

ANT.: Denuncia de Tampa Cargo en
contra de la Junta Aeronáutica
Civil, Rol N° 2189-13 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 26 AGO 2013

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por la presente vía, informo al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de la denuncia, recomendando archivar el Antecedente, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 28 de enero de 2013, Tampa Cargo S.A. ("**Tampa**"), filial de carga del holding AviancaTaca¹, presentó una denuncia ante la Fiscalía Nacional Económica ("**FNE**" o "**esta Fiscalía**") en contra de la Junta de Aeronáutica Civil ("**JAC**"), por eventuales conductas contrarias a la libre competencia relacionadas con el mercado internacional del transporte aéreo de carga.
2. El denunciante señala que, mediante Resolución Exenta N° 952 de 26 de noviembre de 2012 ("**Resolución N° 952**"), la JAC denegó a Tampa una solicitud de autorización para operar vuelos regulares con dos frecuencias semanales en servicios exclusivos de carga, en uso de derechos de tercera

¹ Avianca Holdings S.A., según expone la denuncia, es un "grupo conformado por Aerovías del Continente Americano S.A. (Avianca), que incluye Tampa Cargo S.A. así como Aerolíneas Galápagos S.A. y las aerolíneas del llamado grupo Taca (Taca International Airlines S.A., Líneas Aéreas Costarricenses S.A. (LACSA), Transamerican Airlines S.A., Servicios Aéreos Nacionales S.A. (SANSA), Aerotaxis La Costeña S.A. e Isleña de Inversiones C.A. de C.V)". "El 7 de octubre de 2009, Synergy Aerospace Corp. - dueña de Avianca y Kingsland Holding Limited, propietaria de TACA, hicieron pública la intención de unir las aerolíneas". Esta operación se concretó en febrero de 2010. Información obtenida de: <<http://nuevaexperiencia.avianca.com/es-cl/nuestra-compania/informacion-institucional/perfil-corporativo.aspx>>. [última visita: 10 julio 2013].

y cuarta libertad en la ruta Santiago - Colombia (Bogotá, Cali o Medellín), y de sexta libertad hacia los Estados Unidos²⁻³⁻⁴.

3. En síntesis, la denunciante afirma que la Resolución N° 952 constituiría un acto de autoridad contrario al Decreto Ley N° 211 (“**DL 211**”), en virtud de los siguientes hechos y razones:
 - a. La negativa de la JAC a autorizar la prestación de los referidos servicios por Tampa, se habría basado en las Actas de Reuniones sostenidas entre las autoridades de Colombia y Chile en junio de 1993 (“**Actas**”) que regulan, entre otros, los servicios exclusivos de carga en régimen de tercera, cuarta y quinta libertad⁵. Sin embargo, argumenta Tampa, las Actas no tienen rango de ley y por consiguiente no podrían dejar sin aplicación lo dispuesto en los artículos primero y segundo del Decreto Ley N° 2.564 de 1979 (“**Ley de Aviación Comercial**”).
 - b. Concretamente, el artículo segundo de la Ley de Aviación Comercial, en su inciso primero, establece la llamada *excepción de reciprocidad* a la política de cielos abiertos de Chile⁶. Esa reciprocidad subordina la autorización para operar a aerolíneas extranjeras a la condición de que, en las rutas en que éstas operen, los otros Estados le otorguen condiciones similares a las empresas aéreas chilenas, cuando éstas lo

² La definición de estas libertades aéreas se encuentra *infra*, en la sección IV. Asimismo, en calidad de Anexo, se encuentra un cuadro explicativo de las distintas libertades del aire existentes.

³ Posteriormente, Tampa acompañó a la FNE la Resolución Exenta N° 70, de 25 de enero de 2013, que rechazó un recurso de reposición interpuesto por Tampa en contra de la Resolución N° 952. No existen antecedentes de la interposición de un posible recurso de carácter jerárquico o de alguna otra medida de impugnación por parte de Tampa.

⁴ Cabe señalar que para efectos de la denuncia, la libertad aérea relevante, y por la cual se habría denegado la solicitud, es la sexta libertad hacia los Estados Unidos, lo que se expondrá en detalle *infra*, en las secciones III y IV de la presente minuta.

⁵ Señalan, en lo pertinente, las Actas “*Las empresas de ambos países podrán operar estos servicios con derechos de tercera, cuarta y quinta libertades en la región de Suramérica, sin limitaciones en cuanto al número de empresas, número de vuelos y tipo de aeronaves. Fuera de esta región, las autoridades aeronáuticas podrán autorizar, bajo el procedimiento de vuelos no regulares, las solicitudes que al respecto presenten las empresas, dentro del marco geográfico de este Acuerdo*”. Numeral II, página 2. Para mayor detalle de las libertades aéreas vigentes entre ambos países, vid. *infra*, sección IV.

⁶ Se dice que un país posee una política de *cielos abiertos*, cuando no existe una limitación del número de vuelos ni de los puntos de operación desde o hacia ese país. Disponible en <<http://www.jac-chile.cl/>>. [última visita: 8 de agosto de 2013].

soliciten. Sin embargo, a juicio de Tampa: (i) la denunciada se encontraría exigiendo mejores condiciones, y no similares, en favor de las aerolíneas chilenas, respecto de aquellas que el Estado de Colombia reconoce a las aerolíneas chilenas. Lo anterior, pues la JAC estaría requiriendo una ampliación de los derechos de quinta libertad fuera de la Región en beneficio de aerolíneas chilenas, en circunstancias de que lo solicitado por Tampa se refiere, entre otros, a derechos de carga de sexta libertad a Estados Unidos y no de quinta libertad; y, (ii) la JAC se encontraría interpretando el sentido de la frase *cuando éstas lo soliciten* de modo incorrecto, pues en la práctica ninguna aerolínea nacional ha requerido de la autoridad colombiana derechos de tráfico similares a los requeridos por Tampa a la JAC. A juicio de la denunciante, sólo si tal solicitud se realiza por una aerolínea chilena, y si ésta es rechazada por la autoridad colombiana, se verificaría el supuesto de negativa de reciprocidad exigido por la Ley de Aviación Comercial, pero no antes.

