

Santiago, veintitrés de mayo de dos mil diecinueve.

Vistos:

En estos autos Rol CS N° 31.502, la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. ("Achet"), sometió a consulta del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), de conformidad con el artículo 31 del D.L. N° 211, los "Acuerdos de Negocios Conjuntos" o "Joint Business Agreements" (en adelante, indistintamente, JBA o las Operaciones o los Acuerdos), suscritos entre:

a) LATAM Airlines Group S.A. y American Airlines, Inc. Agencia Chile, relativo a vuelos entre América del Sur y Estados Unidos y Canadá.

b) LATAM Airlines Group S.A., Iberia Líneas Aéreas de España S.A. y British Airways PLC, relativo a vuelos entre América del Sur y Europa.

Tales acuerdos, según se expone, se implementarán entre las partes para el servicio de transporte aéreo de pasajeros y carga. En términos generales, se aduce que la materialización de aquéllos causará graves perjuicios para la competencia, afectando seriamente el mercado de turismo en Chile, a las agencias de viajes, operadores turísticos y los consumidores.

Sostiene la consultante que las Operaciones, en síntesis, constituyen una fusión encubierta a nivel internacional, pactada en mercados altamente concentrados,



que produce los mismos efectos anti-competitivos de aquélla.

Agrega que la implementación de los JBA dará lugar a la creación de alianzas completamente nuevas, vulnerando las obligaciones impuestas en la Condición VII de la Resolución N°37/2011 que aprobó la fusión que originó LATAM.

Luego de circunscribir el mercado relevante específico para cada acuerdo, sostiene que éstos son altamente concentrados. Destaca que las operaciones elevarán los niveles de concentración del mercado por sobre los umbrales permitidos por las autoridades de libre competencia. Así, atendido los niveles de participación que expone, afirma que la concentración facilitará el ejercicio de poder de mercado de las partes de los JBA.

Puntualiza que se trata de un mercado con barreras a la entrada que se potencian entre sí, como son: a) operación en base a hubs; b) acuerdos de cooperación entre aerolíneas; c) acceso a la infraestructura aeroportuaria (slots y acceso a otras instalaciones); d) programas de viajero frecuente; e) la integración parcial entre aerolíneas de una misma alianza; h) tenencia de frecuencias restringidas en ciertos países; i) comportamiento estratégico de las empresas con poder de mercado; y j) altos costos hundidos.



Añade que las Operaciones generan riesgos anti-competitivos que tendrán efectos negativos en cuanto a:

a) El turismo en Chile, por cuanto el poder de mercado que los JBA otorgarían a las partes, producirá un aumento de los precios de los pasajes y desincentivará el viaje de extranjeros hacia Chile. A su vez, la menor cantidad de visitantes provocará disminución de turismo al interior de Chile y, finalmente, incidirá en negocios que se materializan en nuestro país.

b) Daño a las agencias de viaje y tour operadores independientes del país, quienes en su calidad de canal de distribución independiente se verán debilitados, al enfrentarse a un mayor poder negociador.

Además sostiene que las operaciones consultadas generarán incentivos para que LATAM favorezca a su agencia integrada verticalmente (LATAM Travel).

c) Daño a la competencia directa de las aerolíneas, toda vez que los acuerdos entregarán un poder de mercado que los deja con capacidad para excluir competidores actuales o potenciales a través de restricciones artificiales de márgenes, fijación de precios predatorios a través de subsidios cruzados entre distintas rutas. En este aspecto, explica, el contacto multi-mercado de las partes facilita la colusión y hace rentable las políticas exclusorias.



Agrega que la combinación de programas de pasajero frecuente da lugar a externalidades de red imposibles de replicar por sus competidores y a barreras a la salida para los pasajeros adscritos a este programa.

d) Daño a los consumidores, toda vez que los eventuales ahorros de costos no se traspasarían necesariamente a los consumidores.

Continúa sosteniendo que los riesgos de las operaciones son de tal magnitud, que no existen medidas de mitigación suficientes para paliar sus efectos anti-competitivos. Por lo demás, refiere, aún cuando se plantearan medidas de mitigación, éstas, atendida la complejidad del mercado, serían imposibles de fiscalizar y fáciles de eludir por las Partes.

II.- Informes.-

a) Las empresas que suscriben los acuerdos (en adelante las Partes), en términos generales y, en síntesis, señalaron, respecto del mercado de transporte de pasajeros, que todas son miembros de la alianza global Oneworld. En cuanto a la relación actual entre LATAM con IAG, exponen que se rigen por acuerdos de código compartido e interlínea. En tanto, la relación entre American Airlines y LATAM se enmarca en un acuerdo de alianza que no es metal neutral y que funciona a través de códigos compartidos.

Lo anterior es relevante, sostienen, porque la



relación descrita tiene limitaciones inherentes, que les impiden materializar las eficiencias propias de un acuerdo íntegro de cooperación y combinar eficientemente sus redes complementarias.

Es en este contexto que, explican, las Operaciones consultadas corresponden a acuerdos bilaterales en los negocios del transporte aéreo de pasajeros y carga, que suponen la coordinación respecto de los precios, la capacidad e itinerarios, entre otras actividades, así como el reparto de ingresos del transporte aéreo de pasajeros en su ámbito geográfico.

Puntualiza que los Acuerdos se rigen por la neutralidad del metal (metal neutrality), que determina la alineación de los incentivos económicos de las Partes, porque es indiferente cuál línea aérea realiza en la práctica uno de los segmentos que configuran el viaje. Sostienen que tales acuerdos les permitirán consolidar la alianza Oneworld como un competidor global de las alianzas Star Alliance y SkyTeam.

Destaca que los JBA no producirán cambios en la propiedad de las sociedades involucradas y no contemplan la transferencia de activos. Representan el actual estado del arte en términos de alianzas en la industria aeronáutica y se enmarcan en el desarrollo de la industria aérea a nivel mundial. En este sentido, hacen presente la proliferación



de JBA y su aprobación por autoridades de competencia.

Explican que, en el transporte aéreo de pasajeros, entre Chile/Europa y Chile/Norteamérica, la competencia es entre las alianzas antes mencionadas. Así, señalan, en este mercado compiten vigorosamente aerolíneas de todas las alianzas.

En cuanto al mercado relevante, puntualiza que los vuelos sin escala que operan en este mercado acarrean predominantemente pasajeros en conexión, razón por la que las autoridades de libre competencia comúnmente aceptan que, respecto de vuelos de larga duración, los vuelos con escala son alternativas razonables a los vuelos directos.

En cuanto a los riesgos que eventualmente se esgrime podrían existir en rutas específicas, esto es, Santiago/Madrid y Santiago/Miami, que son las rutas directas que presentan mayor concentración, lo cierto es que aquellos no se generan, toda vez que existe presión competitiva relevante por parte de los servicios indirectos. Además, no existen barreras a la entrada o a la expansión.

En este escenario, incluso si el TDLC estimara que existen riesgos para la libre competencia en dichas rutas, éstos se restringen a los pasajeros que tienen como O&D Santiago-Madrid y Santiago-Miami, que son una minoría y no a la totalidad de aquellos que utilizan el tramo, toda vez



que la mayor cantidad de pasajeros lo utiliza para conectar a diversos destinos dentro de Europa o Estados Unidos y Canadá.

Señalan que tienen incentivos para fortalecer y aumentar la capacidad en las rutas troncales que operan entre Sudamérica y Europa y Norteamérica, optimizando sus redes complementarias en cada extremo de la ruta y distribuyendo dicho tráfico a los puntos que un pasajero puede tener como destino.

En lo relativo a las eficiencias, señalan que los JBA alinearán los incentivos de las partes, eliminando la doble marginalización. Además, se producirán sinergias de ingresos porque aumentará la cantidad de pasajeros volando en esta red producto de un mejor servicio. Estos beneficios son significativos, inherentes a los JBA e incrementales respecto de aquellos generados por los acuerdos actuales -códigos compartidos y acuerdos interlínea- destacando que éstas compensan largamente cualquier riesgo anti-competitivo que se pudiese identificar.

Continúan exponiendo distintos tópicos que reflejan que la consulta sometida a conocimiento del tribunal, en cuanto a sus afirmaciones, sea equívoca, toda vez que, según indican: a) Los JBA no propician la creación de una nueva alianza global, no vulneran lo ordenado por la Resolución N° 37/2011 y fueron proactivamente notificados a



la autoridad de libre competencia; b) Las Operaciones propuestas no modifican el entorno competitivo del transporte aéreo doméstico de pasajeros; c) Las participaciones de mercado que Achet atribuye a las Partes en cuanto al transporte aéreo de pasajeros no se ajustan a la realidad porque no consideran los servicios indirectos; d) La consultante sobredimensiona o inventa barreras a la entrada; y e) Los supuestos abusos que sufrirán las agencias de viajes y tour operadores se fundan en premisas falsas, toda vez que la integración entre aerolíneas y agencias de viaje es común en la industria. Además, las tarifas de pasajes aéreos que LATAM ofrece son las mismas para todas las agencias de viaje sin que exista una tarifa preferente para su tour operador integrado LATAM Travel.

En cuanto al incumplimiento de la Resolución N° 37/2011, sostienen que los JBA no son acuerdos de código compartido, por lo que no se les aplicaría la restricción impuesta en la Condición VII de dicha resolución. Además, tal condición no prohíbe ni obliga a consultar acuerdos de ningún tipo entre aerolíneas de la misma alianza, que es lo que ocurre en el caso de autos.

Finalizan sosteniendo que el análisis de competencia, que se expone latamente, demuestra que los mercados relacionados con los JBA son competitivos y carecen de barreras a la entrada, situación que no se altera como



consecuencia de los JBA. En suma, manifiestan, las Operaciones no generan riesgos para la libre competencia, son pro-competitivas y en ningún caso son aptas para reducir la competencia, razón por la que no procede sujetarlas a medidas de mitigación.

En tanto, en relación al transporte de carga, las partes involucradas en los acuerdos respectivos, refieren que la totalidad de los medios de transporte que sirven la geografía relevante son sustitutos del transporte aéreo de carga. Incluso si el mercado se limitara a los proveedores de servicios de transporte aéreo de carga, las Partes enfrentan varios competidores que incluyen operadores exclusivos de carga (freighters), otras aerolíneas de pasajeros que usan sus bellies para llevar carga, aerolíneas combinadas y shippers (clientes) integrados.

Puntualizan que el transporte de carga internacional tiene una naturaleza intermodal, esto es, una industria de redes que usualmente requiere combinar distintos medios de transporte. Asimismo, indican que la evidencia revela que los servicios se pueden prestar mediante vuelos indirectos incluso cuando se trata de productos perecibles.

Agregan que no existen barreras a la entrada o a la salida en los servicios de transporte internacional de carga.

Las operaciones, en el ámbito en análisis, producirán



eficiencias importantes para consumidores, al generarse mayores volúmenes de carga, mejor conectividad y menores tarifas, entre otros. De los acuerdos en consulta, sostienen, resultará en una red mejorada con mayor densidad y alcance lo que se traducirá en múltiples beneficios a los clientes.

b) Fiscalía Nacional Económica (FNE), señaló, en lo que resulta relevante, que el alto grado de integración de funciones y la alineación de incentivos, determina que las Partes dejarán de comportarse como agentes económicos independientes, con un efecto equivalente al de una operación de concentración, aunque sin las eficiencias y ahorros en costos que podrían esperarse.

Respecto del mercado relevante vinculado al transporte de pasajeros, señala que éste se vincula al par O&D (ciudad-ciudad). Precisa que, en rutas de corta distancia, los vuelos directos entre dos ciudades forman parte del mismo mercado relevante, mientras que los vuelos con una o más escalas quedarían excluidos. En tanto, tratándose de rutas de larga distancia, que serían las principales rutas afectadas por las operaciones consultadas, para pasajeros más sensibles al precio, los vuelos sin escalas y aquellos con una escala, pueden estimarse sustitutos en la medida que no incrementen desproporcionadamente el tiempo de viaje, en comparación con el vuelo directo. Así, sostiene,



no todos los vuelos en conexión son igualmente sustitutos, sin que se puedan descartar los efectos anticompetitivos vinculados a la eliminación de un competidor, aunque existan otras alternativas disponibles.

Enfatiza que los Acuerdos aumentarían las participaciones de mercado de las Partes a nivel de pares O&D, en las principales rutas que vinculan a Chile con Europa y Norteamérica, sosteniendo, además, que los umbrales de concentración definidos en la Guía de la Fiscalía sobre Operaciones de Concentración son sobrepasados en un número significativo de O&D.

A nivel de redes, refiere que las Operaciones modifican el escenario competitivo a nivel de países. Lo anterior si se consideran las participaciones a nivel de alianzas, en que Oneworld es preponderante en el transporte de pasajeros entre Chile-Europa y Norteamérica.

Respecto de las barreras a la entrada, identifica las siguientes: a) barreras regulatorias que surgen de los derechos de tráfico; b) amplitud, densidad de la red y manejo estratégico de hubs en las rutas afectadas por las operaciones consultadas; c) programas de pasajero frecuente, y d) la importancia de la marca LATAM en Chile.

En relación a los riesgos en el mercado de transporte de pasajeros, explica que los acuerdos consultados producen importantes riesgos para la libre competencia en los



mercados relevantes, en virtud de las características propias de esta industria, los niveles de concentración ex ante y ex post, la cercanía competitiva entre las Partes y la constatación de barreras que dificultarían una entrada probable, oportuna y suficiente que impiden que la competencia actual o potencial pueda disciplinar su comportamiento.

