Santiago, así como desde los aeropuertos de regiones.

Esta mayor capacidad de atraer pasajeros puede deberse a la reputación ya adquirida por la empresa dominante, a la existencia de economías de escala en la producción y efectividad de la publicidad, así como a otros factores que buscan inducir la fidelidad de los consumidores y de las agencias de viajes. Es el caso de los programas de pasajeros frecuentes, los esquemas de incentivos económicos ofrecidos a las agencias de viajes y la propiedad de los sistemas computacionales de reservas, los que se analizan en los considerando siguientes;

Vigésimo octavo: Que los programas de pasajeros frecuentes surgen como estrategias de *marketing* destinadas a lograr la fidelidad de los clientes, toda vez que, con las sucesivas compras a un mismo proveedor o grupo de proveedores adheridos, el consumidor puede acumular puntos en una cuenta personal. Dado que estos programas imponen como requisito un nivel mínimo de compras antes de poder cobrar un premio, y que además ofrecen premios marginalmente crecientes con mayores volúmenes de compra, se incentiva al consumidor a concentrar sus compras con un único proveedor.

Los programas de pasajeros frecuentes hacen más atractivo viajar en vuelos de las empresas que ofrecen una mayor variedad de destinos, por cuanto éstas proporcionan más opciones al cobrar los premios. Este elemento es aún más importante cuando la persona que viaja no es quien soporta el costo del pasaje, como puede ser el caso de los pasajeros de negocios, los que pueden rechazar la alternativa de menor costo y privilegiar aquella que maximiza su acumulación de puntos.

Dependiendo del grado de masificación de los programas de viajero frecuente que la aerolínea dominante haya introducido, éstos pueden constituirse en una barrera a la entrada importante en el mercado relevante.

Así, en Noruega y Suecia, las autoridades de competencia prohibieron la acumulación de puntos en programas de pasajeros frecuentes en los vuelos nacionales. Por su parte, la Unión Europea y Alemania han señalado que los programas de pasajeros frecuentes pueden constituir una barrera a la entrada y, en instancias particulares, han requerido a las empresas dominantes la apertura de sus programas de pasajeros frecuentes a las aerolíneas pequeñas. Así consta de información que es pública y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

notoria (*"How enforcement against private anticompetitive conduct has contributed to economic development"*, OECD, 2004, disponible en www.oecd.org);

Vigésimo noveno: Que, adicionalmente, la aerolínea dominante puede también ofrecer esquemas de incentivos monetarios a las agencias de viajes, utilizando escalas no lineales de descuento, de forma tal de inducir las a concentrar las ventas de pasajes en una misma aerolínea;

Trigésimo: Que es público y notorio también el hecho que Lan Airlines, en forma directa y a través de una filial, controla el sistema de reserva computacional Amadeus Chile (así consta en la pág. 8 de los Estados Financieros Consolidados de Lan Airlines, Memoria 2005).

Cabe destacar que la propiedad del sistema computacional de reservas le confiere a la empresa dominante una ventaja relevante. En efecto, el acceso a información sobre tarifas, horarios y frecuencias ofrecidas por los competidores le permite diseñar ofertas de vuelos –combinaciones de tarifas y frecuencias- que se ajusten en mayor medida a las necesidades de los consumidores.

Por otra parte, la línea aérea integrada verticalmente con el sistema de reserva computacional podría influir en este último, con la intención de modificar la decisión de compra del consumidor, por la vía de alterar el formato de presentación de la información disponible para la agencia de viajes. Por ejemplo, los vuelos de la aerolínea propietaria podrían aparecer primeros en pantalla, o se podrían listar 2 ó 3 vuelos cuando realmente existe uno solo, saturando de esta forma la pantalla del computador. Por otra parte, la aerolínea podría influir en la arquitectura computacional con el objeto de facilitar a los agentes de viajes la obtención de información de vuelos de la aerolínea dueña del sistema, antes que la información de otras aerolíneas.