4. Lo anterior, agrega Tampa, tendría como efecto evitar el ingreso de un nuevo actor a un mercado que se encontraría muy concentrado, lo que contravendría el mandato de favorecer la competencia que la Ley de Aviación Comercial exige a la JAC⁷. En efecto, Tampa señala que en la actualidad existiría un único operador que concentra el 61% del transporte aéreo de carga internacional desde Chile, el que tendría además una filial en Colombia que le permitiría concentrar todos los derechos asociados a libertades aéreas entre Chile y ese país y realizar el transporte de carga con total facilidad.
5. En virtud de lo señalado, la denunciante solicita a la FNE que investigue si, con su rechazo a la solicitud de Tampa, la JAC estaría incurriendo en conductas contrarias a la libre competencia, al impedir el ingreso de un nuevo actor al transporte aéreo de carga con origen o destino en Chile.

⁷ Considerandos segundo y tercero de la parte considerativa de dicho cuerpo legal.

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA Y SU REGULACIÓN

6. Para los efectos de este análisis, existen tres grupos de actores que son relevantes:
 - a. Empresas dedicadas exclusivamente al transporte aéreo de carga, mediante aeronaves dedicadas sólo a ese fin (en lo sucesivo, “**empresas de carga**”);
 - b. Aerolíneas mixtas, esto es, aquellas que transportan tanto pasajeros como carga (en lo que sigue, “**aerolíneas mixtas**”); y,
 - c. Organismos con competencia reguladora, entre los que destacan la Dirección General de Aeronáutica Civil (“**DGAC**”) y la JAC.

7. Dada la estructura de operación de esta industria, las aerolíneas pueden prestar sus servicios de carga directamente a los consumidores (v.gr. exportadoras, clientes particulares, entre otros) o bien, más comúnmente, mediante empresas intermediarias que agregan esa demanda y adquieren a su vez los servicios de las aerolíneas (agentes de carga y *couriers*)⁸.

8. En las rutas con origen o destino en o hacia algún punto de Chile, estos servicios son actualmente ofrecidos por LATAM Airlines Group S.A. (“**LATAM**”), AviancaTaca (mayoritariamente a través de su filial Avianca), además de otras cuatro empresas de carga y once aerolíneas mixtas⁹. Según la información publicada por la JAC, la mayor proporción del

⁸ Los agentes de carga son compañías que consolidan carga de diversos clientes (exportadoras u otros) y la transportan a su destino, mediante una o más aerolíneas que contratan al efecto. Según respuesta remitida por Tampa a Oficio Ord. N° 224 FNE, las principales agencias de carga que contratan los servicios del holding AviancaTaca (incluyendo Tampa), son: “*TSMP Logistics, Dangerous & Dry Cargo, Kuehne Nagel, Global Carga, DHL Global Logistics, Damco Chile S.A., Overseas Logistics, Horacio Bilbao Cargo, Max Cargo International y Agility*”. Por su parte, los *couriers* corresponden a empresas de servicios de mensajería, paquetería y correo con correspondencia y documentos que, por regla general, tienen el carácter de urgente. Según respuesta remitida por Tampa al mismo Oficio, un porcentaje de las ventas de carga del holding AviancaTaca corresponde a las compañías de *couriers* con presencia a nivel global (v.gr. Fedex, DHL) que contratan con distintas aerolíneas en función de las rutas que éstos sirven.

⁹ Según el sitio *web* de la JAC, en la actualidad operan en el país las siguientes empresas de carga: Atlas Air, Centurion Air Cargo, Martinair Holland y Cargolux Airlines. Por su parte, además de LATAM y AviancaTaca, en la actualidad operan en el país las siguientes aerolíneas mixtas: Delta Airlines, American Airlines, Iberia, Air Canada, Air France, Aerovías de México S.A. (Aeroméxico), Sky Airlines S.A. (Sky), C.O.P.A., Aerolíneas Argentinas, Qantas Airways y Austral. Información disponible en: <<http://www.jac-chile.cl/>>. [última visita: 10 de julio de 2013].

transporte de carga se realiza por aerolíneas mixtas, a través del aprovechamiento de los espacios destinados a equipaje de pasajeros.

9. El siguiente cuadro muestra las participaciones en el tráfico total de transporte de carga con origen o destino Chile, diferenciando a los dos principales grupos mencionados.

Cuadro N°1
Participaciones por operador, según kilogramos transportados

OPERADORES	2011	2012	2013¹⁰
LAN AIRLINES	37,5%	36,2%	41,7%
LAN CARGO	18,4%	19,3%	13,2%
LANCO (CARGA)	0,2%	0,3%	0,2%
LAN PERU	0,2%	0,3%	0,1%
LAN ECUADOR	0,3%	0,2%	0,1%
LAN ARGENTINA	0,0%	0,1%	0,0%
T.A.M. LINEAS AEREAS	4,1%	2,9%	0,0%
Total Grupo LATAM	60,7%	59,2%	55,3%
AVIANCA	1,0%	2,1%	2,1%
TACA-PERU	0,2%	0,2%	0,0%
L.A.C.S.A.	0,0%	0,0%	0,2%
Total Grupo Avianca Taca	1,2%	2,3%	2,3%
ATLAS AIR INC.	7,2%	9,8%	13,6%
CENTURION AIR CARGO	9,9%	8,1%	6,5%
MARTINAIR HOLLAND	5,4%	5,4%	4,0%
CARGOLUX AIRLINES	0,0%	0,0%	0,0%
Total Otras Aerolíneas Carga	22,5%	23,3%	24,1%
DELTA AIRLINES	4,1%	4,4%	4,6%
AMERICAN AIRLINES	3,3%	3,3%	4,4%
IBERIA	3,0%	2,3%	3,0%
AIR CANADA	2,3%	2,2%	3,6%
AIR FRANCE	1,6%	1,3%	1,3%
AEROMEXICO	0,9%	1,2%	1,0%
SKY AIRLINE	0,0%	0,2%	0,4%
C.O.P.A.	0,2%	0,1%	0,0%
AEROL. ARGENTINAS	0,1%	0,1%	0,1%
QANTAS AIRWAYS	0,0%	0,0%	0,0%
AUSTRAL	0,0%	0,0%	0,0%
Total Otras Aerolíneas Mixtas	15,6%	15,2%	18,4%

Fuente: Elaboración propia, según información del sitio web de la JAC.