Agrega que los principales riesgos identificados son de carácter unilateral, derivados del poder de mercado que alcanzarían las Partes con ocasión de las Operaciones consultadas, que se traducirá en un alza de tarifas y disminución de la calidad.

Destacan los riesgos unilaterales en la ruta donde existe traslape en los vuelos directos que operan las partes -Santiago-Madrid y Santiago-Miami-. En tales rutas, refiere, se elimina al competidor más cercano en el mercado, siendo relevante en que dicho O&D tiene la característica de ser hub to hub en la operación de las Partes y que la alternativa de vuelo indirecto más próxima sigue siendo ofrecida por ellas mismas, razón por la que el JBA otorgará un fuerte incentivo al alza de precios o a la realización de otras prácticas que impliquen el ejercicio de poder de mercado.

Asimismo, arguye, existen riesgos de naturaleza exclusiva vinculados con aumentos de costos de conexión



con la red de las Partes y con una mayor probabilidad de que estas desplieguen conductas estratégicas. Así, las partes tendrán un poder de mercado que, en teoría, les permitiría excluir o inhibir la entrada de competidores, por ejemplo, mediante la limitación de la posibilidad de conexión en los mercados behind & beyond.

Además, sostiene, existen riesgos adicionales en el mercado conexo de distribución de pasajes aéreos. Por un lado, existe un riesgo de naturaleza horizontal, toda vez que los JBA pueden afectar las comisiones pagadas a las agencias de viajes, al reducir la competencia en los diferentes O&D. Por otra parte, atendida la estructura vertical del grupo LATAM, existen riesgos verticales, asociados al aumento del poder de mercado de las Partes aguas arriba. Específicamente, el riesgo se vincula con un trato discriminatorio hacia las agencias de viajes competidoras con fines explotativos o exclusorios.

En lo relativo a las eficiencias, aquellas presentadas por las Partes, en especial la eliminación de la doble marginalización y sus beneficios, son plausibles; sin embargo, considera se encuentran sobreestimados. En este aspecto sostiene que las eficiencias no compensan el riesgo de alza de precios asociado al mayor poder de mercado que las Operaciones otorgan a las Partes.

Arguye que no existen remedios estructurales que



permitan solucionar adecuadamente los riesgos asociados a las operaciones consultadas. Tampoco existen potenciales entrantes capaces de disciplinar los efectos adversos a la libre competencia en los O&D Santiago-Miami y Santiago-Madrid. En tales condiciones, no pueden aceptarse remedios conductuales, toda vez que éstos sólo pueden decretarse como fórmulas transitorias, siempre y cuando exista certeza de que la estructura competitiva en los mercados de las rutas más riesgosas será modificada por un nuevo entrante.

Por otro lado, en relación al mercado de transporte aéreo de carga, éste es un mercado concentrado que supera los umbrales de concentración establecidos en su Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de 2012.

En cuanto a las barreras de entrada, si bien son de menor entidad que en el mercado de transporte de pasajeros, lo cierto es que una parte importante de la carga en el ámbito geográfico se da a través de los aviones de pasajeros de las Partes, por lo que las referidas barreras se replican en lo concerniente a la administración de redes y hubs estratégicos. Además, explica, existen barreras adicionales específicas al mercado de carga, a saber: a) las economías de ámbito derivadas de la operación de pasajeros de las Partes vuelven a las aerolíneas cargueras más vulnerables a comportamientos estratégicos; b) los aviones chárter no pueden disciplinar eficazmente porque



requieren de un volumen importante de carga para poder cubrir sus costos; y c) LATAM posee un programa de fidelización para carga que podría servir como un método de apalancamiento del poder de mercado de pasajeros en Chile.

Así, las operaciones consultadas generan riesgos para la competencia, atendidas las altas participaciones de mercado, la existencia de barreras a la entrada y la cercanía competitiva entre las Partes. Agrega que el análisis del mercado da cuenta de la existencia de riesgos a la competencia que no se encuentran contrapesados suficientemente.

III. Antecedentes generales.

Entre otros, se han hecho parte en este proceso, aportando antecedentes y formulando observaciones, Hernán Passalacqua García de la Huerta y Conadecus.

Si bien las Partes, al informar, han señalado que las Operaciones consultadas deben ser aprobadas sin medidas de mitigación, avanzado el procedimiento, éstas acompañan una propuesta de medidas de mitigación, para el caso que el Tribunal estime que los riesgos en las rutas directas Santiago /Madrid y Santiago/Miami, no sean compensados por las eficiencias.

IV.- Dictamen.

A fs. 4754 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la Resolución N° 54 de 31 de octubre de



2018, declarando que los *Joint Business Agreements* o Acuerdos de Negocios Conjuntos, celebrados entre LATAM y American, por una parte, y LATAM e IAG, por otra, se ajustan a las normas del Decreto Ley N° 211, siempre que cumplan de manera íntegra con todas y cada una de las condiciones que detalla en el sección I, referida a las medidas de mitigación, las que, según se expresa en la parte resolutive, en síntesis, consisten en las siguientes:

1. Establecer una fórmula de reparto de ingresos en los JBA consultados;

2. Mantener la capacidad ofrecida en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid;

3. Aumentar la capacidad ofrecida en las Rutas Norteamérica y Europa;

4. No cobrar precios implícitos negativos en rutas indirectas que tengan como tramo troncal los vuelos Santiago-Miami y Santiago-Madrid;

5. Ofrecer acuerdos de programa de pasajero frecuente a nuevos entrantes en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid;

6. Ofrecer acuerdos de combinación de tarifas a nuevos entrantes en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid;



7. Ofrecer acuerdos de prorrateo especial a nuevos entrantes en las rutas directas Santiago-Miami y Santiago-Madrid;

8. Designar a un Consultor para la fiscalización de estas condiciones; y

9. Consultar a este Tribunal seis meses antes de que cualquiera de los acuerdos cumpla 5 años de vigencia.

Contra la Resolución N° 54/2018 Achet, Hernán Passalacqua, la FNE y Conadecus deducen reclamación solicitando que se rechace la operación consultada.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- La Resolución N° 54.

Primero: Que, previo a la exposición y análisis de las reclamaciones, resulta imprescindible exponer los principales razonamientos que determinaron la decisión que es impugnada en autos.

1.- Los Acuerdos y generalidades de la industria:

El TDLC constata que las operaciones consultadas consisten en acuerdos bilaterales relativos al transporte aéreo de pasajeros y de carga. Los acuerdos suscritos entre LATAM y American Airlines, se vinculan con viajes a Norteamérica (Estados Unidos y Canadá) y aquéllos acordados entre LATAM e IAG (Iberia y British Airways), se relacionan con los viajes a Europa.



Destaca que los JBA consultados se rigen por el principio de meta-neutralidad, es decir, es indiferente la aerolínea que vende los pasajes aéreos y aquélla que presta el servicio de transporte. Además, los acuerdos consultados no producen cambios en la propiedad de las aerolíneas y no comprenden la transferencia de activos, como sería el caso de una fusión. En virtud de aquellos las partes coordinarán precios, capacidad e itinerarios de sus vuelos y repartirán entre sí los ingresos obtenidos del transporte de pasajeros, cuestión que, según exponen ellas, les permitiría alinear sus incentivos.

Añade que sólo el JBA Norteamérica tiene acordada una fórmula de distribución de ingresos, la que consiste en la agregación en un pool la totalidad de los ingresos generados en las rutas troncales comprendidas en este JBA. Dicho pool será repartido entre las Partes en función de la capacidad que cada aerolínea opera en las mencionadas rutas. Tal fórmula es relevante para el análisis económico que permite determinar los beneficios que derivarían de la eliminación de la doble marginalización, por lo que se impondrá como medida de mitigación específica.

Advierte que ninguno de los JBA consultados configuran operaciones de concentración, aunque puedan llegar a tener efectos similares. Puntualiza que las empresas no sólo continuarán siendo independientes, sino que, además, los



acuerdos son esencialmente reversibles con relativa facilidad, cuestión que implica que existirán importantes intercambios de información entre competidores y que muchas de las sinergias propias de las fusiones no serán alcanzadas.

Ahora bien, refiere que todo el ámbito que queda fuera del acuerdo no debiera conllevar una reducción de output, sino que incluso podría expandirlo al tratarse de firmas que, al menos desde el punto de vista teórico, debiesen mantener algún grado de competencia en el desarrollo de sus respectivos negocios.

Continúa señalando que, aun cuando en términos generales los acuerdos entre competidores son mirados con sospecha por el derecho de la competencia, siendo fuerte la presunción en su contra, ellos no siempre son dañinos. En efecto, tales acuerdos bien pueden permitir a un grupo de firmas llevar a cabo actividades de forma más eficiente.

Así, asevera, la cuestión radica en establecer de manera clara si un acuerdo produce o facilita comportamientos colusivos, de modo de poder establecer la eventual aplicación de la regla per se establecida en la letra a) del inciso 2° del artículo 3° del D.L. 211, materia que es tanto una cuestión de hecho como de derecho. En lo que respecta al derecho, puntualiza, las especiales características de los JBA consultados, imposibilitan



arribar a conclusiones claras a su respecto, debiendo entonces quedar sometidos a un análisis de fondo que permita establecer sus efectos en el mercado y probar que los acuerdos son, en balance, pro competitivos.

Explica que el análisis recae en establecer los riesgos y beneficios asociados a los acuerdos y determinar si estos últimos son superiores a los primeros. Este es ciertamente un análisis estructural similar al realizado durante un control de concentraciones. Sin embargo, dado que se trata de acuerdos entre competidores, no es correcto acudir a estándares jurídicos relacionados específicamente con dicho control. En efecto, sostiene, la complejidad de los acuerdos como el hecho que posean un gran potencial dañino, y que las posibilidades de comprobar los beneficios se vean disminuidas por las asimetrías de información existentes, determina que la medición de riesgos y beneficios debe ser particularmente cuidadosa.

En cuanto a las características de la industria de transporte aéreo, tanto de pasajeros como de carga, señala que es una industria de redes, compuesta por las rutas que permiten transportar un pasajero desde una ciudad de origen a una ciudad de destino. El modelo hub and spoke les permite a las aerolíneas aprovechar las economías de densidad y de ámbito que se generan en sus redes.



Para aprovechar las economías de densidad, ámbito y escala propias de esta industria, y también para sortear restricciones regulatorias, las aerolíneas han suscrito acuerdos de cooperación bilateral y multilateral. Así, existen distintos grados de cooperación entre aerolíneas que van desde los acuerdos interlínea (cooperación menos intensa) hasta los Joint Ventures con Neutralidad Metal, como los que son objeto de la consulta de autos (cooperación más intensa). Agrega que lo anterior ha determinado la consolidación de tres alianzas globales: Oneworld, Star Alliance y SkyTeam, las que agrupan un número importante de aerolíneas. Además, en el transporte aéreo de pasajeros, las Partes han celebrado distintos acuerdos de cooperación, los que incluyen, además de pertenecer a la alianza Oneworld, acuerdos interlínea, Pasajero Frecuente y de acceso a salones y acuerdos de código compartido. En tanto, en el transporte aéreo de carga, las aerolíneas cooperan a través de acuerdos interlínea.

2.- Mercados Relevantes:

El principal mercado afectado por los JBA consultados es el transporte aéreo de pasajeros y, en menor medida, el de carga. Puntualiza que los efectos de red que se presentan en esta industria afectan las definiciones de los mercados relevantes asociados a los servicios de transporte



aéreo de pasajeros, los que tradicionalmente sólo consideraban los pares O&D. En consecuencia, para incorporar los efectos de red al análisis, es necesario revisar el nivel de competencia no solamente entre los pares ciudad-ciudad, sino también país-país, país-continente y a nivel de alianzas.

A) Transporte aéreo de pasajeros

En el análisis se debe diferenciar entre los pasajeros sensibles al tiempo -premium- de los sensibles al precio -no premium-. Además, se debe considerar principalmente el mercado chileno, es decir, aquellos pasajeros que inician sus viajes en ciudades de Chile. Para el caso de Norteamérica, atendida la extensión de Estados Unidos y la densidad de viajes desde Chile a ese país, se entenderán como distintos países las zonas relevantes de ese país.

B) Transporte Aéreo de Carga:

El transporte aéreo de carga difiere del de pasajeros en su definición de mercado relevante y no es apropiado el enfoque de pares O&D, dada la baja sensibilidad al tiempo de los consumidores, por la naturaleza intermodal de este transporte y por las diferencias de demanda en cada extremo de las rutas. Esto último, implica que los mercados deben ser diferenciados según la dirección del transporte, lo que se refieren las partes como naturaleza unidireccional de este mercado.



3.- Nivel de concentración:

3.1.- Transporte aéreo de pasajeros:

A) Ruta Norteamérica: i. Primer nivel: Chile-Norteamérica: la alianza Oneworld concentra, a junio 2017, un 58,6% de los pasajeros transportados entre Chile y Norteamérica, siendo LATAM y American las únicas dos aerolíneas de esta alianza en operar esta ruta. Le sigue la alianza Star Alliance con un 22,5% y luego la alianza SkyTeam con un 18,8%.

Al estimar los HHI (índice de concentración) para cada año (2013 a 2016), separando por tipo de vuelo, se observa que los vuelos directos presentan índices de concentración significativamente mayores (altamente concentrado) que los vuelos indirectos (medianamente concentrado).