A juicio de este Tribunal, un ejemplo de lo anterior podría constituirlo la diferencia observada entre la información proporcionada por Lan Chile mensualmente a la JAC y lo observado por esta última en el sistema de reservas Amadeus. En efecto, a fojas 351, la JAC informa que, según la información entregada por Lan Chile, esta última realiza un solo vuelo a Brasil utilizando derechos aerocomerciales de tercera y cuarta libertad, con derechos de quinta y sexta libertad en Latinoamérica, mientras que LAN, según el sistema Amadeus, realizaría seis vuelos de ese tipo;

Trigésimo primero: Que, además de la participación en los sistemas de reserva computacional, LAN participa en la propiedad de las sociedades concesionarias de los aeropuertos Carriel Sur de Concepción (15%), Presidente Carlos Ibáñez del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Campo de Punta Arenas (20%) y Diego Aracena de Iquique (16,7%), lo que podría tener efectos negativos sobre el grado de competencia.

En esta situación, habría margen para que la concesionaria aplicase una tarifa monopólica y no discriminatoria a las líneas aéreas que utilicen dichos aeropuertos, dado que la aerolínea integrada verticalmente con el aeropuerto recuperaría la diferencia de precios pagada, pues para ella estos cobros corresponden sólo a precios de transferencia;

Trigésimo segundo: Que al respecto, en cuanto a la prohibición de la participación de las aerolíneas en la propiedad de los aeropuertos, este Tribunal se ha pronunciado en su Resolución N° 10, de 11 de agosto de 2005, en la cual se confirma la vigencia de los Dictámenes N° 1004, de 25 de abril de 1997, y N° 1014, de 11 de julio de 1997, de la H. Comisión Preventiva Central;

Trigésimo tercero: Que, por último, tanto las aerolíneas domésticas como internacionales intentan replicar el funcionamiento de una única aerolínea mediante alianzas u operaciones conjuntas, buscando apropiarse de los beneficios que proporciona la explotación de una red de cobertura mundial. Si bien las formas de cooperación implementadas son diversas, los acuerdos más comunes son los denominados “acuerdos de código compartido” y los “acuerdos de intercambio de millas”, en el marco de los programas de pasajeros frecuentes.

Los acuerdos de código compartido consisten en vuelos específicos que reciben “códigos” por parte de dos aerolíneas en el sistema de reserva computarizado que utilizan los agentes de viajes. Estos tienen dos efectos: primero, permiten a una aerolínea vender destinos que de otra forma no podría servir -al menos con ese nivel de costos- y segundo, permiten a una aerolínea ofrecer un mayor número de frecuencias entre ciudades. En general, las alianzas de aerolíneas tienden a mejorar el bienestar de los consumidores cuando se realizan sobre rutas donde las empresas no eran originalmente competidoras directas, mientras que los resultados sobre el bienestar de los consumidores son menos evidentes en el caso contrario.

Según consta a fojas 347, LAN mantiene acuerdos de código compartido con las siguientes aerolíneas extranjeras: Aeroméxico, American Airlines, Alaska Airlines, British Airways, Iberia, Mexicana, Lan Perú, Tam Mercosur, Qantas, Lan Ecuador y Korean Air. Este Tribunal desconoce el alcance de dichos acuerdos.

Por otra parte, los acuerdos de intercambio de millas en los programas de pasajeros frecuentes, si bien amplían el conjunto de posibilidades de elección del consumidor, a la vez aumentan el costo que enfrenta una aerolínea entrante para captar parte de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

demanda de la empresa establecida, dado que aumentan el valor de las millas acumuladas en las líneas que son socias del programa.

LAN participa de la alianza *OneWorld*, en virtud de lo cual los socios del programa de pasajeros frecuentes "Lanpass" pueden acumular puntos viajando en cualquiera de las aerolíneas asociadas;

Consecuencias para el proceso de licitación;

Trigésimo cuarto: Que, al tenor de lo expresado en los considerandos anteriores, este Tribunal procederá a analizar las consecuencias de un procedimiento de asignación de frecuencias internacionales restringidas vía licitación en base a ofertas monetarias;

Trigésimo quinto: Que, la disposición a pagar de una aerolínea por una frecuencia específica estará determinada por el valor presente del flujo de beneficios netos futuros que espera obtener por la explotación de dicha frecuencia. Tales beneficios, a su vez, dependerán de los ingresos y de los costos asociados a la misma;

Trigésimo sexto: Que, en relación con lo expresado precedentemente, sin entrar aún en consideraciones de costos, este Tribunal es de la convicción que el acervo de frecuencias restringidas disponible para una aerolínea afecta directamente la disposición a pagar de la misma por una frecuencia adicional en una licitación. Por ejemplo, un vuelo que se origina en Santiago y puede recoger pasajeros en Sao Paulo para luego seguir con destino Madrid, enfrentará una demanda conjunta más alta y, por lo tanto, será más rentable que un vuelo que se inicie en Santiago con destino directo Madrid. Así, al licitarse una frecuencia a Madrid, la línea aérea que tenga frecuencia a Brasil, con derechos de 5ª y 6ª libertades, enfrentará una demanda conjunta más alta y, por tanto, tendrá una mayor disposición a pagar por la frecuencia licitada;