¹⁰ Período enero - febrero de 2013.

10. Del cuadro anterior se puede observar que, del total del transporte aéreo de carga de los años 2011 y 2012, un 58,8% y un 57,1%, respectivamente, se realizó a través de aerolíneas mixtas (incluyendo aerolíneas que forman parte de los grupos LATAM y AviancaTaca). Por su parte, el resto se efectuó mediante empresas de carga. A su vez, dentro de estas últimas, las más relevantes son Lan Cargo (relacionada al grupo LATAM), Atlas Air Inc., y Centurion Air Cargo, en términos de kilogramos transportados.
11. Considerando ahora las exportaciones con origen en Chile, durante el año 2012 se transportaron aproximadamente 287 millones de kilogramos de carga¹¹, de los cuales alrededor de un 52% tuvo como destino algún punto de Estados Unidos, siendo Miami el principal punto de llegada (42,46%)¹². Le siguen en importancia, Brasil (8,98%), Perú (6,94%), Argentina (6,75%), Holanda (4,40%) y Colombia (4,32%)¹³.
12. En materia de regulación, la normativa vigente otorga a la JAC el rol de principal regulador de la aviación comercial¹⁴. Dada su importancia para este caso, en lo que sigue el análisis se centrará en la potestad que tiene la JAC¹⁵ para participar en la elaboración de acuerdos comerciales con diversos países y autorizar a compañías extranjeras a operar rutas con origen o destino en Chile, incluyendo los términos de esa autorización conforme a las libertades del aire vigentes.
13. La JAC es un órgano administrativo pluripersonal, compuesto por un Consejo y una Secretaría General, que corresponden al órgano resolutivo y

¹¹ Fuente: <<http://www.jac-chile.cl/estadisticas/74-estadisticas-historica/83-consolidado-ano-2013.html>>. [última visita: 28 de junio de 2013].

¹² Esto se explica principalmente porque Estados Unidos es un destino relevante para las exportaciones del país, así como también porque Miami es el aeropuerto que actualmente es utilizado como *hub* por LATAM para sus exportaciones al resto del mundo.

¹³ Al igual que en el caso de Miami, la relevancia de destinos como Holanda tienen su justificación en que éste es un *hub* para rutas con otros destinos en Europa, lo que se ve potenciado por la participación en el mercado nacional de la empresa holandesa Martin Air Holland.

¹⁴ Su organización y atribuciones se encuentran establecidas en el DFL N° 241 de 1960, del Ministerio de Hacienda, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Aviación Comercial y el Código Aeronáutico.

¹⁵ En lo pertinente, dentro de las potestades de la JAC, la Ley de Aviación Comercial y el DFL N° 241 de 1960 le otorgan las siguientes: "(i) ejercer la dirección de la aviación civil y comercial del país; (ii) representar al Gobierno de Chile ante los Organismos Internacionales Aeronáuticos de Transporte Aéreo; (iii) participar en la elaboración de acuerdos internacionales relacionados con aviación comercial; (iv) calificar la reciprocidad de derechos que otorguen a las empresas aéreas nacionales los países extranjeros; y, (v) promover la facilitación del transporte aéreo internacional".

ejecutivo, respectivamente. En virtud del artículo 4 del DFL N° 241 de 1960 del Ministerio de Hacienda, el Consejo de la JAC está compuesto de siete miembros, los que ejercen las potestades propias de dicho órgano, sin perjuicio de aquellas especialmente encomendadas a su Secretario General¹⁶.

II. ANÁLISIS DEL MERCADO

II.1. ANTECEDENTES GENERALES

14. Para determinar si las conductas imputadas a la JAC constituirían una infracción al DL 211, corresponde identificar el mercado en el cual éstas repercutirían. Para ello, es importante considerar que, en general, en rutas de larga distancia existen diversos medios de transportes, como el camión, avión o barco. Sin embargo, esas alternativas no son sustitutos del transporte aéreo, debido a que el tiempo asociado al traslado difiere sustancialmente, con lo cual la sustituibilidad entre dichos medios de transporte no aparece como eficaz en relación al transporte aéreo¹⁷.
15. Por otro lado, los vuelos con y sin escalas se pueden considerar parte del mercado relevante¹⁸ dado que, a diferencia del transporte de pasajeros, quienes utilizan los servicios de carga presentan, por regla general, una mayor sensibilidad al precio y a la seguridad del envío que al itinerario de vuelo. Eso genera que al cliente le resulte indiferente el tipo de avión

¹⁶ Concretamente, el Consejo tiene la siguiente composición interministerial: Ministro de Transportes y Telecomunicaciones (quien lo preside), Director General de Aeronáutica Civil, Subsecretario de Relaciones Exteriores, Subsecretario de Planificación, Director de Aeropuertos-Ministerio de Obras Públicas y dos representantes designados por el Presidente de la República. El jefe de servicio es el Secretario General.

¹⁷ En este mismo sentido, véase el Considerando décimo sexto de la Sentencia N° 55/2007 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que destaca las diferencias de tiempo asociadas a la importación de mercancía de Miami a Punta Arenas por vía marítima y aérea. Adicionalmente en el numeral 234 de la Resolución N° 37/2011, al analizar el mercado Chile-Brasil, el H. Tribunal concluyó que existe cierto tipo de carga, como correspondencia *express* y productos frescos, donde una sustitución del transporte aéreo es particularmente difícil.

¹⁸ Véase, a modo de ejemplo, el Caso No. COMP/M.3280 *Air France / KLM*, Sección 5B.

utilizado -es decir, si éste es mixto o de carga-¹⁹ o el recorrido que realiza la carga para llegar a su destino, pudiendo la carga ser transportada con una o más escalas intermedias, sin que ello sea percibido como un servicio de menor calidad por parte del cliente²⁰. Por lo mismo, desde el enfoque de la demanda, el par origen-destino es uno de los factores principales en la decisión de contratación del transporte de carga, independientemente de las rutas intermedias que se utilicen.