La concentración en el mercado, medido para esta ruta a nivel de continente, muestra un HHI de 2.154 puntos (medianamente concentrado) en promedio en el año 2017. De producirse la operación, este índice aumentaría a 3.763 puntos (altamente concentrado), es decir, habría un alza en 1.609 puntos. Para el caso de los vuelos directos, el índice aumentaría desde 4.805 a 8.162 puntos (representando un alza de 3.357 puntos) y para vuelos indirectos, el HHI pasaría de 1.556 a 2.502 puntos (un alza de 946 puntos).

ii. Segundo nivel: Chile-Zonas de Estados Unidos: se divide Estados Unidos en cuatro zonas. El mercado de las



zonas Norte, Sur y Oeste de Estados Unidos, es moderadamente concentrado y altamente concentrado el de la zona Este.

La alianza Oneworld concentra el mayor número de pasajeros transportados a todas las zonas, superando el 50% en tres de ellas. A la zona Este, LATAM y American trasladan un 64% de los pasajeros y se observa, además, un nivel de competencia menor.

iii. Tercer nivel: Chile-ciudades de Norteamérica

Un 28% de los pasajeros que viajaron a Norteamérica durante 2016 tenían la ciudad de Miami como destino final. La segunda ciudad más visitada durante ese año por los chilenos fue Nueva York como destino final. LATAM transportó durante el 2016 a un 45,9% de los pasajeros que fueron a Miami como destino final, en tanto que American transportó un 24,1% de ellos, es decir, ambas aerolíneas pertenecientes a la alianza Oneworld transportaron un 70% de los pasajeros a dicha ciudad. Esta alianza también concentra la mayor cantidad de pasajeros transportados a Nueva York, con un 70%.

El aumento de concentración es más preocupante en el caso de Miami, donde el cambio en el HHI se eleva a 5.219 puntos en el escenario post operación, sufriendo un alza de 2.214 puntos. Los otros destinos en que las Partes operan vuelos directos, como Nueva York y los Ángeles, también



presentan altos cambios en concentración, quedando en 5.229 y 4.095 puntos, respectivamente. Existe una importante proporción de pasajeros que utilizan el vuelo Santiago-Miami para realizar viajes directos, lo que es relevante dado que los únicos oferentes de dicho vuelo son LATAM y American, es decir, concentran el 100% de los vuelos de tal naturaleza.

Así, concluye que los mercados en donde incide el acuerdo consultado presentan niveles de alta concentración, en particular a nivel de continente (Estados Unidos completo), macro zonas y en la ruta Santiago-Miami. Respecto de esta ciudad, dicha concentración es menor en los vuelos indirectos, ya que este tipo de vuelos se pueden completar a través de distintas combinaciones de ciudades, lo que entrega una mayor flexibilidad a las aerolíneas para entregar este servicio y hay más competencia entre alianzas

B.- Ruta Europa:

i. Primer nivel: Chile-Europa:

La alianza Oneworld concentra el 55,6% de los pasajeros transportados. La participación de LATAM e IAG se ha mantenido en esta ruta entre un 56% y un 59%.

Los vuelos directos presentan índices de concentración mayores que los vuelos indirectos. Este mercado es altamente concentrado, de acuerdo con la Guía de Operaciones de Concentración de la FNE, si se consideran



sólo los vuelos directos, ya que el HHI pertinente supera el valor de 2.500 en cada uno de los cinco años previos. En cambio, si se miden vuelos totales, actualmente es un mercado medianamente concentrado (2.264 puntos).

De materializarse la operación, esta ruta pasaría a concentrarse aún más, al subir su HHI a 3.777 puntos considerando las cifras de 2016. Para el caso de los vuelos directos, los niveles de concentración aumentarían más aún, desde 2.865 a 4.868 puntos. Incluso, el aumento del HHI producto del JBA Europa en los vuelos indirectos sería muy fuerte, ya que subiría el HHI desde 1.981 a 3.235 puntos.

ii. Segundo nivel: Chile-Países de Europa

La alianza Oneworld transportó un 60% de los pasajeros que viajaron desde Chile, durante el año 2016, a los diez países europeos que se mencionan. Agrega que las participaciones durante el 2016 de las alianzas que tienen aerolíneas que ofrecen vuelos directos son más fuertes en aquellos países donde tienen los respectivos hubs. Puntualiza que Oneworld concentra el 72,8% de pasajeros transportados a Inglaterra, donde British Airways tiene su hub y un 76,8% de los pasajeros transportados a España donde Iberia tiene su hub.

iii. Tercer nivel: Chile-ciudades de Europa: Un 30,3% de los pasajeros que viajaron a Europa, lo hicieron a Madrid, muy por sobre París, Londres y Barcelona que sólo



en conjunto alcanzan la participación de la capital española. Oneworld supera el 50% de los pasajeros transportados en el año 2016 en nueve de quince ciudades con más tráfico hacia Europa.

La importancia de los vuelos directos es fundamental para determinar la participación de mercado de las alianzas, incluso más allá de las ciudades a las que sirven de manera directa.

iv. Concentración Santiago-Madrid: El JBA entre IAG y LATAM impactará principalmente en la ruta Santiago-Madrid, donde hoy existe superposición de ambas aerolíneas con vuelos directos. Sólo la alianza Oneworld vuela directamente desde Santiago a Madrid.

Considerando los vuelos directos e indirectos, la alianza Oneworld ha mantenido su participación total en el tramo Santiago-Madrid en alrededor de un 80%. En lo que respecta a vuelos directos, la concentración es total, dado que la alianza Oneworld concentra el 100%, a través de LATAM e Iberia.

En suma, concluye el TDLC que, al igual que en el caso de la Ruta Norteamérica, en algunos de los mercados de las rutas de Europa también existen niveles de concentración altos. Del mismo modo, al analizar el grado de concentración por par O&D, esto es, ciudad-ciudad, también se observa la importancia que tiene el hub de la respectiva



aerolínea en alguna de esas ciudades, sobre todo en los vuelos directos. En relación con los vuelos indirectos, se puede apreciar una concentración menor porque, como se anticipó, esta clase de vuelos se pueden completar a través de distintas combinaciones, lo que otorga una mayor flexibilidad a las aerolíneas para entregar este servicio.

3.2.- Concentración en el transporte aéreo de carga: No se cuenta con información suficiente para conocer con certeza la magnitud de las participaciones en el mercado; sin embargo, aquellas que señala Lan Cargo son mayores al 40% para los miembros de los Acuerdos en ambas rutas. En consecuencia, no se descarta, inicialmente, el poder de mercado de las Partes en esta industria, aunque todo indica que, de existir, tal poder de mercado es menor al de transporte de pasajeros, en particular en los vuelos directos Santiago-Miami y Santiago-Madrid.

4. Condiciones de entrada:

4.1.- Transporte aéreo de pasajeros: En la industria aérea existen barreras a la entrada, principalmente por razones estructurales del mercado, al ser una industria de redes. Dentro de dichas barreras, las más relevantes son la escasez de slots y el contar con un aeropuerto como hub, con las consecuencias que de ello derivan, en particular la posibilidad de que se produzcan comportamientos estratégicos de las incumbentes que inhiban la entrada de



competidores. Lo anterior es especialmente relevante en el transporte de pasajeros a través de rutas sin escalas, como Santiago-Madrid y Santiago-Miami, ya que en esos casos la presencia de las aerolíneas en sus hubs es sustancial y deja un reducido espacio para la entrada de un competidor. Por consiguiente, entre las medidas de mitigación indicadas en la sección I se han establecido algunas destinadas a fomentar la entrada de nuevos competidores.

4.2.- Transporte aéreo de carga: las barreras de entrada descritas precedentemente tienen menor relevancia, atendida la mayor flexibilidad en términos de tiempo que presenta este tipo de transporte en comparación al de pasajeros, lo que permite a las aerolíneas completar sus viajes en horarios diversos y a través de más conexiones, ya que existe mayor sustitución entre distintos puntos de conexión. Por esto, no se ha estimado necesario adoptar medidas de mitigación en este caso.

5.- Efectos de los acuerdos consultados:

5.1. Efectos en el Transporte aéreo de pasajeros

A.- Riesgos: i. Unilaterales explotativos: se relaciona con las probables alzas de precios producto del mayor poder de mercado que alcanzarían las Partes al celebrar los acuerdos consultados. En el presente caso existen incentivos para que las respectivas empresas involucradas aumenten los precios en los vuelos directos Santiago-Miami



y Santiago-Madrid, debido a la disminución de la presión competitiva en ambos tramos. En efecto, ante un aumento en los precios de los pasajes por una de las aerolíneas que ofrece ese tramo, aumentará la demanda de la otra aerolínea que también lo ofrece y, dado que ambas pertenecen al mismo JBA con neutralidad de metal en el que comparten ingresos, verán aumentada su demanda en conjunto, volviendo de este modo rentable alzas en los precios.

ii. Unilaterales exclusorios: las empresas aéreas involucradas ofrecen bienes complementarios a un mismo grupo de clientes y tienen incentivos para aprovechar sus menores costos por economías de escala, de densidad o de ámbito, con el objeto de disminuir el precio de uno de dichos bienes y con ello excluir competidores. En efecto, algunos tramos de las redes que utilizan las aerolíneas son complementarios y el acceso a ellos es indispensable para que otras aerolíneas puedan ofrecer sus itinerarios. Refiere en este aspecto el tribunal que no es posible descartar los riesgos exclusorios identificados por Achet y la FNE, considerando los aspectos vinculados con el uso de un aeropuerto como hub y los comportamientos estratégicos que de ello derivan.

Adicionalmente, las Partes podrían tener incentivos a establecer subsidios cruzados o cobrar precios negativos en algunos tramos de los viajes, para trasladar poder de



mercado desde las rutas monopolizadas a otras que utilicen estas últimas como insumo, en las cuales enfrentan un mayor nivel de competencia.

iii. Riesgos de coordinación: expresa el TDLC que ninguno de los intervinientes de autos mencionaron la existencia de estos riesgos en el mercado de transporte aéreo de pasajeros.

B.- Eficiencias:

En esta materia, advierte el TDLC, sólo se considerarán aquellas que sean verificables e inherentes a las Operaciones, y que puedan ser traspasadas a los consumidores:

i. Eliminación de la doble marginalización: se produce en los viajes con dos o más tramos operados por distintas aerolíneas, en los que cada una de ellas obtiene un margen positivo en su respectivo tramo. Así, la suma de los precios de todos los tramos es más alta que el precio que habría cobrado una sola aerolínea ofreciendo el viaje completo, lo que redundaría en una menor demanda de asientos. En atención a que los acuerdos consultados implican que las Partes decidirán en conjunto los precios de los viajes con dos o más tramos operados por ellas en donde tienen poder de mercado, dichos precios deberían ser menores, porque se obtendría un sólo margen. Así, la disminución de precios como consecuencia de la eliminación de la doble



marginalización es efectivamente una de las principales eficiencias derivadas de las Operaciones. Sin embargo, la cuantificación de este efecto se debe realizar considerando solamente los pasajeros efectivamente beneficiados, esto es, los pasajeros en conexión multiaerolínea, y tomando como escenario base los acuerdos de código compartido y de interlínea que hoy existen entre las aerolíneas.

ii. Mejoras en calidad: tal eficiencia no se puede verificar con la información aportada, toda vez que si bien se cuenta con un modelo QSI (Quality Service Index o índice de calidad de servicio), existen supuestos de ese modelo que no es posible verificar. Además, es posible que estas eficiencias se traduzcan en una mayor disposición a pagar por parte de los pasajeros, lo que presionaría al alza la demanda, y que las aerolíneas respondan a esto con aumentos de precios.

iii. Aumento de tráfico: Se produciría en virtud de disminuciones de precios para pasajeros en conexión multiaerolínea.

iv. Sinergias en costos: no se aportó prueba para determinar cómo los ahorros en costos serían traspasados a los consumidores. Sin perjuicio, las eficiencias en costos que probablemente signifiquen disminuciones de precios en el corto plazo son aquellas que reducen los costos variables o marginales, por lo que sólo podrían



considerarse los ahorros en gastos de compra conjunta de catering y combustible, además de las reducciones de comisiones en el canal de venta indirecto. Tampoco se puede distinguir la proporción de los beneficios estimados que corresponden a rutas que comprenden a Chile, que es lo relevante para la presente consulta.

5.2.- Efectos en el transporte aéreo de carga:

No existen suficientes antecedentes sobre los riesgos que las Operaciones generarían para el transporte aéreo de carga, especialmente en lo que se refiere a los riesgos unilaterales explotativos y exclusorios. Agrega que los índices de concentración en el mercado de transporte aéreo de carga son más bajos y las barreras de entrada tienen una menor relevancia atendida la mayor flexibilidad de tiempo en comparación al mercado de transporte aéreo de pasajeros. Además, los clientes tienen un mayor poder de negociación con las líneas aéreas lo que podría compensar el ejercicio de un eventual poder de mercado de aquellas. Por lo anterior, estos acuerdos generarían menores riesgos que los expuestos para el caso del transporte aéreo de pasajeros y, por tanto, no es necesario adoptar medidas para su aprobación.

5.3.- Efectos en los Mercados conexos:

Achet sostiene que las Operaciones también generarían riesgos unilaterales exclusorios en mercados conexos aguas



abajo, específicamente, en el de agencias de viajes. La razón es que las Partes aumentarían su poder de negociación, por lo que sería esperable que reduzcan las remuneraciones y servicios de las agencias. Asimismo, argumenta que con los acuerdos consultados aumentarían los incentivos para que las aerolíneas favorezcan a sus agencias de viaje relacionadas (como LATAM con LATAM Travels) perjudicando a los competidores del mercado de agencias de viaje, cuestión que comparte la FNE y que, considera el TDLC, y si bien no existe prueba que permita cuantificarlos, no es posible descartarlos.