Como resultado de las asignaciones pasadas en forma directa o vía licitación, y de la fusión Lan-Ladeco, Lan Chile posee actualmente el 87,5% de las frecuencias internacionales restringidas asignadas y el 100% de las frecuencias internacionales restringidas en uso, además casi en su totalidad de duración indefinida. En la instancia que se requiera realizar ofertas monetarias, la disposición a pagar de esta aerolínea por una nueva frecuencia será mayor que la de una empresa entrante que carezca de tal acervo de frecuencias restringidas, incluso en el caso de una aerolínea entrante con similar capacidad financiera a la de LAN;

Trigésimo séptimo: Que, como se puede observar en la Tabla N° 3, LAN posee el derecho de explotación de aquellas frecuencias más atractivas desde el punto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de vista económico y, a la vez, más complementarias a su poder de mercado, es decir, aquéllas que unen pares de ciudades que presentan fuertes vínculos comerciales y turísticos, aquéllas que permiten la provisión conjunta de servicios de pasajeros y de carga y aquéllas que no tienen limitación geográfica en los derechos de 5° y 6° libertades, como se verá a continuación.

En efecto, también como se observa en al Tabla N° 3, SKY tiene asignadas, pero no utiliza, frecuencias a Brasil y a España. El primer caso corresponde a frecuencias que son menos atractivas comercialmente que las explotadas por la empresa dominante, por cuanto ellas circunscriben a Latinoamérica (derechos de 3ª y 4ª libertad, con derechos de 5ª y 6ª libertad en Latinoamérica) los destinos posibles a los que puede acceder la aerolínea, a continuación de su escala en Brasil. En este primer caso incluso hay frecuencias vacantes. El segundo caso, según consta a fojas 288, corresponde a frecuencias que SKY se adjudicó con posterioridad a la demanda de autos;

Trigésimo octavo: Que la acumulación de frecuencias por parte de una misma aerolínea tiene, además, el efecto de aumentar para los usuarios el valor de la red de la empresa dominante, dado el incremento de frecuencias posibles de ofrecer en una ruta particular, o bien el incremento del número de destinos servidos. En general, cuanto mayor sea la cobertura de una red más probable será para un pasajero encontrar una conexión que se ajuste a sus necesidades para un par dado de ciudades, o bien dispondrá de una mayor flexibilidad en caso de requerir un cambio de horario de vuelo y/o itinerario.

Una red de cobertura amplia permite combinar con mayor facilidad la demanda de pasajeros por motivos de negocio, la que es más sensible a los tiempos de viaje, con la demanda de pasajeros por motivo de turismo, la que es más sensible al precio del vuelo;

Trigésimo noveno: Que sobre la base de los elementos considerados precedentemente, este Tribunal estima que, en general, para el caso de una frecuencia internacional determinada, la demanda esperada por la empresa dominante -esto es, la que tiene un conjunto más amplio de destinos- será mayor a la demanda esperada por otra empresa nacional entrante, dado que esta última ofrece un menor número de rutas y frecuencias. Consecuentemente, mayor será la disposición a pagar de la aerolínea dominante por una determinada frecuencia internacional en una licitación;

Cuadragésimo: Que las ventajas de contar con un acervo de frecuencias restringidas no se agota en la capacidad de la empresa dominante de captar demanda, sino que la posesión de un mayor número de frecuencias restringidas afecta

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

directamente los costos unitarios de proveer los servicios de transporte aéreo. En efecto, el mercado de transporte aéreo se caracteriza por la existencia de importantes costos compartidos en la producción, como resultado de la operación conjunta de múltiples rutas interconectadas. La existencia de economías de densidad y de ámbito implican que, para un mismo tipo de servicio, el costo de explotación de una nueva frecuencia será inferior para una aerolínea que opera múltiples rutas -esto es, una red de mayor tamaño- que para una aerolínea que opera unas pocas rutas, esto es, una red de menor tamaño.