16. Luego, al existir cierta sustituibilidad para un número importante de clientes -al menos en una parte relevante de los servicios de transporte de carga (v.gr. *couriers*)- se considera más apropiado incluir ambas modalidades de transporte de carga aérea (mixta y exclusiva) como parte de un mismo mercado relevante, aunque reconociendo algunas limitaciones en cuanto a la sustituibilidad de la primera²¹.
17. Adicionalmente, dadas las posibilidades de transporte intermodal, en particular el transporte terrestre de carga, es posible definir el mercado geográfico de una manera más amplia, considerando países y/o continentes, y no solamente pares de ciudades, dependiendo de la infraestructura de transporte disponible entre los países y otros factores tales como la facilidad de trámites aduaneros en las fronteras. De ahí que, desde su perspectiva geográfica, se considera apropiado analizar el mercado relevante en función de los pares de países origen-destino, considerando para ello las rutas que la denunciante solicitó autorizar a la JAC.
18. En suma, esta División estima que los mercados relevantes estarían constituidos por el transporte aéreo de carga entre los pares de países Chile - Colombia²² y Chile - Estados Unidos²³.

¹⁹ Lo anterior, con excepción de casos particulares, correspondientes a carga de mayor tamaño que no podrían transportarse en aviones de pasajeros.

²⁰ Lo anterior, siempre y cuando las diferencias en precios, tiempos totales de transporte, calidad y seguridad de los servicios no representen diferencias relevantes.

²¹ No obstante, la elección de una u otra alternativa para definir la dimensión del producto del mercado relevante no altera en lo sustancial el presente análisis.

²² Incluyendo dentro de este par el transporte aéreo de carga tanto a Bogotá, Cali o Medellín.

19. Sin perjuicio de la definición anterior, por el lado de la oferta -y considerando que esta es una industria de redes- la optimización de los vuelos cobra importancia en la medida que la combinación de diferentes destinos le otorga factibilidad económica a un vuelo o hace una aerolínea más competitiva, pudiendo la aerolínea agregar carga en cada una de las paradas que componen el par origen-destino²⁴⁻²⁵. De ahí que, por ejemplo, Tampa considere como relevante la ruta Santiago-Miami con escala en Bogotá, Medellín o Cali, considerando que es en Colombia en donde se encuentra radicado su *hub* de operaciones y ello permitirá agregar carga con destino a Estados Unidos en al menos dos puntos de la Región. En consecuencia, al analizar los pares de origen-destino antes señalados, se tendrá en consideración esta circunstancia.

II.2. CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO RELEVANTE

20. En este mercado, es posible diferenciar las participaciones de cada oferente según las rutas relevantes en que cada uno opera²⁶. Así, se observa que, para las rutas entre Chile y Estados Unidos, el grupo LATAM tiene una participación mayoritaria, con un 56,25%. Por su parte, para las

²³ Esta definición es consistente con lo expuesto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Resolución 37/2011, caratulada "Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A." al señalar que: "[E]n cuanto a la carga, los mercados relevantes para el análisis deben tomarse entre pares de países de origen y destino, más que entre ciudades específicas, porque por el lado de la demanda los servicios demandados son de este tipo y, por el lado de la oferta, las tarifas cobradas son definidas bajo estas condiciones, sin destino específico dentro del país, pues una vez alcanzado el país de destino final, el transporte terrestre se vuelve una alternativa más accesible" (§22). En el pasado, la FNE ha analizado separadamente las importaciones de las exportaciones, cuestión que no se estima necesaria en esta ocasión, pues las conclusiones no variarían en uno u otro caso. Véase Informe de la FNE al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fojas 777, en causa Rol NC N° 388-11.

²⁴ Esta característica de la industria ha sido destacada por el TDLC en su Resolución N° 37/2011, párrafo 48.

²⁵ Esto ha sido ratificado por Tampa, en respuesta al Oficio Ord. N° 224 FNE, en la cual señaló que: "[l]a factibilidad económica de la ruta en cuestión como de cualquier otra con rumbo Norte sea Lima o Bogotá requiere de poder transportar carga con destino final a Estados Unidos (...) Económicamente no se sostiene una operación exclusiva de carga a ningún punto al norte de Chile si no se lleva carga a destino final Estados Unidos, de hecho así lo opera Centurion Cargo cuando lo hace a través de su filial peruana Cielos y la holandesa Martinair".

²⁶ Vid. *infra*, cuadros N° 2 y 3.

rutas entre Chile y Colombia, es AviancaTaca quien tiene la participación mayoritaria, con un 48,64%, pero seguida muy de cerca por LATAM²⁷.

Cuadro N°2
Participaciones en rutas entre Chile y Estados Unidos,
según kilogramos transportados

AEROLÍNEA/AÑO	2011	2012
LATAM	54,94%	56,25%
ATLAS AIR INC.	15,41%	21,07%
CENTURION AIR CARGO	20,88%	14,73%
AMERICAN AIRLINES	4,56%	4,09%
MARTINAIR HOLLAND	4,22%	3,86%
Total general	100,00%	100,00%
HHI	3.730	3.856,8

Fuente: Elaboración propia, según información disponible en la página de la JAC.

Cuadro N°3
Participaciones en rutas entre Chile y Colombia, según
kilogramos transportados

AEROLÍNEA/AÑO	2011	2012
AVIANCATACA	36,90%	48,64%
LATAM	50,97%	46,04%
MARTINAIR HOLLAND	9,12%	4,11%
CENTURION AIR CARGO	3,00%	1,21%
Total general	100,00%	100,00%
HHI	4.052	4.504

Fuente: Elaboración propia, según información disponible en la página de la JAC.

21. Los antecedentes dan cuenta de un mercado altamente concentrado aún cuando, según se indicó *supra*, el servicio de carga es ofrecido también por aerolíneas mixtas. En relación a esta modalidad, la mayoría de las aerolíneas de pasajeros ofrecen de manera adicional el transporte de carga, lo que les permite aprovechar economías de ámbito, maximizando el uso de las aeronaves. En todo caso, la oferta en aviones mixtos es más reducida y puede por tanto implicar una competencia menos vigorosa que la de los aviones cargueros.

²⁷ El transporte de carga de AviancaTaca actualmente es realizado en su mayoría por la aerolínea Avianca, en vista de que Taca-Perú aportó el 2011 sólo un 0,02% de participación.