6.- Cuantificación de riesgos y beneficios:

En lo que respecta a las eficiencias relacionadas con calidad y costos, que en conjunto, corresponden a los "efectos indirectos" de las Operaciones, cabe señalar que la exposición y estimación de éstas efectuadas por las Partes es incompleta y cuestionable en su magnitud, sin que se demostrara cómo se traspasarían a los consumidores. Por esta razón, no fueron incorporados en la cuantificación final. Con todo, dadas las características de los acuerdos consultados, es razonable esperar que estos efectos indirectos se materialicen en alguna medida y beneficien en algún grado a los consumidores, por lo que se han tenido presentes en la ponderación y en el establecimiento de las medidas de mitigación.



En relación a los efectos directos, realizadas las precisiones y la cuantificación económica concluye que, según el cálculo del TDLC, los riesgos de cada JBA consultado son considerablemente mayores que sus eficiencias directas. En efecto, para el caso de la Ruta Norteamérica los riesgos son entre dos y tres veces mayores a sus eficiencias directas, mientras que para la Ruta Europa esta razón es superior a dos.

En relación a los efectos indirectos, no son sumados en la cuantificación de las eficiencias por mejoras en calidad, por las razones que se expusieron al establecer su existencia.

Sobre la base de tales antecedentes, es que el tribunal dispone medidas de mitigación, explicando que se demostró cuantitativamente, bajo los supuestos con los que se ha efectuado el análisis y con las restricciones informacionales propias del proceso, que los riesgos que derivan de los acuerdos consultados superan a sus beneficios. Por esto, corresponde establecer medidas de mitigación para atenuar la entidad, magnitud y extensión de los mismos.

7.- Sobre la Medidas de mitigación:

Puntualiza que el objetivo de las medidas de mitigación que se imponen a las Partes tienen por finalidad central restaurar, en la mayor medida posible, las



condiciones de competencia previas a la materialización de los JBA consultados, fomentando, por un parte, la entrada de nuevos competidores (especialmente en las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid) y, por otra, impedir que el poder de mercado que adquirirán las Partes en dichas rutas pueda traducirse en conductas explotativas, particularmente, alzas de precios y disminuciones en la calidad de los servicios ofrecidos.

Segundo: Que, como se anunció, el TDLC aprobó las operaciones sometidas a consulta, estableciendo las siguientes medidas de mitigación:

PRIMERA MEDIDA: Fórmula de reparto de ingresos en los JBA consultados: deberá estar basada en la agregación en un *pool* de la totalidad de los ingresos generados en los vuelos troncales en las rutas comprendidas en los respectivos JBA. Dicho *pool* deberá ser repartido entre las Partes de cada JBA consultado en función de la capacidad con que cada una de ellas opera en las mencionadas rutas.

SEGUNDA MEDIDA: Compromiso de capacidad mínima de pasajeros en vuelos directos: Durante el periodo de vigencia de los JBA consultados, las Partes deberán mantener, anualmente, en los vuelos directos en las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid, al menos la oferta de asientos vendidos durante el año 2018 en cada una de esas rutas. Además, deberán al menos mantener en dichos vuelos



la proporción de pasajeros que durante el año 2018 tuvieron como destino final Miami y Madrid, respectivamente.

Condiciones de la medida:

a) Quedará sin efecto si se produce la entrada de un nuevo operador a dichas rutas directas, o de uno existente que no se encuentre operando en ellas, que no pertenezca a la alianza Oneworld y no forme parte de los grupos empresariales de alguna de las Partes. La medida volverá a aplicarse en caso que dicho entrante deje de operar en la ruta respectiva;

b) Se podrá suspender hasta por 90 días en caso de fuerza mayor, lo que deberá ser calificado por la FNE previa notificación por las Partes del evento constitutivo de aquella;

c) Se podrá suspender en caso de recesión económica en Chile, Europa o Norteamérica, según corresponda atendida la ruta de que se trate.

TERCERA MEDIDA: Compromiso de aumento de capacidad de pasajeros en vuelos a Europa y a EEUU/Canadá: Las Partes deberán aumentar la cantidad de asientos vendidos en los vuelos Chile-Europa y Chile-Norteamérica en al menos un 20% de lo ofertado para cada uno de esos vuelos, respectivamente, durante el año 2018. Asimismo, las Partes deberán aumentar la cantidad de asientos vendidos en los



vuelos directos Santiago-Miami y Santiago-Madrid en al menos su crecimiento entre los años 2015 y 2018.

Condiciones de la medida:

a) Deberán ser cumplidas en un plazo de tres años contado desde la fecha de implementación del respectivo JBA. La capacidad alcanzada se deberá mantener al menos hasta la siguiente revisión de los JBA consultados;

Además aplica letra a) b) y c) de medida anterior.

CUARTA MEDIDA: Límites a precios implícitos negativos:

Las Partes no podrán cobrar por sus vuelos indirectos precios menores que aquellos que cobran por sus vuelos directos Santiago-Miami y Santiago-Madrid, cuando estos últimos sean utilizados como insumo para los primeros.

QUINTA MEDIDA: Acuerdos de programas de pasajero

frecuente: Las Partes deberán celebrar un acuerdo de pasajero frecuente con las aerolíneas que los soliciten y que comiencen a operar en las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid, sin escalas, siempre que no pertenezcan a las alianzas Oneworld, SkyTeam y Star Alliance, ni estén relacionadas con las Partes o sus grupos empresariales.

El acuerdo de pasajero frecuente deberá contener las mismas condiciones de aquellos que las Partes hayan celebrado con otras aerolíneas de la alianza Oneworld que no sean miembros de los JBA consultados, especialmente en lo que se refiere a acumulación y canje de millas.



Esta medida terminará en el evento que el entrante deje de operar servicios sin escalas en las rutas Santiago-Miami o Santiago-Madrid, según corresponda.

SEXTA MEDIDA: Acuerdos de combinación de tarifas: Las Partes deberán celebrar un acuerdo que posibilite la combinación de tarifas con las aerolíneas que lo soliciten y que comiencen a operar las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid, sin escalas.

Condiciones de esta medida:

i. Los vuelos sin escala operados por las Partes sólo estarán disponibles para el nuevo operador aquellos días de la semana en que este último no opere un vuelo en las mencionadas rutas;

ii. El nuevo operador deberá satisfacer los requerimientos técnicos exigidos por las Partes a otros miembros de la alianza Oneworld con quienes tienen acuerdos de combinación de tarifas;

iii. La combinación de tarifas se deberá ofrecer sobre la base de las tarifas publicadas por las Partes. Cuando la tarifa publicada corresponda a vuelos de ida y vuelta, la base estará compuesta por la mitad de la tarifa de ida y vuelta ofrecida por la Parte correspondiente más la mitad de la tarifa de ida y vuelta ofrecida por el nuevo operador.



Esta medida terminará en el evento que el entrante deje de operar servicios sin escalas en las rutas Santiago-Miami o Santiago-Madrid, según corresponda.

SÉPTIMA MEDIDA: Acuerdos de prorrateo especial: Las Partes deberán celebrar un acuerdo de prorrateo especial con aerolíneas que lo soliciten y que comiencen a operar las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid, para los tramos *behind* o *beyond* que no son cubiertos por las solicitantes.

Condiciones de la medida:

a. Deberá celebrarse en términos que sean al menos equivalentes a los términos acordados por las Partes bajo un acuerdo de prorrateo especial existente con cualquier otra aerolínea para la misma ruta y clase tarifaria.

b. El precio cobrado al nuevo competidor por el tramo *behind* o *beyond* no debe ser mayor a su precio implícito, esto es, a la diferencia entre el precio cobrado por las Partes a sus consumidores por el vuelo directo y el precio del vuelo indirecto que incluye ambos tramos; y

c. El nuevo entrante podrá seleccionar hasta un máximo de: i. 6 rutas *behind/beyond* desde Santiago operadas por LATAM ii. 15 rutas *behind/beyond* desde Miami operadas por American iii. 15 rutas *behind/beyond* desde Madrid operadas por IAG d. No se aplicará a las aerolíneas que operan en las rutas Santiago-Madrid y Santiago-Miami que tengan como *hubs* aeropuertos en alguna de esas tres ciudades.



OCTAVA MEDIDA: Consultor: Las Partes deberán designar, a su costo, un Consultor con experiencia y conocimiento de la industria, el que deberá ser aprobado por la FNE. Dicho consultor fiscalizará el cumplimiento de las medidas de mitigación impuestas en esta resolución.

A continuación el TDLC regula las calidades, nombramiento y cesación de la persona designada.

NOVENA MEDIDA: Plazo de aprobación y obligación de consulta: Los JBA consultados se aprueban por un periodo de cinco años contados desde que la presente resolución quede firme o ejecutoriada. Hasta seis meses antes del plazo antes señalado, las Partes deberán consultar a este Tribunal su renovación. En el evento que el Tribunal dicte su resolución con posterioridad al vencimiento del plazo de cinco años, los acuerdos continuarán vigentes hasta que la respectiva resolución quede firme o ejecutoriada.

II.- En cuanto a los recursos de reclamación:

Tercero: Que deduce reclamación la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G., solicitando que se rechacen los acuerdos consultados, toda vez que, según expone, su materialización causará graves perjuicios a la competencia, afectando seriamente al mercado del turismo en nuestro país, las agencias de viajes, los operadores turísticos y los consumidores.



Refiere que es la propia Resolución recurrida la que establece que las alianzas consultadas consisten en acuerdos de precios entre competidores, cuestión que, por lo demás, aparece de su propio texto. Sostiene que si bien la razón anterior es más que suficiente para rechazar los convenios consultados, la situación es aún más grave, porque aquellos no sólo consisten en acuerdos para fijar conjuntamente los precios, sino también para acordar coordinadamente la capacidad, frecuencia, itinerarios de los vuelos y repartirse ingresos, así como sus demás políticas comerciales, al punto que las Partes no pueden desarrollar un producto nuevo sin la autorización previa de su competidor.

Enfatiza que no se trata de cualquier competidor, sino que de las principales líneas aéreas que controlan las rutas que van de Chile a Norteamérica y a Europa. En este contexto sostiene que los acuerdos de precios celebrados por LATAM con sus principales competidores son contrarios al Decreto Ley N° 211, que en su artículo 3°, letra a), describe como conducta anticompetitiva precisamente el contenido de los convenios sometidos a consulta.

Añade que entre Latam y American Airlines controlan el 78% de las rutas que van de Chile a Estados Unidos. Y algo no muy distinto ocurre con Europa, pues entre Latam, Iberia y British Airways controlan más del 64% de esas rutas,



cuestión que permite dimensionar la magnitud de los acuerdos. En efecto, Latam suscribió acuerdos para fijar precios y demás variables competitivas con su principal competidor en la ruta respectiva.

Lo anterior, sostiene, es aún mucho más grave si se considera que se trata de mercados que eran altamente concentrados y que presentan barreras al ingreso de nuevos competidores. Puntualiza que de acuerdo con la "Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración" de la FNE, un mercado, medido según el índice HHI, es altamente concentrado si supera los 2.500 puntos. Pues bien, tratándose de estas rutas, en ambos casos, se superaba dicho umbral y la situación luego de la aprobación de los acuerdos se vuelve insostenible. En efecto, post aprobación de los acuerdos, se producirá un incremento de 2.678 en la ruta Norteamérica, en circunstancias que el TDLC en varias oportunidades ha sostenido que un aumento post-operación superior a los 200 puntos hace presumir que la concentración producirá o facilitará el ejercicio de poder de mercado dañino para la libre competencia. La situación para Europa es igualmente grave, toda vez que post aprobación de los acuerdos tal ruta pasará a tener 5.113 puntos, más del doble de lo tolerable, generándose un incremento de prácticamente 2.000 puntos.



Enfatiza que los altísimos riesgos de estos acuerdos para la libre competencia fueron reconocidos en la Resolución impugnada, la que señaló expresamente que ellos superan los beneficios, incluso en algunos casos, hasta dos o tres veces. Además, señala, no hay evidencia alguna de que las posibles eficiencias se traspasen a los consumidores. Sin embargo, aun así el TDLC decidió aprobar los acuerdos, estimando erradamente que dichos riesgos podrían mitigarse con medidas.

Agrega que los antecedentes aportados al proceso demuestran que las medidas decretadas son ineficaces. En este aspecto, sostiene que no existen medidas de mitigación que puedan contrarrestar el poder de mercado que los acuerdos darán a las Partes. Sostiene que la evidencia empírica ratifica lo anterior, pues se ha demostrado que los acuerdos aprobados en otras jurisdicciones resultaron en mayores precios, cuestión que no pudo ser prevenido por las medidas de mitigación adoptadas.

En este sentido, las medidas decretadas son ineficaces, inaplicables al mercado chileno, sin que eviten los "riesgos coordinados", -cuyo análisis fue completamente omitido en la Resolución N° 54 que, erradamente, sostiene que los intervinientes no los identificaron, en circunstancias que se está en presencia de un acuerdo de coordinación entre competidores. Por lo demás, sostiene,



las medidas decretadas son imposibles de fiscalizar y fácilmente eludibles por las líneas aéreas.