Cabe destacar, además, que podría existir una diferencia en los costos unitarios de provisión de los servicios en el caso que una aerolínea incorpore pasajeros en las rutas nacionales, provenientes de otros vuelos nacionales e internacionales. La magnitud de esta ventaja en costos dependerá principalmente del porcentaje de pasajeros internacionales que realizan conexiones en el aeropuerto de Santiago, con origen o destino en un aeropuerto regional;

Cuadragésimo primero: Que, por otra parte, la empresa ya establecida podría adicionalmente contar con una serie de incentivos a adquirir frecuencias restringidas, por motivos distintos a la explotación directa de las mismas. Primero, por esta vía se pueden crear barreras a la entrada en el mercado relevante, al limitar el número y tipo de frecuencias disponibles. Segundo, la concentración de frecuencias puede ser utilizada como un instrumento de amenaza para enfrentar al potencial competidor; esto es, la empresa establecida puede ofrecer nuevas frecuencias en la ruta desafiada, desincentivando así la inminente entrada. Tercero, cuanto menor sea el número de participantes en el mercado relevante, más factible, en principio, será alcanzar acuerdos con otras aerolíneas a efectos de disminuir el grado de competencia;

Cuadragésimo segundo: Que, a mayor abundamiento, si la frecuencia sujeta a licitación favorece la competencia en rutas nacionales u otras rutas internacionales, donde la empresa dominante estaría ejerciendo un cierto grado de poder de mercado, esta aerolínea tendría un fuerte incentivo para usar parte de los beneficios que obtiene en dichas rutas para adjudicarse las frecuencias sujetas a licitación, aún cuando no las necesite objetivamente;

Cuadragésimo tercero: Que cabe destacar que el D.S. N° 102 estaría facilitando este tipo de estrategias toda vez que, por un lado, la declaración de abandono de una frecuencia es facultativa de la JAC y, por otro, no prevé una definición clara respecto de qué se entiende por “que no opere regularmente” una frecuencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo cuarto: Que, en consideración a todo lo expuesto, a este Tribunal le asiste el convencimiento de que, bajo las condiciones descritas, un mecanismo de asignación de frecuencias internacionales restringidas vía licitación, como el actualmente en uso, basado únicamente en ofertas monetarias, favorece inequívocamente a la empresa dominante y disminuye significativamente la capacidad de una aerolínea entrante para adjudicarse una frecuencia limitada;

Cuadragésimo quinto: Que la JAC elaboró en el año 2005 un documento denominado “Informe Sobre Sistemas de Asignación de Derechos de Tráfico Aéreo en la Legislación Comparada” (acompañado a fojas 361 y siguientes), en el que se da cuenta que, en ninguno de los 19 países analizados, ni en la Unión Europea, se utiliza como mecanismo de asignación de derechos aéreos una licitación en base a ofertas monetarias, ni siquiera para dirimir una asignación. En los países analizados, el procedimiento para asignación de frecuencias restringidas contempla la competencia por plan de explotación por parte de las solicitantes, esto es, tarifas a cobrar, relación precio/calidad, disponibilidad de aeronaves, pilotos y tripulación, itinerarios, capacidad de asientos y/o carga de las aeronaves y fecha de inicio de operaciones. Asimismo, se incluyen también otros criterios más generales como son los beneficios al turismo, al comercio y a la competencia que genere la asignación de la frecuencia. En relación con esto último, se considera en qué grado la explotación de la frecuencia por asignar se realizará con capacidad propia, el número de aerolíneas operando en la misma ruta y la distribución de capacidad entre las aerolíneas domésticas, así como el aumento de opciones para los consumidores en términos de frecuencias de vuelo, anuncios de tarifas más bajas, y la entrada de nuevas empresas que puedan desarrollar una prestación eficiente y comercialmente sustentable. Incluso, según informa la JAC a fojas 380, cabe la posibilidad de efectuar una reasignación de frecuencias desde una empresa establecida hacia una empresa entrante.