22. En cuanto a las condiciones de entrada, existen requisitos regulatorios - principalmente impuestos por la legislación vigente o a nivel administrativo por la JAC o la DGAC-, además de otras condiciones económicas que, en su conjunto, podrían eventualmente disuadir el ingreso de nuevos competidores a esta industria.
23. Respecto a las condiciones regulatorias, para que una compañía pueda prestar servicios de transporte aéreo en algún punto del territorio nacional, debe cumplir los requerimientos técnicos y de seguro exigidos por las autoridades competentes. A este respecto, la DGAC, en tanto autoridad encargada de fijar los requisitos de orden técnico para la aeronavegación comercial en Chile, exige la obtención previa del Certificado de Operador Aéreo (“AOC”)²⁸. Por su parte, la JAC, en tanto organismo a cargo de establecer los requisitos de seguro, dispuso que las aeronaves comerciales que prestan servicios de transporte aéreo deben contar con seguros por daños, de un monto mínimo de 2.000 Unidades de Fomento por persona, o su equivalente en moneda extranjera²⁹.
24. Adicionalmente, en el transporte internacional de carga existen ciertas condiciones relacionadas a los derechos de tráfico en cada ruta, los que se materializan entre otros, a través de las llamadas libertades de aire (vid., *infra*, sección IV). En términos generales, esos derechos varían entre el transporte de pasajeros y de carga, por lo que eventualmente las condiciones para ingresar al mercado podrían diferir entre una aerolínea

²⁸ El AOC es el documento que autoriza a una empresa a realizar determinadas operaciones de transporte aéreo comercial, o de trabajos aéreos. Según lo estipulado en la DAN 119, que es la Norma para obtención de un Certificado Aéreo, para obtener el referido certificado la compañía debe certificarse ante la DGAC como empresa de trabajo aéreo. Fuente: sitio web de la DGAC: <http://www.dgac.gob.cl/portal/page?_pageid=333,225476&_dad=portal&_schema=PORTAL>. [última visita: 21 de junio de 2013].

²⁹ Vid., artículo primero, inciso segundo de la Ley de Aviación Comercial, en relación con Resolución N° 2.469, de 15 de mayo de 2000 y la Resolución Exenta N° 604, de 25 de julio de 2011. La obligación de seguro emana del cumplimiento del Convenio de Varsovia, sustituido por la Convención de Montreal, que establece normas legales sobre responsabilidad civil en el transporte aéreo internacional. La Convención de Montreal se denomina Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional, y fue firmada en Canadá el 28 de Mayo de 1999. A su vez, ésta fue ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial con fecha 19 de Mayo de 2009.

mixta y una empresa de carga³⁰. Lo anterior implica que una empresa que realiza servicios mixtos no necesariamente puede transportar sólo carga, teniendo entonces una capacidad más limitada para prestar este servicio.

25. Con respecto a las condiciones económicas propias de este mercado, existen requerimientos inherentes a la estructura de la industria, como los altos costos de inversión inicial, los elevados costos fijos, la característica de redes de la industria, así como los costos de servicios adicionales a la operación³¹. Todos estos podrían contribuir a que el ingreso a este mercado resulte más costoso o difícil para potenciales entrantes. A lo anterior se suman las restricciones regulatorias existentes en cada jurisdicción para construir redes competitivas, las que también afectan a aerolíneas que operan en rutas como las que forman parte de este mercado relevante.
26. En virtud de lo señalado, esta División estima que existen condiciones negativas para el ingreso al mercado relevante, las que podrían disuadir o dificultar la entrada de nuevos competidores y permitir, al mismo tiempo, que empresas incumbentes puedan ejercer un eventual poder de mercado. Al mismo tiempo, ello podría generar que las condiciones en que la JAC ejerce su potestad reguladora puedan incrementar tales riesgos, en perjuicio de un mayor dinamismo competitivo.
27. Esto resulta consistente con lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) en su Resolución N° 37/2011, en relación al tráfico aéreo de carga, en particular en las rutas entre Chile y Brasil. Al respecto, el TDLC concluyó que: “[E]xisten barreras relevantes a la entrada

³⁰ Al respecto véase el grado de apertura de las rutas aerocomerciales para aerolíneas chilenas. Disponible en: <<http://www.jac-chile.cl/politica-aerocomercial/58-grado-de-apertura.html>>. [última visita: 10 de julio de 2013]. El análisis de los mercados relevantes específicos se realizará en la sección Análisis de la Denuncia.

³¹ En cuanto a los costos de inversión inicial, éstos consisten principalmente en infraestructura, aeronaves y personal de trabajo. Respecto de los costos fijos, en esta industria se consideran como tales todos aquellos que no varían con el número de pasajeros o el número de frecuencias, dependiendo del período en análisis. En general, éstos corresponden a aquellos asociados a la flota, al vuelo mismo y al tráfico de pasajeros y se componen principalmente del costo de mantención de aviones y remuneración de personal y costos asociados a la operación en aeropuertos, entre otros. El hecho de que la mayor proporción de los costos corresponda a costos fijos implica que, para comenzar a operar en este mercado, necesariamente se requiere incurrir en pérdidas, salvo que se ingrese con una escala suficiente.

*y desarrollo de competidores efectivos, especialmente por las restricciones regulatorias en materia de derechos de tráfico aéreo y limitaciones a la participación de capital extranjero (...) y cierto tipo de demanda que, por sus características, no considera como sustituto relevante el transporte terrestre*³².