Refiere que los informes económicos demuestran que no existen medidas de mitigación que permitan reducir los efectos anticompetitivos de los acuerdos. La experiencia internacional demuestra empíricamente que las medidas de mitigación son ineficaces para controlar los efectos anticompetitivos de los acuerdos.

Además, sostiene, las medidas se enfocan casi exclusivamente en las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid, omitiendo todas las demás, soslayando que se está en presencia de una industria de redes, de modo que los acuerdos van a generar barreras y efectos anticompetitivos que se extenderán mucho más allá dichas rutas, las cuales quedan así completamente desprotegidas.

De hecho, añade, el único caso que en el que existe una red algo semejante a la de estos autos es el del acuerdo que Qantas y American Airlines pretendían celebrar para la ruta entre Estados Unidos y Australia/Nueva Zelanda, respecto del cual la autoridad norteamericana manifestó su rechazo, observando que no existía medida mitigatoria que corrigiera el problema competitivo envuelto. La autoridad observó que Qantas era la aerolínea con mayor participación de mercado (tenía un 53% del mercado doméstico y un 54% de la ruta Australia - Estados



Unidos) y que American Airlines era probablemente el único operador que podía competirle. Lo mismo, esgrime, es válido para Chile y América del Sur: American Airlines, Iberia y British Airways estaban llamadas a desafiar a Latam, no a unirse a ella, para así beneficiar al mercado y los consumidores con más competencia.

Por otra parte, explica que las medidas se inspiran en la jurisprudencia generada por autoridades extranjeras para mercados completamente distintos al chileno, las que son totalmente inaplicables a nuestra realidad. Enfatiza que en ninguna jurisdicción en el mundo se han aprobado acuerdos para ser aplicados en mercados que tengan una realidad competitiva asimilable a la chilena.

Sostiene que las medidas son imposibles de fiscalizar y fáciles de eludir, por cuanto estamos ante una industria sumamente compleja y dinámica, donde por cada vuelo las líneas aéreas ofrecen cerca de 18 tarifas distintas, las que a su vez cambian permanentemente, donde toda la información es controlada exclusivamente por aquellas. Así, existe una cantidad prácticamente infinita de precios por viaje, los que no son fácilmente observables ni menos rastreables.

A continuación realiza un análisis de las medidas de mitigación dispuestas en la Resolución N° 54/2018, con el objetivo de demostrar su ineficacia:



a) Primera Medida: la fórmula de reparto de ingresos es incapaz de impedir o servir de contrapeso a los riesgos detectados. Por ejemplo, si las Líneas Aéreas se ven desafiadas en la ruta Brasil-Estados Unidos, podrían responder agresivamente en ese mercado con precios bajo costo y compensar las pérdidas subiendo los precios en la ruta Chile-Estados Unidos. Si bien la medida en comento intenta dificultar este tipo de estrategia, no puede impedirla, pues las Partes pueden aprovechar su permiso para coordinar capacidades, precios e itinerarios (respecto de los cuales la Resolución N° 54 no les impuso limitación alguna) para ejecutarla exitosamente.

Además, es una medida fácil de eludir, pues si las Partes quisieran acomodar la distribución de ingresos de una forma diferente a la ordenada por el Tribunal, tienen varios otros mecanismos a su disposición. Por ejemplo, podrían simplemente aprovechar los múltiples contratos por servicios que se prestan entre sí, respecto de los cuales el TDLC no se pronuncia y que están libres de fiscalización.

b) Segunda Medida: Imponer una capacidad mínima de pasajeros para dos rutas no garantiza en lo absoluto que las líneas aéreas no vayan a incurrir en abusos, tales como alzas unilaterales de precios, en deterioro de la calidad del servicio o excluir a su potencial competencia.



Además, esta medida tiene una aplicación absolutamente restringida y precaria, pues quedaría sin efecto automáticamente por el sólo hecho de que ingrese un operador a volar en las rutas Santiago-Miami o Santiago-Madrid. No se define qué requisitos debe cumplir la entrada de un operador a esas rutas para cancelar su aplicación, por lo que podría erróneamente interpretarse que el ingreso de cualquier actor, por pequeño que sea, autorizaría a las Partes para eludir su cumplimiento. Incluso más, aun cuando un operador lograra mantenerse presente, ello jamás podría significar que su presencia le imponga presión competitiva alguna a las Líneas Aéreas.

La Resolución permite a las Partes eximirse de cumplir esta medida en caso de ocurrir un evento de "fuerza mayor", sin definir qué se entiende por este concepto.

C) Tercera Medida: Aumento de capacidad de pasajeros en vuelos a Europa y EEUU/Canadá: se trata de un aumento anual para ambos mercados de aproximadamente un 6,5% por los próximos tres años, lo cual es poco en relación al vertiginoso crecimiento del mercado.

Además, esta medida es tan ineficaz como la anterior, replicando el análisis a su respecto, agregando que llama la atención que para la ruta hacia Europa, la medida dispuesta es incluso menos exigente que lo propuesto por las propias aerolíneas. En efecto, éstas ofrecieron un



crecimiento en 3 años de un 24,4% respecto de lo ofertado el 2016, mientras que esta medida les impone un crecimiento de apenas un 20% en comparación a lo ofertado el 2018.

Manifiesta, además, que esta medida también acarrea el riesgo de producir el efecto contrario al perseguido, pues el aumento de capacidad puede operar como un desincentivo a la entrada de nuevos competidores y consolidar el altísimo poder de mercado que alcanzarán las Partes. Esta contradicción demuestra lo difícil que es diseñar e implementar medidas de mitigación eficaces en una industria tan compleja como la aeronáutica.

d) Cuarta Medida: el límite a precios implícitos negativos es una medida absolutamente imposible de fiscalizar. Además, resulta incierto determinar qué precios son los que servirán para aplicar este remedio.

Incluso si se pudiera monitorear de manera efectiva esta prohibición, el hecho es que al estar restringida a las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid, se trata de una medida fácilmente eludible por las líneas aéreas. Por ejemplo, en principio esta medida supuestamente les impediría cobrar precios implícitos negativos en el tramo Santiago-Miami-Chicago. Sin embargo, para eludir esta prohibición, a las Partes les bastaría simplemente con reemplazar Miami por otra ciudad donde tengan un hub, como Lima, ofreciendo un vuelo Santiago-Lima-Chicago. Lo mismo



ocurriría con las rutas hacia Europa, donde podrían reemplazar un Santiago-Madrid-Paris por un Santiago-Sao Paulo-Paris. Así, la medida carece de toda relevancia.

e) Quinta Medida: referida a los acuerdos de programas de pasajero frecuente, constituye una medida completamente inútil, puesto que las únicas beneficiadas con esta medida serán las Partes suscriptoras de los acuerdos, porque ésta aumenta el impacto de sus propios PPF, potencia su poder de mercado y fortalece al programa como barrera a la entrada.

Además, la medida está condicionada a que el entrante no pertenezca a alguna de las grandes alianzas. Luego, se trata de un remedio totalmente ineficaz, pues su aplicación se restringe meramente a operadores menores, los que por definición serían incapaces de disciplinar a LATAM, American Airlines, Iberia y British Airways.

Por otro lado, la medida sólo es aplicable ante la entrada de operadores a las rutas Santiago-Miami y Santiago-Madrid. Luego, si este remedio llega a tener aplicación, eso significa que las medidas Segunda y Tercera quedarían inmediatamente sin efecto.

f) Sexta Medida: referida a acuerdos de combinación de tarifas, nace sin aplicación, toda vez que actualmente no existen otras aerolíneas que cubran esas rutas.

Por lo demás, sostiene, aunque ingresen futuros entrantes, lo cierto es que ese competidor jamás podría



alcanzar economías de escala suficientes como para disciplinar a las Partes, las que hoy monopolizan la ruta. Añade que el alcance es absolutamente restringido, pues no tendría aplicación los días en que este nuevo competidor tenga vuelos propios.

Por último, esta medida también es fácil de eludir. En efecto, si bien la medida indica que la combinación de tarifas se deberá ofrecer "sobre la base de las tarifas publicadas por las Partes", se ha demostrado que la información de precios de las líneas aéreas es sumamente dinámica y compleja, siendo imposible de rastrear y monitorear.

G) Séptima Medida: Acuerdos de prorrato especial, quedará sujeto al poder negociador de las líneas aéreas, si no existe un acuerdo previo interlínea. Reitera que la información de precios en esta industria es sumamente dinámica y compleja, por lo que este contrapeso termina siendo imposible de monitorear.

Por último, la medida en sí misma es de aplicación acotada y restringida, pues el nuevo entrante sólo podría seleccionar un número limitado de rutas behind & beyond.

H) Octava Medida: referida al nombramiento de Consultor, es una propuesta totalmente ineficaz y materialmente imposible de ejecutar, porque ningún tercero puede contar con las herramientas necesarias para



fiscalizar las medidas de mitigación impuestas en la Resolución, especialmente en un mercado tan complejo como éste.

I) Novena Medida: Plazo de aprobación y obligación de consulta: se fija un plazo excesivo y nocivo para la libre competencia, pues permitirá a las Partes perpetuar el poder de mercado que los acuerdos les van a conferir.

Luego del referido análisis, destaca que no existen precedentes internacionales que justifiquen aprobar los acuerdos; en Uruguay, la autoridad competente aprobó la operación pero únicamente bajo la modalidad de un Acuerdo de Código Compartido, no como JBA ni menos como acuerdo de precios.

En tanto, en los países donde se han aprobado los acuerdos consultados tiene realidades completamente distintas a la chilena: Brasil y Colombia, por lo que los mercados no guardan ninguna relación con la realidad chilena, de modo que tales autorizaciones jamás podrían servir de fundamento para el caso de autos.

Cuarto: Que, además, interpone reclamación Hernán Passalacqua García de la Huerta, sosteniendo que los acuerdos consultados son anticompetitivos, pues permitirán a las partes de aquellos dejar de competir, para coordinar conjuntamente las variables competitivas más sensibles. Lo anterior lo reconoce el TDLC, situación que es mucho más



grave de lo constatado toda vez que los acuerdos también permitirán a las Aerolíneas: (i) hacer reuniones periódicas entre sus CEO para revisar el desempeño de sus operaciones; (ii) monitorear el desempeño de cada línea aérea e intercambiar todo tipo de información comercial necesaria para tales efectos; y (iii) alinear sus políticas comerciales, debiendo consultarse previamente para desarrollar productos nuevos.

Sostiene que el TDLC autoriza estos acuerdos, a pesar de reconocer que las Partes tienen altas participaciones de mercado, que éste es sumamente concentrado y que hay importantes barreras a la entrada, las que impiden el ingreso de nuevos actores. También concluye que estos acuerdos presentan más riesgos que beneficios.

Los principales riesgos reconocidos por el tribunal son principalmente el aumento de precios a los consumidores y la exclusión de competidores. Además, deben sumarse los "riesgos coordinados" de los acuerdos, los cuales son inherentes a este tipo de convenios, omitidos en el análisis, a pesar que son los más dañinos para la libre competencia.

A pesar de todo lo expuesto el Tribunal resolvió aprobar los acuerdos, sujetándolos a ciertas medidas, que son totalmente inútiles y bajo ninguna circunstancia



lograrían impedir los efectos anticompetitivos que provocarían los acuerdos.

En el caso de autos, ninguna de las medidas de mitigación dispuestas en la Resolución cumple con los requisitos mínimos asentados en la jurisprudencia del tribunal, por lo que jamás podrían servir de base o fundamento para justificar la aprobación de acuerdos.

A continuación, realiza un análisis particular de las medidas de mitigación, comenzando con el análisis de aquellas basadas en las propuestas por las partes del acuerdo y prosigue con las dispuestas con el tribunal (fórmula de reparto de ingresos en los JBA consultados y límites a precios implícitos negativos), análisis que, en lo medular, es similar al expuesto en la reclamación de la consultante Achet.

Culmina sosteniendo que no existen otras medidas capaces de mitigar los efectos anticompetitivos de los acuerdos, atendida la complejidad de la industria, la existencia de mercados altamente concentrados y con enormes barreras a la entrada, donde los acuerdos beneficiarían a las empresas que llevan años siendo líderes de esta industria, cuestión que fue demostrada en el Informe FK Consultores.

Quinto: Que, además, deduce reclamación la FNE, quien refiere que la materialización de los Acuerdos se traducirá



en una reducción de la competencia en los mercados de transporte de pasajeros afectados, principalmente para las rutas sin escala Santiago-Miami y Santiago-Madrid, toda vez que las Partes dejarán de competir, sin que se divise que potenciales competidores en estos mercados vayan a ingresar de manera probable, oportuna y suficiente.

Explica que en el año 2017 LATAM y American concentraron el 100% de la oferta de vuelos sin escala en la ruta Santiago-Miami y, por otro lado, LATAM e IAG concentraron el 100% de la oferta de vuelos sin escala para la ruta Santiago-Madrid. Refiere que lo anterior es relevante, toda vez que, además de constituir los principales destinos desde Chile a Europa y Norteamérica respectivamente, estas rutas son importantes puertas de acceso a dichos mercados, pues a través de estas rutas se trasladan pasajeros no sólo punto a punto, sino que, además, en conexión, circunstancia que le otorga mayor relevancia a su monopolización.

Sostiene que la medición de riesgos de un acuerdo entre competidores, naturaleza que revisten los acuerdos consultados, debe ser especialmente cuidadosa. Así, tal como señala el TDLC, la cuestión radica en establecer si un acuerdo produce o facilita comportamientos colusivos, de modo de establecer la aplicación de la regla establecida en la letra a) del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, o bien



si el estándar aplicable es uno que permita a la Partes mostrar sus efectos en el mercado y probar que los mismos son, en balance, procompetitivos.