A mayor abundamiento, debe tenerse presente, continuando con la analogía realizada en el considerando tercero y según lo establece la Ley General de Telecomunicaciones, N° 18.186, la asignación de la concesión que otorga el derecho a uso de una frecuencia del espectro radioeléctrico se realiza al operador que, además de cumplir con las bases del concurso, ofrece las mejores condiciones técnicas para la prestación del servicio. Incluso en los casos en que se ha decidido asignar este tipo de insumo escaso en base a la mejor oferta monetaria –por ejemplo en el caso de la telefonía móvil de tercera generación en el Reino Unido– se ha limitado, previamente a la realización del remate, la cantidad del insumo que cada empresa o empresas relacionadas pueden obtener en el remate (“*Auctions: Theory and Practice*”, Klemperer, P., 2004, disponible en <http://www.paulklempere.org/>);

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimo sexto: Que, al tenor de lo precedentemente expuesto y dada la importancia de los mercados que presentan frecuencias restringidas, este Tribunal estima que el hecho de que LAN posea un porcentaje significativo de las frecuencias internacionales restringidas, le confiere a esta empresa una ventaja no replicable por otro entrante, lo que debiera redundar inequívocamente en una valoración de una frecuencia adicional, superior a la de cualquier competidor. En esta situación, el actual mecanismo de asignación de frecuencias internacionales restringidas no sólo priva al entrante de la posibilidad de crear una red de tamaño competitivo, esto es, una escala de operación que le permita aprovechar las economías de escala, ámbito y densidad descritas en los considerandos anteriores, sino que, además, le dificulta la explotación de nichos de mercado en las rutas nacionales y/o internacionales, aún en el caso en que no estén restringidas;

Cuadragésimo séptimo: Que, por tanto, la manera mediante la cual históricamente se han asignado las frecuencias restringidas, ha otorgado a LAN -de hecho- una posición de dominio no desafiable en las licitaciones posteriores;

Consideraciones finales:

Cuadragésimo octavo: Que, por los antecedentes expuestos, este Tribunal considera que el mecanismo actual de asignación de frecuencias internacionales restringidas favorece a la empresa dominante, LAN, en detrimento de las empresas de segunda línea o potenciales entrantes, enfrentando estas últimas una barrera difícilmente superable para ingresar a aquellos mercados que, producto de negociaciones internacionales, presentan un número de frecuencias semanales restringidas. Estos mercados representaron, en el año 2005, el 54,6% y el 27,2% del total de transporte de pasajeros-kilómetro y de toneladas-kilómetro de carga desde y hacia Chile, respectivamente;

Cuadragésimo noveno: Que la restricción a los mercados descritos precedentemente tiene efectos directos sobre la competencia de las aerolíneas en el mercado nacional. La existencia de costos compartidos en la provisión conjunta de los servicios de transporte de pasajeros y de carga, entre los mercados nacionales e internacionales, sumada a los programas de fidelización de clientes y las alianzas internacionales, entregan a la empresa dominante una ventaja no replicable por las empresas no dominantes o de segunda línea. Cabe destacar que, al no poder crecer en los mercados internacionales, disminuye en forma importante la capacidad de estas últimas de competir en el mercado nacional, en particular, en el caso de carga y/o pasajeros que realizan vuelos internacionales con origen y destino en aeropuertos regionales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En este sentido, es un hecho público y notorio que, a pesar de los sucesivos intentos por parte de distintas empresas domésticas, ninguna de ellas ha podido constituirse como un competidor relevante de largo plazo para LAN. En efecto, las aerolíneas ALTA, AVANT, Aerochile, Aerocontinente Chile, Aeromet S.A., Aerovip S.A., National Airlines, Aeroregional, Saba Airlines y Southeast Pacific ya no operan frecuencias nacionales (así consta de Agostini, www.juntadeaeronauticacivil.cl, quien describe las estrategias de entrada seguidas por las aerolíneas chilenas para el período 1990-2004);

Quincuagésimo: Que, en consecuencia, un mecanismo de asignación por medio de una subasta ascendente, en base sólo al precio, es un instrumento inadecuado para resguardar la libre competencia.

Al respecto, un mecanismo de licitación, todavía imperfecto, pero superior al actual es una licitación a sobre cerrado. En este caso, si bien no desaparecen las ventajas de la empresa dominante, a lo menos aumenta la probabilidad de que una aerolínea entrante se adjudique alguna frecuencia;

Quincuagésimo primero: Que contar con un mercado aéreo eficiente es fundamental para cualquier economía. En el caso de Chile, dada su particular lejanía con respecto a los mercados de destino, su peculiar geografía y la gran variedad de productos frescos que deben exportarse desde regiones por vía aérea, esta necesidad es aún mayor que la de un país cualquiera;