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

28. De acuerdo a los antecedentes descritos, corresponde determinar si la presente denuncia da cuenta de hechos, actos o convenciones que pudieran impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3 del DL 211. En concreto, y según se ha señalado, lo que se debe establecer es si la negativa de la JAC a autorizar vuelos de Tampa en terceras y cuartas libertades a Colombia -para que esa aerolínea pueda posteriormente utilizar sextas libertades a Estados Unidos-, podría contravenir el régimen chileno de defensa de la libre competencia.
29. En términos generales, esta División advierte que los argumentos vertidos en la denuncia se refieren estrictamente a cuestiones de interpretación de la normativa sectorial. En efecto, lo que Tampa controvierte es: (i) la validez de las Actas en relación a la Ley de Aviación Comercial; (ii) la calificación que la JAC hace del denominado *principio de reciprocidad* con la República de Colombia; y, (iii) la forma en que deben entenderse cumplidos los requisitos que activan la excepción de reciprocidad, conforme a la Ley de Aviación Comercial. Sin embargo, la presente minuta no examinará la legalidad de la decisión adoptada por la JAC, ni su corrección desde la perspectiva de la Ley de Aviación Comercial o del DFL N° 241 de 1960 del Ministerio de Hacienda.
30. Sin perjuicio de lo anterior, la JAC, en tanto autoridad reguladora de la industria aeronáutica comercial, debe observar en sus actos administrativos todas las disposiciones del ordenamiento jurídico, incluyendo el DL 211, tal

³² TDLC. Resolución N° 37/2011; párrafo 360.

y como ha sido reiteradamente señalado por el TDLC y la Excm. Corte Suprema³³. Cabe destacar que lo anterior es particularmente relevante cuando un regulador ejerce potestades discrecionales que versan sobre la asignación de insumos esenciales para el desarrollo de una actividad económica³⁴⁻³⁵, lo que incluso ha sido reconocido por la propia JAC³⁶.

31. Considerando este mandato de actuar pro-competitivo que es exigible a los reguladores, y en particular a la JAC, corresponde analizar si en la especie se configura un atentado a la libre competencia por parte de la denunciada en el ejercicio de sus potestades discrecionales. Para ello, en primer término, es preciso determinar la importancia que poseen en este mercado las denominadas libertades del aire.
32. Según lo ha señalado el TDLC, las libertades de aire consisten en las configuraciones de vuelos que pueden realizarse entre dos países, en ejercicio de su soberanía territorial³⁷. En términos de los derechos involucrados, estas libertades van desde aquellas de índole más restrictiva (primera libertad), hasta la más amplia (novena libertad)³⁸. Para efectos de la presente denuncia, las libertades relevantes son las siguientes:

³³ A modo de ejemplo, el TDLC ha ratificado esta circunstancia recientemente, en la dictación de Instrucciones de Carácter General N° 3/2013. Concretamente, afirmó en su considerando décimo tercero, que: “[T]al como lo ha señalado este Tribunal en numerosas oportunidades, las normas de defensa de la libre competencia son aplicables a toda clase de personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, pues lo relevante para estos efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si las actuaciones de un sujeto de derecho, como oferente o demandante de bienes y servicios, inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en el mercado competitivo”. Más específicamente, ha señalado que: “[e]l Decreto Ley N° 211 es aplicable a todos los sujetos que intervienen directa o indirectamente en los mercados, sea que se trate de particulares o de personas de derecho público, y sea que estas últimas participen como competidores...o en cuanto autoridades que ofrecen o asignan a los particulares recursos económicos o derechos en ejercicio de potestades normativas, aún sin una contraprestación (e.g. derechos de aprovechamiento agua, espectro radioeléctrico, concesiones de obra pública, derechos de tráfico aéreo)”. Considerando noveno de la Sentencia N° 114, de 17 de noviembre de 2011.

³⁴ Vid. al respecto Guía de la FNE de Sector Público y Libre Competencia, de 22 de junio de 2012. Disponible en: <www.fne.gob.cl>. [última visita 10 de julio 2013].

³⁵ Esto sería además consistente con los principios fundamentales que informan la política aerocomercial chilena, según lo establecen los considerandos segundo y tercero de la Ley de Aviación Comercial.

³⁶ Véase, en este sentido, el Recurso de Reclamación interpuesto en contra de la Sentencia N° 81/2009; párrafo 83.

³⁷ Resolución N° 37/2011 TDLC. Sección I.A.

³⁸ Véase en Anexo un cuadro explicativo de las libertades del aire.

- a. *Tercera Libertad.* Es aquella que permite transportar carga y pasajeros desde el país de origen a otro país.
- b. *Cuarta Libertad.* Es aquella que permite transportar carga y pasajeros desde otro país a la nación de origen³⁹.
- c. *Quinta Libertad.* Es aquella que permite transportar carga y pasajeros entre dos países, mediante una compañía aérea de una tercera nación, en ruta con origen/destino en su país de origen⁴⁰.
- d. *Sexta Libertad.* Es aquella que permite transportar carga y pasajeros entre dos países mediante una compañía aérea de una tercera nación, en ruta que incluya una escala en su país de origen⁴¹.
- e. *Séptima Libertad.* Es aquella que permite transportar carga y pasajeros entre dos países mediante una compañía aérea de un tercer país en una ruta sin enlace con su país de origen⁴².

33. Actualmente, el transporte aéreo de pasajeros (o mixto) entre Chile y Colombia considera cielos abiertos en tercera y cuarta libertad. Por su

³⁹ Es útil destacar que la tercera y cuarta libertad corresponden a derechos que permiten el tráfico directo entre dos países. Así, por ejemplo, para que aerolíneas chilenas puedan volar directamente entre Santiago y Madrid, deben utilizar estas libertades del aire vigentes entre Chile y España (actualmente en régimen de cielos abiertos). Precisamente con la tercera libertad la aerolínea chilena puede despegar en Chile y aterrizar únicamente en España, y con la cuarta libertad puede regresar desde España y aterrizar únicamente en Chile.

⁴⁰ La quinta libertad permite que aerolíneas chilenas vuelen entre otros dos países, utilizando un aeropuerto chileno como origen o destino. Así, por ejemplo, para volar Santiago - Lima - Nueva York, la aerolínea chilena debe utilizar derechos de quinta libertad con Perú, los cuales actualmente se encuentran restringidos a 14 vuelos semanales, asignados a Lan Airlines S.A. Fuente: Informe Uso de Frecuencias Restringidas de la JAC, enero a abril de 2013. Disponible en <<http://www.jac-chile.cl/frecuencias-restringidas.html>>. [última visita: 22 de agosto de 2013].