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

En el caso concreto los acuerdos suponen grandes riesgos para la competencia que no se ven compensados por las eficiencias estimadas. En específico, el TDLC ha detectado dos riesgos provocados por los Acuerdos: a) exclusorio en relación al uso estratégico de los hubs, y b) unilateral de aumento en precios en las Rutas Monopolizadas.

El TDLC reconoció en su análisis de concentración, que hay otras rutas, aparte de las monopolizadas, donde existe traslape y una concentración importante, las que, sin embargo, no fueron consideradas en el balance de riesgos y eficiencias. Si bien en dichas rutas no existe superposición entre vuelos sin escala de las Partes -lo que hace que la competencia de otros vuelos en conexión sea más



cercana- no es posible descartar per se riesgos en dichas rutas sin antes realizar un análisis más profundo de esos mercados. En este sentido, agrega, es importante tomar en consideración, las rutas Santiago-Londres y Santiago-Nueva York, toda vez que, en ambas, una de las Partes posee vuelos sin escala mientras la otra se posiciona como el segundo actor en el mercado con una participación conjunta que supera el 70%. Adicionalmente, consta en el aporte de antecedentes de la FNE, que LATAM era considerado por British Airways como un potencial entrante en vuelos sin escalas en la ruta Santiago-Londres.

Añade que en más del 90% de las rutas traslapadas los índices de concentración HHI superan los umbrales establecidos en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de la Fiscalía. En este aspecto, hace presente que el balance realizado por el Tribunal sólo considera dos rutas y omite considerar el resto de las rutas traslapadas con altos índices de concentración, cuestión que permite concluir que el cálculo de los riesgos podría encontrarse subestimado.

En cuanto a las eventuales eficiencias, el TDLC analizó la eliminación de la doble marginalización, las mejoras en calidad, el aumento en tráfico y las sinergias en costos que podrían derivarse de los Acuerdos. Concluyó que la doble marginalización y el aumento del tráfico



serían eficiencias inherentes y verificables de la Operación, por lo que deberían ser incluidas en la cuantificación. No obstante, sobreestimó dichas eficiencias, al asignar un valor a la reducción de tarifas mayor que lo que las estimaciones más correctas indicarían, de acuerdo a los antecedentes económicos del proceso.

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

Por otro lado, la Resolución señala que ciertas eficiencias alegadas por las Partes no cumplirían con los requisitos para considerarlas dentro del análisis. No obstante, de todos modos las consideró a la hora de ponderar los efectos y en el establecimiento de las medidas de mitigación, toda vez que, a su juicio, es esperable que ellas se materialicen en alguna medida y beneficien en algún grado a los consumidores. Este enfoque, sin embargo, es contradictorio con la jurisprudencia previa del Tribunal para el establecimiento de medidas en operaciones de concentración. Dichas eficiencias no cumplen el estándar exigible y, por lo tanto, no deben considerarse en la ponderación.



Prosigue el análisis esgrimiendo la falta de idoneidad de las medidas propuestas. En este aspecto, explica que el TDLC señaló que éstas tenían por finalidad central restaurar, en la mayor medida posible, las condiciones de competencia, cuestión que la recurrente no comparte, toda vez que las medidas de mitigación deben eliminar de forma efectiva el problema detectado, a fin de restablecer la competencia. Así, sostiene, lo relevante es que de la Resolución no se desprende que los riesgos sean completamente mitigados, enfatizando que si las medidas unidas a las eficiencias derivadas de la operación, no permiten compensar adecuadamente los riesgos, lo que corresponde es prohibir la operación. Lo anterior se ve reforzado si se considera que los Acuerdos son de cooperación entre competidores.

Añade que las medidas impuestas son de carácter conductual, las que generalmente son considerados por la doctrina como insuficientes por sí mismos para remediar riesgos horizontales de alzas de precios, siendo altamente probable que las medidas propuestas no logren el objetivo de preservar la situación competitiva.

A continuación realiza la recurrente un examen particular de las medidas propuestas, el que es similar al realizado por los otros dos recurrentes, agregando:



1. Las medidas destinadas a contener el riesgo unilateral de alza en precios presentan un problema estructural de diseño, por cuanto las mismas no garantizan que las Partes no manejen a su arbitrio la cantidad de asientos comercializados, y de esta forma, afecten indirectamente los precios en los mercados. Simplemente se está obligando a las Partes a ofertar a lo menos, la cantidad de asientos que se hayan vendido durante el año 2018 y no a vender efectivamente dicha cantidad, que es lo que debe utilizarse al regular por esta variable.

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

Por otro lado, incluso considerando que estas medidas fueran aptas para mantener la cantidad de asientos vendidos, es difícil que conlleven necesariamente una mantención de los precios previos dado que en estos mercados existe discriminación de precios, esto es, la capacidad de las firmas para diferenciar sus cobros según tipos de pasajeros. Así, la preservación o incluso el aumento de la oferta de asientos podrían no tener efecto



alguno en las tarifas promedio, toda vez que las Partes podrían aumentar sólo la capacidad para aquellos pasajeros con menor disposición a pagar, mientras que podrían cobrar mayores precios a aquellos pasajeros con menos alternativas. En este contexto, sería posible para las Partes cumplir con la medida, utilizando la capacidad adicional exigida en pasajeros que paguen tarifas muy cercanas a su valoración, cuyo excedente sería cercano a cero y, producto del aumento en el poder de mercado, aumentar el precio a los pasajeros más sensibles al tiempo, disminuyendo así el excedente de esos consumidores.

Adicionalmente, debido a la obligación de mantener la proporción de pasajeros en las rutas monopolizadas, es probable que esto actúe como un desincentivo para que las Partes incrementen los asientos en vuelos de conexión. Lo anterior, debido a que cada vez que las firmas decidan aumentar un asiento de un vuelo en conexión, necesariamente tendrán que aumentar los asientos sin escalas para las rutas monopolizadas, circunstancia que podría implicar un costo adicional para las Partes.

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



Además las medidas adolecen de ciertas imprecisiones que le podrían restar efectividad a las medidas impuestas.

i) Término "entrada de un nuevo operador" no queda claro cuál es el sentido que la Resolución le asigna a este término por cuanto no especifica qué relevancia competitiva debe tener para dejar sin efecto la medida.

ii) Tampoco son claras las medidas en orden a definir si la "entrada del nuevo operador" a una ruta directa, implicaría que la medida quedaría sin efecto respecto de dicha ruta directa o si queda sin efecto respecto de ambas rutas.

iii) el concepto de ruta directa empleado, soslaya que lo relevante para la eficacia de las mismas es que se trate de rutas sin escala o non stop. Ello, dado que en la industria aérea generalmente se ha entendido que una ruta directa no necesariamente sería una ruta sin escala.

iv) Finalmente, tampoco es claro si las restricciones impuestas en las medidas se aplican unidireccionalmente, esto es, por ejemplo, sólo Santiago /Madrid, o si por el contrario lo hacen bidireccionalmente

2. Las medidas destinadas a contener el riesgo unilateral de exclusión no son suficientes para mitigar los riesgos detectados, pues tienen baja probabilidad de incentivar la entrada en las rutas, más aún, si consideramos que algunas de ellas serían difíciles de



ejecutar o que incluso otras podrían distorsionar el mercado:

(i) Las medidas de acceso y contratación no serían efectivas para posibilitar la entrada de competidores a los mercados afectados (5°, 6° y 7°), debido a que sólo tendrían validez en la medida que existan competidores que tengan la aptitud para ingresar en las Rutas Monopolizadas, lo cual, como ha quedado acreditado en el proceso de consulta, es poco probable.

(ii) además podrían distorsionar la competencia, siendo difíciles de implementar, en específico, la medida cuarta, que busca evitar una práctica predatoria, podría eventualmente distorsionar la competencia en el mercado aéreo. Ello dado que los vuelos en conexión de baja demanda, que normalmente se venden a un menor precio, podrían venderse a un precio mayor o simplemente dejar de ofertarse luego de materializados los Acuerdos.

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

3. La Medida de designación de un Consultor supone la afectación de una facultad de la FNE, supone la intromisión



en facultades fiscalizadoras propias de la FNE y refleja un mal entendimiento del rol de los consultores en esta sede, junto con presentar una serie de falencias de diseño que le restan eficacia a la labor fiscalizadora de la misma.

La labor de fiscalizar el cumplimiento de medidas de mitigación impuestas por el TDLC en sus resoluciones, corresponde una facultad que le concierne al Fiscal Nacional Económico y no a terceros, incluso cuando su designación dependa de este Servicio. Así, las cláusulas que impongan medidas de consultorías a terceros deben constituirse sobre la base de ser una colaboración a la labor de fiscalización que tiene la FNE, pero en ningún caso pueden implicar la sustitución de las mismas.

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

Sexto: Que, finalmente, deduce reclamación CONADECUS, señalando que en el presente caso, los riesgos anticompetitivos detectados no permiten establecer como suficientes las medidas de mitigación fijadas para efectos de compensar aquellos de manera adecuada y razonable. De



hecho, sostiene, no se detecta medida de mitigación alguna que permita aprobar las operaciones de concentración que han sido consultadas en este expediente, de modo tal que irremediablemente procede que éstas sean rechazadas.

En efecto, explica, a lo largo del proceso, el TDLC pudo conocer los problemas que afectan al mercado aéreo en general y respecto de las rutas directamente afectadas, dificultades que son de larga data y que se ven agravados por la existencia de JBA como los consultados en autos.

Agrega, que el Tribunal señala los principales riesgos para el transporte aéreo de pasajeros, producto de los acuerdos de cooperación que dieron origen a la Consulta: i) Unilaterales explotativos; ii) Unilaterales exclusorios; iii) de coordinación. Si bien las partes interesadas invocan ciertas eficiencias, resulta evidente que los contactos entre dichas empresas, imposibles de evitar por cualquier medida que se intente imponer, harán altamente probable que entre ellas realicen comportamientos coordinados e intercambien información sensible.

Aún más, en el mismo contexto, las partes de los JBA, por su tamaño, participación de mercado y posición financiera, tendrían todos los incentivos para mantener de manera conjunta guerras de precios con sus competidores, soportando pérdidas hasta sacarlos del mercado.



Como se puede observar, sostiene, los mismos riesgos que el Tribunal ha señalado en su Resolución como inherentes a los JBA consultados, demuestran que las medidas finalmente decretadas, además de ser imposibles de fiscalizar eficientemente y fáciles de vulnerar por las líneas aéreas, son por completo insuficientes para mitigar dichos riesgos.

Agrega que los riesgos como los señalados por la resolución impugnada producirán -en definitiva- el efecto de desincentivar tanto la competencia de líneas aéreas con destino u origen en Chile, como el viaje de extranjeros hacia nuestro país, lo que no sólo producirá perniciosos efectos contra los consumidores, sino también contra el turismo y el comercio nacional en general, razón por la que los JBA objeto de la consulta debieran ser prohibidos.

Séptimo: Que, para el adecuado análisis de las reclamaciones interpuestas, se hace imprescindible establecer el marco jurídico que rige el presente procedimiento, como también el concerniente al ejercicio de las atribuciones o potestades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En esta labor es menester reproducir algunas disposiciones del Decreto Ley N° 211:

El artículo 5° señala: *"El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva,*



correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia”.

A su turno, el artículo indica: *“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...) 2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.*

Finalmente, el artículo 31 establece el procedimiento aplicable y el régimen recursivo, disponiendo en su inciso final: *“Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que*



hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1".

Octavo: Que el tenor de las normas transcritas en el considerando anterior deja en evidencia que el procedimiento en el cual se desarrolla la consulta es de naturaleza jurídica no contenciosa, puesto que no cuenta con las características y principios que informan aquél previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del Decreto Ley N° 211. La doctrina es pacífica en señalar que en un procedimiento de carácter no contencioso el órgano público conoce de materias en que se parte del supuesto de la falta de controversia jurídica, sin que exista propiamente una acción, proceso y partes, sino que un requirente o interesado y órgano requerido.

Noveno: Que, además, cabe precisar cuáles son las facultades que ha ejercido el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el presente caso. Desde luego no hay duda de que el Tribunal referido, a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, se encuentra facultado para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de una operación específica. Ello ocurre entonces en ejercicio de la denominada potestad consultiva-preventiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver consultas



conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopólico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia. La potestad consultiva busca *“prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico”* (Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, página 612) o subsanar el daño que pueda causar la operación sujeta a aprobación (Paulo Montt, Nicole Nehme, “Libre Competencia y retail un análisis crítico” página 315).

Décimo: Que, asentado lo anterior, como lo ha señalado antes esta Corte, resulta indudable que el Decreto Ley N°



211 presenta una finalidad de carácter económico, entre cuyos objetivos se encuentra la tutela, reglamentación y resguardo de la libre competencia, que forma parte del orden público económico, que ha sido desarrollado en la Constitución, generando un marco regulatorio respecto de la actividad del Estado y de los particulares de protección de las garantías individuales (Vid. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Segunda Parte Sección Quinta, Tomo LXXXIII, fallo 10 de marzo de 1983, pág 57, Corte Suprema, considerando 17).

Diferentes normas constitucionales desarrollan lo que se ha denominado la "Constitución Económica", que busca precisar y resguardar a las personas su derecho a planificar, desarrollar y ejecutar sus proyectos de vida personal y de realización material, para concretar y llevar adelante su capacidad de emprendimiento. Los artículos 1°, 3°, 8°, 19 N° 2, 21, 22, 23, 24, 25 y 26; 20, 21, 38 y 108 de la Constitución Política de la República dan origen a un abanico de disposiciones en que las personas encuentran seguridad en los enunciados anteriores.