Quincuagésimo segundo: Que es por ello fundamental que el mecanismo de asignación de frecuencias internacionales restringidas sea modificado de manera que incorpore consideraciones de competencia. La JAC afirma, a fojas 363, que el método actual de asignación “se basa en criterios objetivos, evitando así todo germen de discrecionalidad de la autoridad aeronáutica”. Este Tribunal admite que cualquier otro procedimiento será más complejo y que, sin duda, el método de licitación por oferta monetaria es el más eficiente cuando el valor del producto, o insumo escaso a licitar, no depende de la cantidad de tal insumo con la que ya cuente cada empresa y, asimismo, cuando tampoco existan otras razones adicionales de peso para anticipar la presencia de empresas con dominio de mercado. Sin embargo, ninguna de estas dos últimas consideraciones se aplica al caso en autos. Sin duda, la revisión preliminar ya realizada por la JAC, sobre los métodos de asignación de frecuencias internacionales restringidas, debiera servir de base para diseñar un método que haga más competitiva, para el consumidor, la industria aeronáutica comercial chilena, tanto en su segmento nacional como internacional, dado que estos están interrelacionados;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quincuagésimo tercero: Que por lo precedentemente expuesto, a juicio de este Tribunal, el D.S. N° 102, en la práctica, restringe la posibilidad efectiva de competir en el mercado aéreo, en aquellas situaciones que, como resultado de acuerdos o negociaciones internacionales, el número de frecuencias esté restringida; y, por tanto, este Tribunal procederá a recomendar su modificación;

Quincuagésimo cuarto: Que, por último, este Tribunal estima que, dada las escalas eficientes de operación en la industria aeronáutica comercial, -en especial, las redes mundiales que se crean a partir de los acuerdos de códigos compartidos-, aún con un sistema de asignación más eficiente de frecuencias internacionales restringidas, las posibilidades de competencia para un entrante o competidor más pequeño están fuertemente acotadas. Por ello, este Tribunal recomienda evaluar la extensión de los criterios de apertura unilateral -vigentes en nuestro país para la mayoría de los mercados- a la oferta de servicios de cabotaje aéreo en Chile, para así favorecer el desarrollo económico regional;

Quincuagésimo quinto: Que, en relación con la pretensión de autos, este Tribunal rechazará la demanda interpuesta en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y de la Junta de Aeronáutica Civil, en cuanto no se considera contraria al D.L. N° 211 la aplicación de normas vigentes, como es el caso del D.S. N° 102, a la licitación de frecuencias de vuelo entre Chile y Brasil efectuada el día 20 de junio de 2005; y se acogerá la pretensión de SKY sólo en cuanto se recomendará la modificación de dicho reglamento contenido en el citado D.S. N° 102, para que, en lo sucesivo, las licitaciones de frecuencias restringidas se efectúen sobre la base de principios de libre competencia, transparencia, no discriminación, y de eficiencia asignativa en la adjudicación, uso, abandono y relicitación de las frecuencias, detallados precedentemente;

Y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 18°, números 1) y 4), 26° del Decreto Ley N° 211, y demás preceptos legales y reglamentarios citados,

SE RESUELVE:

1. Rechazar la demanda de fojas 29 interpuesta por Sky Service S.A. en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y la Junta de Aeronáutica Civil, en cuanto no se considera contraria al D.L. N° 211 la aplicación de normas vigentes, como es el caso del D.S. N° 102, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a la licitación de frecuencias de vuelo entre Chile y Brasil efectuada el día 20 de junio de 2005;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2. Rechazar la demanda de fojas 29 en contra de Lan Airlines S.A. y Lan Cargo S.A., en cuanto no se considera contraria a las normas del D.L. N° 211 su participación en la licitación señalada, ni la adjudicación a dichas empresas de todas las rutas de largo recorrido licitadas en esa oportunidad;
3. Rechazar la demanda de fojas 29 en lo que atañe a la solicitud de declarar nulo el procedimiento de licitación y actas de adjudicación ya singularizadas; y,
4. Acoger la demanda de fojas 29 sólo en cuanto a declarar que el D.S. N° 102, que “Reglamenta Licitación Pública para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales”, presenta características que restringen la libre competencia en la asignación de frecuencias internacionales restringidas; y, en consecuencia, proponer su modificación a la Presidenta de la República, por intermedio del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, sobre la base de los principios enumerados en el considerando quincuagésimo quinto de esta sentencia.

Notifíquese y archívese en su oportunidad. Oficiese.

Rol C N° 70-05.

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Julio Peña Torres y Sr. Claudio Osorio Johannsen.