⁴¹ La sexta libertad es útil, principalmente, cuando las aerolíneas del país respectivo vuelan entre otros dos países, efectuando una escala en el propio país. Por ejemplo, actualmente la aerolínea Panameña Copa puede utilizar derechos de sexta libertad para vuelos que tengan como origen Chile y como destino Estados Unidos, realizando una escala en Panamá. En el caso de Chile, por su ubicación geográfica, para muchas rutas esta libertad no resulta de gran utilidad.

⁴² La séptima libertad permite que aerolíneas chilenas vuelen entre otros dos países, en una ruta que no tenga enlace con Chile. En lo que respecta a derechos para transporte exclusivo de carga, actualmente existen acuerdos de cielos abiertos con numerosos países que contemplan esta libertad, como por ejemplo Estados Unidos y Perú. Cabe destacar que con estos mismos países, no existen iguales libertades para el transporte de pasajeros.

parte, en las rutas dentro de Latinoamérica, existen cielos abiertos en quinta y sexta libertad, con hasta tres frecuencias fuera de la Región para aerolíneas chilenas (hoy asignadas a LATAM). Las aerolíneas con nacionalidad colombiana, en cambio, gozan de cielos abiertos en quinta y sexta libertad.

34. Respecto a los servicios exclusivos de carga, existen cielos abiertos para derechos de tercera y cuarta libertad, mientras que los derechos de quinta y sexta libertad sólo se consideran cielos abiertos dentro de Sudamérica⁴³. En el caso de rutas que comprendan algún punto de Estados Unidos, desde el año 2002 existe un acuerdo de cielos abiertos en tercera, cuarta, quinta y sexta libertad con ese país. Finalmente, las séptimas libertades existentes con ese país se encuentran limitadas al transporte de carga⁴⁴.
35. El grado de apertura existente entre los referidos países se resume a continuación:

⁴³ Fuente: <<http://www.jac-chile.cl/politica-aerocomercial/58-grado-de-apertura.html>>. [última visita: 28 de junio de 2013].

⁴⁴ Fuente: <<http://www.jac-chile.cl/politica-aerocomercial/58-grado-de-apertura.html>>. [última visita: 28 de junio de 2013].

Cuadro N°4:
Grado de apertura aérea de Chile con Colombia y con Estados Unidos

Países	Año acuerdo	Servicios	Entre territorios de las partes	Entre territorio de la contraparte y terceros países	Desde territorio contraparte a terceros países	Dentro del territorio de contraparte Cabotaje
			3ª y 4ª libertad	5ª y 6ª libertad	7ª libertad	
Estados Unidos	2001	Carga	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos
	2001	Mixtos	Cielos abiertos	Cielos abiertos	Sin derechos	Sin derechos
Colombia	1993	Carga	Cielos abiertos	Cielos abiertos ⁴⁵	Sin derechos	Sin derechos
	1993	Mixtos	Cielos abiertos	Cielos abiertos ⁴⁶	Sin derechos	Sin derechos ⁴⁷

Fuente: Elaboración propia, en base a información de la JAC.

36. Considerando el grado de apertura que tiene Chile con los países en cuestión, desde un punto de vista jurídico actualmente no sería posible realizar los vuelos que Tampa ha solicitado, dado que los derechos disponibles para el transporte exclusivo de carga se encuentran restringidos a Sudamérica. Lo anterior es consecuencia de las libertades vigentes entre Chile y Colombia, conforme se desprende de las Actas del año 1993 (vid., *supra*, sección I).
37. Al mismo tiempo, esta División pudo recabar antecedentes de que la JAC ha solicitado la ampliación de los derechos de quinta libertad hacia Estados Unidos para aerolíneas chilenas, incluso en el pasado reciente, y que éstos han sido negados por la autoridad aeronáutica colombiana⁴⁸.
38. En este punto, es relevante considerar que, por regla general, quienes solicitan y negocian los derechos de tráfico son las autoridades

⁴⁵ Cielos abiertos en quinta libertad dentro de Sudamérica; fuera de la región las empresas de ambos países no cuentan con derechos para transportar carga en vuelos exclusivos entre el territorio de la contraparte y terceros países.

⁴⁶ Cielos abiertos en quinta libertad dentro de Sudamérica; hasta tres frecuencias fuera de la región.

⁴⁷ Respecto al cabotaje, Chile tiene una política acceso abierto sin reciprocidad, en virtud de la Resolución Exenta N° 63 de la JAC, de 18 de enero de 2012.

⁴⁸ A modo de ejemplo, mediante comunicación de 19 de julio de 2011, la autoridad de Aeronáutica Civil de la República de Colombia señaló a la JAC que [1].

aeronáuticas de cada nación, en representación de los intereses del país y de las aerolíneas de sus respectivos países. En consecuencia, siendo la JAC, a través de su Consejo, la autoridad regulatoria competente en la materia, corresponde a este organismo determinar, dentro de sus potestades, si es posible otorgar o no los derechos requeridos a las empresas y/o países que lo soliciten. Ello contradice la interpretación propuesta por Tampa, en cuanto a que debiera existir una solicitud previa de alguna aerolínea chilena a la autoridad colombiana, y una posterior negativa de ésta última, para activar la denominada excepción de reciprocidad. En efecto, la interpretación más conforme a la normativa actualmente vigente indicaría que, bastaría que sea la autoridad aeronáutica chilena, en este caso la JAC, quien hubiese enfrentado una negativa de la autoridad del tercer país, para considerar cumplido el requisito de ausencia de reciprocidad previsto en la legislación sectorial como excepción a la política de cielos abiertos de nuestro país.

39. Junto con lo anterior, se debe destacar que, en el caso de Tampa, la JAC negó las referidas solicitudes: *“[a]l haberse interrumpido las siguientes etapas del desarrollo de la política de mayor apertura, contemplada en el Acta de 1993, la parte colombiana tiene cielos abiertos en 6ª libertad de Chile a Estados Unidos para vuelos mixtos y la parte chilena no tiene [un] derecho equivalente, que es el de cielos abiertos en 5ª libertad para vuelos mixtos entre Colombia y Estados Unidos, razón por la cual no se da el requisito de condiciones similares establecido en la ley”⁴⁹.*
40. A juicio de esta División, la normativa sectorial se encuentra debidamente fundada, pues la lejanía geográfica de Chile hace que el equivalente de los derechos de sexta libertad, otorgados a terceros países, sean los derechos de quinta libertad que a su vez esos terceros países otorgan a Chile.
41. En principio, el análisis anterior llevaría por sí solo a que la denuncia de Tampa fuere desestimada. Sin perjuicio de lo anterior, esta División consideró pertinente, a mayor abundamiento, evaluar la factibilidad de que Tampa ingrese de un modo alternativo en las rutas solicitadas, aun

⁴⁹ Respuesta de la JAC a Oficio Res. N° 132 FNE.

prescindiendo de las libertades solicitadas a la JAC, debiendo considerarse por cierto que desde el punto de vista comercial tales alternativas no son necesariamente equivalentes.