En el campo del derecho económico se estructuraron las nociones de orden público económico, libre competencia y competencia desleal, en que se asocia la libre competencia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, por consignar el derecho a desarrollar cualquier actividad



económica lícita, al cual se unen la reserva legal en materia de regulación económica, igualdad ante la ley, ante la justicia y ante las cargas tributarias, proscribiendo cualquier discriminación, que comprende la de igualdad de trato económico que debe entregar el Estado y sus órganos, la libre apropiación de los bienes, la consagración del derecho de propiedad en las distintas especies que contempla la Constitución y ciertamente la garantía de las garantías, esto es, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Conjuntamente con lo anterior debe considerarse la estructura económica basada en la autoridad reguladora del Banco Central, para luego desarrollar toda una institucionalidad en materia de orden público económico, que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte es un conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución o "la recta disposición de los diferentes elementos sociales que integran la comunidad -públicos y privados -en su dimensión



económica, de la manera que la colectividad estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre" (Víctor Avilés Hernández, "Orden Público Económico y Derecho Penal", Editorial Jurídica Conosur Ltda., Stgo. 1998, p 218).

Undécimo: Que, conforme a lo expuesto, resulta que el derecho de la competencia tiene como objetivo primordial neutralizar posiciones de poder de mercado de los agentes económicos y, en tal sentido, forma parte de la constitución económica de un orden basado en que la libertad es un medio a través del cual se consolida el bienestar de la Nación.

La garantía consagrada en el artículo 19 N° 21 -a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa- es de contenido vasto, puesto que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el Constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto. Respecto de ésta garantía se ha dicho que "si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de



respetar las normas que regulan la respectiva actividad (...) la obligación de no atentar en contra de la garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúan en el ámbito de la economía nacional. Una persona, natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleva al cierre o a la quiebra. Pero es contraria a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país". (Enrique Evans de la Cuadra, "Los Derechos Constitucionales" Tomo II, pág. 318).

Es así como el derecho a desarrollar cualquier tipo de actividad económica, consagrado constitucionalmente, tiene límites, que se establecen en el mismo precepto constitucional, esto es, la moral, el orden público o la seguridad nacional.

Lo anterior es trascendente, toda vez que la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, que tiene distintas funciones



respecto de la garantía en estudio, puesto que por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado; sin embargo, desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, ya que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir no sólo del Estado, sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer un poder en el mercado, violentando así no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelve, sino que afectando los intereses de los consumidores, lo que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación.

Así, el sistema jurídico establecido en nuestro país corresponde a los aspectos orgánicos y substanciales destinados a resguardar el mercado, propender a la sana competencia entre quienes desarrollan actividades económicas, permitiendo de esta forma que se conjuguen diferentes leyes del mercado, entre ellas la libre iniciativa en materia económica, en que el precio de los bienes y servicios queda fijado por la ley de la oferta y la demanda, con lo cual la sociedad pueda obtener equilibrio entre la mejor calidad y menores precios posibles de los bienes y servicios transables



comercialmente, con la justa ganancia de los actores del mercado. Es por ello que el Derecho de la Competencia se ha definido como "el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado, en aras del interés público" (Robert Merkin, citado por Alfonso Miranda Londoño y Juan Gutiérrez Rodríguez, "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia", Revista de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia). Es así como "el derecho de la competencia prohíbe la realización de prácticas restrictivas de la competencia, la adquisición de una posición de dominio en el mercado a través de la realización de dichas prácticas y el abuso de la posición dominante" (obra citada).

Duodécimo: Que, en concordancia con lo expuesto, puede indicarse: "El legislador al establecer un procedimiento de jurisdicción voluntaria lo hace exactamente para garantizar la protección de un derecho socialmente relevante. Es el juez u otro órgano o sujeto que actúa preventivamente y para dar certeza y así proteger el bien o el derecho que, en la ausencia de la participación de la jurisdicción, quedaría entregado a la voluntad de los particulares". En resumen, en el Estado Constitucional, el Juez tiene el deber de dar protección a los derechos "especialmente a los



fundamentales y a los de mayor relevancia social”(...) “el magistrado, en la jurisdicción voluntaria es llamado incuestionablemente para dar protección a los derechos” (“Fundamentos del proceso civil, Hacia una teoría de la adjudicación, Luis Guilherme Marinoni, Alvaro Pérez Ragone, Raúl Núñez Ojeda, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, primera edición, año 2010 pág. 138-139).

Décimo tercero: Que, finalmente, se debe precisar que esta Corte ha señalado que a través del artículo 18 número 2) del Decreto Ley N° 211, el legislador otorgó al Tribunal la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención, que presenten para su conocimiento quienes se proponen ejecutarlo o celebrarlo o como en el presente caso, un tercero con interés legítimo, pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o tender a producir dichos efectos. Tal labor preventiva tiene por objeto entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del citado Decreto Ley N° 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos que voluntariamente lo consulten, respecto de la compatibilidad entre los efectos, actuales o potenciales, de dicho hecho, acto o convención, y la libre competencia en uno o más mercados en particular y, por lo tanto, respecto de su juridicidad.



Décimo cuarto: Que, comenzando con el análisis específico de las reclamaciones, se debe precisar, que lo hasta ahora expuesto determina que todas aquellas materias vinculadas al eventual incumplimiento de la Resolución N° 37/2011, que aprobó la fusión LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A., específicamente a la Condición VII.3, que imponía a LATAM la obligación de someter a conocimiento del Tribunal, en forma previa a su suscripción y por vía de consulta, en los términos del artículo 18 N° 2 del DL 211, los actos jurídicos a través de los cuales establezcan o modifiquen acuerdos de código compartido con una o más aerolíneas, cualquiera que sea la alianza a la que ésta pertenezca, respecto de rutas nacionales y de aquellas rutas referidas en el numeral VII.1 que corresponden a Norteamérica y Europa, no puede ser objeto de análisis en los presentes autos, toda vez que aquello encierra una denuncia que debió ser encausada a través de la vía contenciosa correspondiente, que no es otra que el procedimiento contencioso que se debe incoar ante el TDLC. Sí bien, esta materia no ha sido parte de las reclamaciones, atendido los términos de la consulta y el nulo pronunciamiento de la sentencia impugnada al respecto, esta Corte considera relevante esclarecer las razones por las que, en definitiva, no se analiza una materia que fue esgrimida por Achet.



Ahora bien, lo expuesto no es óbice para analizar si los acuerdos consultados se ajustan a las normas de la libre competencia, toda vez que el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley N° 211 expresamente habilita a conocer si determinados hechos o acuerdos son contrarios a la libre competencia, materia que puede ser puesta en conocimiento del TDLC, como se ha visto, a través de una solicitud presentada por terceros que tengan interés legítimo en el acto o contrato distinto de una operación de concentración, cuestión que ha acaecido en la especie.

Décimo quinto: Que, prosiguiendo el análisis, se debe destacar que los acuerdos consultados, según lo han señalado los intervinientes y lo ha constatado el TDLC, constituyen un tipo específico de *joint venture*, figura esta última que ha sido conceptualizado como "una asociación estratégica temporal (de corto, mediano o largo plazo) de organización, una agrupación o alianza de personas o grupos de empresas que mantienen su individualidad e independencia jurídica pero que actúan unidas bajo una misma dirección y normas, para llevar adelante una operación comercial determinada, donde se distribuyen las inversiones, el control, responsabilidades, personal, riesgos, gastos y beneficios. Se traduce como un negocio conjunto, una inversión conjunta o una "colaboración empresarial", esto es, la cooperación entre



diferentes unidades económicas.". ("Joint Venture o Contrato de Colaboración Empresarial", Ricardo Donoso M, Revista Digital Nuevo Derecho: Creare Scienti a in Ius, Abril de 2014, p. 3).

Además, se ha señalado que: "la idea principal del joint venture, independientemente se la denominación que se le dé (empresa mixta, sociedad mixta, empresa conjunta u otras), es el que varias empresas deciden aunar esfuerzos con el fin de complementarse, aún perdiendo cierta autonomía, con miras a conseguir objetivos que de forma individual les resultaría mucho más difícil de alcanzar, sino, imposible" (Ortega Giménez, Alfonso, "El contrato de joint venture internacional", Instituto Español de Comercio exterior, Madrid, 2006, p. 8.)

La característica esencial de este tipo de acuerdos es que cada una de las unidades empresariales mantiene su identidad de forma independiente, cuestión que permite diferenciarla de la fusión, en que se produce una unión de las empresas, que da origen a una unidad o persona jurídica nueva, desapareciendo aquellas que originalmente pactan el acuerdo.

Ricardo Donoso, en la obra antes citada, explica: "En una empresa conjunta, los socios suelen seguir operando sus negocios o empresas de manera independiente. La empresa conjunta supone un negocio más, esta vez con un socio,



cuyos beneficios o pérdidas reportarán en la cuenta de resultados de cada uno en función de la forma jurídica con la que se haya estructurado la propia empresa conjunta, buscando a través del principio de sinergia generar una integración de sistemas que conforman un nuevo objeto, intentando expandir sus aristas de negocios". Así, lo relevante en los joint venture es que existen unidades económicas nacionales o extranjeras que se comprometen a llevar a cabo un negocio conjunto, operando el joint venture como un acuerdo marco para la realización de este negocio.

Décimo sexto: Que, específicamente, los acuerdos en estudio tienen la naturaleza de un joint venture de alianzas estratégicas, que se caracteriza porque no es necesario que las partes realicen aportes económicos, sino que es la suma de características de cada miembro del acuerdo las que se ponen al servicio del fin común definido en el acuerdo de que se trate.

Además son acuerdos de tipo horizontal, toda vez que se pacta entre empresas competidoras, que a través de estos acuerdos estratégicos buscan llevar a cabo en conjunto un negocio que, previamente, era desarrollado por cada una de manera independiente. Es así como la suscripción de acuerdos de este tipo, desde el punto de vista mercantil, se fundan en la eficiencia que se produce a través de la



operación conjunta, que les permite, por ejemplo, abarcar nuevos mercados, ahorro de costos de operación, publicidad o marketing, generar economías a escalas o aumentar su poder de mercado. Este último aspecto es crucial en el análisis de libre competencia, toda vez que el eventual aumento del poder de mercado debe ser analizado en relación al mercado relevante específico, pues tal examen permitirá establecer si la operación genera riesgos relevantes para la competencia, en tanto, facilita la concreción de prácticas anticompetitivas.

Finalmente, se debe puntualizar que los acuerdos consultados, corresponden a un joint venture agreement, que es un acuerdo base, en que se establecen las cláusulas esenciales sobre cuya base operará el acuerdo, definiendo los términos específicos de la alianza estratégica.

Décimo séptimo: Que esta Corte ha señalado, a propósito del control de operaciones de concentración, que éste se funda en que éstas crean una nueva entidad que puede tener mayor poder de mercado que el que tenían individualmente las empresas antes de integrarse, disminuyendo el número de competidores, facilitando prácticas colusivas o abusos de posición dominante y, en el caso de la integración vertical, modificando las relaciones económicas entre los distintos actores, con el posible efecto de que se extienda el poder de mercado de una de



estas empresas al mercado en que participa la otra con la cual se integra. Es así que el control de las concentraciones, se funda en el mayor poder de mercado adquirido por la entidad resultante. Y si bien, las operaciones consultadas, no constituyen una operación de concentración en sentido estricto, lo cierto es que genera los efectos de aquellas, toda vez que al tratarse de un acuerdo de tipo horizontal, que tiene por objeto la coordinación de las partes, éstas adquieren en el escenario post operación un mayor poder de mercado, que justifica su control.

En las operaciones de concentración, las empresas buscan maximizar beneficios, aumentando la eficiencia, aprovechando eventuales economías de escala o ámbito. Por ello, para cumplir con su atribución preventiva en relación con una determinada operación el Tribunal debe analizar la estructura de los mercados en los que participan los agentes económicos que han sometido los hechos, actos y convenciones correspondientes a su conocimiento. En este aspecto, esta Corte ha precisado que en nuestro ordenamiento jurídico, tal como sucede en el derecho comparado de la competencia, no existe una valoración negativa a priori de la concentración de empresas. Es por eso que en los procedimientos de control de concentración empresarial, junto con realizar un estudio -necesariamente



prospectivo- para concluir si una operación determinada tiene o no la aptitud de provocar, con una significativa probabilidad, efectos anticompetitivos, considerará también aquellos elementos y factores que puedan contrapesar el poder económico que dicha operación de concentración pueda generar o incrementar. Tal análisis es el mismo que se debe realizar en estos autos y que, en términos simples, implica determinar el mercado relevante, para establecer su grado de concentración y analizar las posibles barreras a la entrada de competidores, para luego establecer los riesgos y las eficiencias. Si estas últimas son mayores a los riesgos, no existirá problema para aprobar pura y simplemente la operación. En cambio, si los riesgos son mayores a las eficiencias, se debe determinar si existen medidas o condiciones que permitan contrarrestar los riesgos. En caso que efectivamente se puedan establecer condiciones que permitan compensar los riesgos, se aprueba el acuerdo, sometiéndolo a condiciones. Si no se logra establecer que las medidas son suficientes para mitigar los riesgos, entonces la operación debe ser rechazada.