42. Una primera alternativa, que fue planteada por la denunciante, consistiría en servir la ruta a través de contratos del tipo “*wet lease*”⁵⁰ con otras empresas del grupo AviancaTaca (v.gr. Taca-Perú o LACSA)⁵¹. A solicitud de esta Fiscalía, la JAC indicó que esta alternativa no sería viable para Tampa pues, en su interpretación, los derechos de tráfico le pertenecen a quien tiene la conducción técnica de la aeronave; de este modo, al no transferir Tampa esa conducción técnica por la vía del llamado *wet lease*, la aerolínea arrendataria podría operar sólo en idéntica condición a la que tendría Tampa.
43. Por su parte la JAC indicó, como segunda alternativa, la opción de suscribir un contrato del tipo “*dry lease*”, por medio del cual el arriendo de la aeronave se realiza sin su tripulación. Ello permitiría que la conducción técnica deje de ser de la compañía arrendadora -en este caso Tampa- y pase a ser una operación de la aerolínea arrendataria, con lo cual serían los derechos de tráfico de esta última los que se considerarían para autorizar la operación⁵². En este caso, si esa compañía arrendataria poseyera la nacionalidad de un país con el cual Chile tiene suscritas libertades del aire recíprocas, esta alternativa viabilizaría una eventual operación de Tampa, en caso de que esa compañía así lo estime adecuado⁵³.

⁵⁰ En respuesta a Oficio Res. N° 132 FNE, la JAC señaló que un contrato *wet lease* corresponde a un “*contrato de arriendo con tripulación, en el cual no se transfiere la conducción técnica de la aeronave*”. Es decir, bajo esta modalidad, Tampa arrendaría sus aviones a terceras empresas del holding AviancaTaca que sí contaría con autorizaciones para operar las rutas de este mercado o alguna otra equivalente.

⁵¹ Información proporcionada por Tampa en respuesta a Oficio Ord. N° 224 FNE de 19 de febrero de 2013.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Lo que podría efectuar, por ejemplo, a través de Brasil, Paraguay, Uruguay u otros países que tienen quintas libertades con Chile. Para más detalle vid. <<http://www.jac-chile.cl/politica-aerocomercial/58-grado-de-apertura.html>>. [última visita: 30 de julio de 2013].

44. Finalmente, una tercera opción consistiría en que el grupo AviancaTaca, si así lo considera conveniente, haga uso de los derechos que algunas de sus filiales tienen para operar en séptima libertad con Chile. Tal sería el caso, por ejemplo, de una operación de las empresas LACSA de Costa Rica, Taca de Perú o Aerogal de Ecuador, todas las cuales tienen la nacionalidad de países con los cuales Chile tiene suscritos acuerdos de cielos abiertos en séptimas libertades de carga, circunstancia que podría viabilizar una operación como la pretendida por la denunciante.

IV. CONCLUSIONES

45. Analizados todos los antecedentes recopilados y expuestos, esto es, las características del mercado de transporte aeronáutico de carga internacional, las líneas aéreas que operan en éste, las condiciones de entrada existente y la regulación vigente en la materia, esta División estima que el conjunto de las conductas denunciadas no ameritan la ejecución de otras diligencias por parte de esta Fiscalía.

46. Sin perjuicio de lo anterior, se estima necesario reiterar la importancia de que la autoridad encargada de la asignación de un insumo esencial -como es justamente el caso de los derechos de tráfico- considere la apertura unilateral de cielos, sin exigencia de reciprocidad, pues favorecería de modo importante la entrada de nuevos competidores y, con ello, incrementaría la intensidad competitiva en esta industria. Por tanto, como ya lo ha hecho respecto al cabotaje aéreo, sería recomendable que, cuando una aerolínea le solicite servir una ruta internacional determinada, la JAC evalúe la conveniencia de no exigir la condición de reciprocidad.⁵⁴

Saluda atentamente a usted,


RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES


MCC

⁵⁴ En este mismo sentido, véase Oficio Ord. N° 1151 FNE, remitido a la JAC con fecha 6 de septiembre de 2007.

ANEXO

Informe de Inadmisibilidad Rol N° 2189-13 FNE

Cuadro explicativo de las libertades del aire

<p>PRIMERA LIBERTAD Sobrevolar un país en una ruta hacia otro</p>	
<p>SEGUNDA LIBERTAD Hacer una escala técnica en otro país</p>	
<p>TERCERA LIBERTAD Transportar carga y pasajeros desde el país de origen a otro país</p>	
<p>CUARTA LIBERTAD Transportar desde otro país carga y pasajeros al país de origen</p>	
<p>QUINTA LIBERTAD Transportar carga y pasajeros entre dos países mediante una compañía aérea de un tercer país, en ruta con origen/destino en su país de origen</p>	
<p>SEXTA LIBERTAD Transportar carga y pasajeros entre dos países mediante una compañía aérea de un tercer país, en ruta que incluya una escala en su país de origen</p>	
<p>SÉPTIMA LIBERTAD Transportar carga y pasajeros entre dos países mediante una compañía aérea de un tercer país en una ruta sin enlace con su país de origen</p>	
<p>OCTAVA LIBERTAD O CABOTAJE Transportar carga y pasajeros dentro de un país mediante una compañía aérea de otro país en ruta con origen/destino en su país de origen</p>	
<p>TOTALMENTE NACIONALES Transportar carga y pasajeros dentro de un país extranjero sin conexión con el país de origen</p>	

Fuente: Adaptado del Informe sobre Comercio Mundial, 2005.