Lo expuesto, como se anunció, es pertinente, en cuanto permite entender el análisis de los joint venture, naturaleza que tienen los acuerdos consultados, toda vez que su concreción tiene efectos similares a las operaciones de concentración. Empero, tal como lo reconoció el



tribunal, en el examen se debe tener presente que los riesgos anticompetitivos generados por este tipo de acuerdos son aún más intensos, puesto que quienes los suscriben son competidores que siguen teniendo tal calidad con posterioridad a la implementación de aquellos. Es por tal razón que la premisa básica asentada por el tribunal debe ser estrictamente respetada, en tanto señaló de forma categórica que son las partes quienes deben acreditar que los acuerdos son pro competitivos, tal como lo aseveraron a lo largo del procedimiento.

Es así como el TDLC señaló, en el fundamento 16.-, que se debe establecer si los beneficios asociados a los acuerdos son superiores a los riesgos, análisis estructural similar al realizado en virtud de un control de concentraciones, en el que se debe ser particularmente cuidadoso, en atención a la compleja naturaleza de los acuerdos consultados y a su especial potencial dañino asentado por el tribunal, puesto que se trata de acuerdos en que las partes podrán: a) Fijar conjuntamente los precios; b) Desarrollar en conjunto metodologías de asignación de precios; c) Publicar de manera coordinada las ofertas de vuelos; d) Coordinar la capacidad los itinerarios de los vuelos; e) Repartir los ingresos obtenidos; f) Mantener reuniones periódicas entre sus



gerentes generales; y g) Monitorear el desempeño de cada línea aérea.

Décimo octavo: Que, tal como lo ha señalado el TDLC, la industria del transporte aéreo es una industria de redes, que permite transportar a un pasajero de una ciudad de origen a otra que constituye el destino. Es en el desarrollo de esta industria que las aerolíneas operan con un modelo hub and spoke, que les permite concentrar pasajeros en el aeropuerto que funciona como hub, en que se abordan vuelos de conexión en dirección a variados destinos. Esto les permite a las aerolíneas aprovechar las economías de densidad y de ámbito generadas por las redes, pues el costo del transporte es más bajo que transportar de forma directa al pasajero sin contar con un aeropuerto que funcione como hub, concentrando pasajeros en conexión.

Lo anterior ha fomentado que las aerolíneas suscriban distintos acuerdos que han determinado la existencia de tres alianzas mundiales: Oneworld, Star Alliance y Sky Team. Además, los miembros de la misma alianza, actualmente tienen vigentes distintos acuerdos de colaboración. En efecto, según lo constata el TDLC, existen en la industria acuerdos de distinta intensidad de colaboración: a) acuerdos interlínea, que consisten en la compra de asientos por parte de una aerolínea en el vuelo de otra para ofrecerlo a sus clientes; b) acuerdos de código compartidos



las aerolíneas comercializan como propio, bajo un código distinto, el vuelo de otra, a cambio de un pago por asiento vendido menor que en el caso de un acuerdo interlínea; c) acuerdos de coordinación directa que pueden comprender decisiones conjuntas con respecto a precios, rutas, horarios o infraestructura; d) Joint Ventures con Neutralidad Metal, que además de incluir coordinación de variables competitivas, incorporan la distribución común de ingresos o utilidades entre aerolíneas. Los acuerdos descritos en las letras a), b) y c), suelen además vincularse con acuerdos de programa de pasajero frecuente ("PPF") y acceso a salones.

Pues bien, los acuerdos consultados se encuentran en el nivel más alto de cooperación, pues tienen por objeto permitir a las partes coordinar las variables económicas más sensibles, esto es, precios, capacidad e itinerarios de sus vuelos, además, repartirán entre sí los ingresos obtenidos, siendo éste el eje central de aquellos, toda vez que es a través de este reparto de ingresos y utilidades, que alinean sus incentivos. Es así como la característica de neutralidad-metal, que determina que es indiferente la empresa aérea que realiza materialmente el transporte, se encuentra íntimamente vinculada al reparto común de ingresos, permitiendo distinguirlos de otros acuerdos comunes en el mercado aéreo.



Ahora bien, adecuadamente, el TDLC ha señalado que si bien el análisis es similar al de las concentraciones, en el caso de los joint venture, por su naturaleza, el examen debe ser mucho más riguroso. Lo anterior es evidente, pues en las operaciones de concentración, realizado el proceso, resulta una nueva entidad que tendrá un poder de mercado superior al que tenía cada una de las firmas previo a la operación. De sí surge el peligro. En cambio, en los acuerdos consultados, el peligro no sólo se vincula con el mayor poder de mercado que pueden obtener las empresas a través de la operación coordinada, sino que, además, los peligros están vinculados al traspaso de información, más allá del ámbito propio de los acuerdos, pues no se puede olvidar que son y seguirán siendo, teóricamente, competidores, todo lo cual impone una supervisión y ponderación más intensa.

Es así como, en nuestra legislación, los acuerdos entre competidores no sólo son mirados con recelo, sino que aquellos, sin aprobación previa y conforme a las circunstancias, pueden llegar a constituir un ilícito anticompetitivo, estableciendo el artículo 3°, inciso segundo, letra a), del Decreto Ley N° 211, que se considerarán como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los acuerdos o prácticas



concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

Ante la norma referida, cabe preguntarse bajo qué parámetros puede aprobarse un acuerdo que, justamente, tiene por objeto coordinar entre empresas competidoras variables competitivas. Esa es la disyuntiva que debe enfrentar el Tribunal al analizar acuerdos como aquellos que son sometidos a su aprobación. Al despejar tal interrogante, se debe señalar que la naturaleza de los JBA objeto de consulta es mucho más compleja que la sola coordinación de precios, pues se une la coordinación de otras variables económicas sensibles y la distribución común de los ingresos.

En doctrina, se ha señalado que este tipo de acuerdos entre competidores, es deseable, en la medida que a través de ellos se sortean dificultades intrínsecas de un negocio en relación a las inversiones o tecnología necesaria o porque constituyen, por ejemplo, la única forma de entrar a un mercado cerrado, atendida sus regulaciones.

Pues bien, en el caso concreto, para comprender la razón por la que no se aplica *ipso facto* la regla *per se*



del artículo 3° antes mencionado, resulta trascendente atender a la naturaleza de la industria del transporte aéreo que, como se dijo, es una industria de redes, pues aquello determina que este tipo de acuerdos pueden ser necesarios no sólo para las empresas, sino que puedan además generar eficiencias que se traspasaran directamente a los consumidores y que, en consecuencia, hagan aconsejable la aprobación de la operación, pues los beneficios que de ella deriven pueden, teóricamente, ser mayores a los riesgos que la operación en si determina. De esta forma, entiende esta Corte, que el quid del asunto radica en determinar si la operación presenta beneficios concretos y específicos que aconsejen su aprobación, cuestión que implica establecer si, efectivamente, la operación coordinada entre los competidores acarrea eficiencias tan significativas que neutralizan cualquier tipo de riesgo, pues sólo de esta forma se establecerá que el acuerdo es, como lo señalaron las partes, pro competitivo, pues esta situación es la que permite soslayar la regla prevista en el artículo 3°, inciso segundo, letra a) del Decreto Ley N° 211.

Décimo noveno: Que, para evaluar los acuerdos consultados desde el punto de vista económico y determinar los efectos en la libre competencia, se debe analizar- tal como lo realizó en TDLC- los siguientes aspectos: a)



Mercado relevante; b) Grado de concentración, c) Análisis de la existencia de barreras de entrada; d) Determinación de riesgos; e) Eficiencias.

En esta materia el análisis realizado por la sentencia del TDLC en términos generales, si bien difiere al propuesto por las partes del acuerdo y por la consultante, no fue objeto de impugnación, cuestión que es trascendente al momento de resolver las reclamaciones. En efecto, las partes del acuerdo, al informar, sostuvieron que las eficiencias vinculadas a las operaciones, superaban con creces los eventuales riesgos, razón por la que aquellos debían ser aprobados sin ninguna medida de mitigación. Tal premisa fue sustentada durante todo el procedimiento y, si bien, ya avanzado el mismo, en virtud de los resultados de los informes económicos presentados en autos, aquellas realizan una propuesta de medidas de mitigación para compensar riesgos en la Ruta Santiago/Madrid y Santiago/Miami; lo cierto es que jamás abandonaron su premisa fundamental, cuestión que, por lo demás, fue reiterada en estrados.

Sin embargo, como se anunció, el TDLC realiza un análisis que le permitió llegar a una conclusión distinta: los riesgos de la operación son mayores a los beneficios. Tal examen, que fue expuesto en el fundamento primero precedente, es compartido por esta Corte, teniendo



relevancia determinados aspectos vinculados al transporte de pasajeros que se expondrán en forma sintética:

a) Grado de concentración: A nivel de Chile-Norteamérica, la alianza Oneworld concentra un 58,6% de los pasajeros transportados, siendo LATAM y American las únicas dos aerolíneas de esta alianza en operar esta ruta. En todas las rutas (directas e indirectas) el índice HHI pasa a niveles de alta concentración en un escenario post operación.

A nivel de Chile-Zonas de Estados Unidos la alianza Oneworld concentra el mayor número de pasajeros transportados. En tanto, a nivel de Chile-ciudades de Norteamérica, ambas aerolíneas pertenecientes a la alianza Oneworld transportaron un 70% de los pasajeros con destino Miami. Esta alianza también concentra la mayor cantidad de pasajeros transportados a Nueva York, con un 70%.

En el caso de Miami, en las rutas directas, post operación, se produce una concentración de un 100%, toda vez que las dos aerolíneas del acuerdo son las únicas que operaban vuelos de tal naturaleza.

Se concluye que los mercados en que incide el acuerdo consultado presentan niveles de alta concentración, en particular a nivel de continente (Estados Unidos completo), macro zonas y en la ruta Santiago-Miami.

En tanto, en la ruta a Europa, a nivel de continente,



la alianza Oneworld concentra el 55,6% de los pasajeros transportados. De materializarse la operación, esta ruta pasaría a concentrarse aún más, pasando a ser altamente concentrado en rutas directas e indirectas.

Además, se debe destacar, en el análisis a nivel de países, que la alianza Oneworld transportó un 60% de los pasajeros que viajaron desde Chile, durante el año 2016, a los diez países europeos que se mencionan en la resolución reclamada.

El JBA entre IAG y LATAM impactará principalmente en la ruta Santiago-Madrid, donde hoy existe superposición de ambas aerolíneas con vuelos directos. En esta ruta, al igual que en el caso de Miami, existe monopolización (100%) de los vuelos directos en el escenario post operación, toda vez que las partes del acuerdo son las únicas que ofrecen este tipo de vuelos.

c) Barreras de entrada: Al respecto, debe precisarse que "Una barrera de entrada puede definirse como el costo en que debe incurrir una empresa que busca ingresar a un mercado pero que no es soportado por las empresas que ya están en dicho mercado y que implica en una distorsión en la asignación de recursos" (Germán Coloma, "Defensa de la Competencia", Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, año 2003, pág. 53).

Refiere el tribunal que existen en la industria aérea



barreras a la entrada, principalmente por razones estructurales del mercado, al ser una industria de redes. Dentro de dichas barreras, las más relevantes son la escasez de slots y el contar con un aeropuerto como hub, con las consecuencias que de ello derivan, en particular la posibilidad de que se produzcan comportamientos estratégicos de las incumbentes que inhiban la entrada de competidores. También, dentro de las barreras, se identifica al Programa de Pasajero Frecuente.

b) **Riesgos:** Atendido el alto grado de concentración de la industria, unido a las barreras de entrada se establece que existen riesgos para la libre competencia. Específicamente identifica: i) riesgos unilaterales explotativos, que se relacionan con las probables alzas de precios producto del mayor poder de mercado que alcanzarían las Partes al celebrar los acuerdos. Este riesgo podría presentarse principalmente en las rutas sin paradas Santiago-Madrid y Santiago-Miami, puesto que los viajes con paradas, escalas o conexiones, no son sustitutos eficaces; ii) Riesgos unilaterales exclusorios, vinculados, principalmente, el uso de un aeropuerto como hub y los comportamientos estratégicos que de ello derivan. Además, las Partes podrían tener incentivos a establecer subsidios cruzados o cobrar precios negativos en algunos tramos de los viajes, para trasladar poder de mercado desde las rutas



monopolizadas a otras que utilicen estas últimas como insumo, en las cuales enfrentan un mayor nivel de competencia.

c) **Eficiencias:** Se debe precisar que la eficiencia, desde el punto de vista económico, "puede relacionarse con una situación en la cual la suma de los beneficios de los consumidores y de las empresas se hace máxima" (Germán Coloma, obra citada, pág 29). Las eficiencias operan como un contrapeso de los riesgos que genera la operación. Sin embargo, como lo ha señalado esta Corte, no todas las eficiencia cumplen tal misión, sino que sólo lo hacen aquellas que son inherentes a la operación y que generan mayor competitividad, debiendo acreditarse las mismas de una manera fehaciente en el sentido de demostrar que ellas se traducirán en un freno a la presión del alza de los precios. De esta manera, la rebaja en los costos que puede ser considerada como eficiencia es aquella respecto de la cual existe posibilidad cierta de traspaso al consumidor final, cuestión que debe ser acreditada en el proceso.

Siguiendo estos criterios los sentenciadores analizan las eficiencias que presenta la operación reconociendo los beneficios que derivan de la eliminación de la doble marginalización cuya cuantificación debe realizarse considerando solamente los pasajeros efectivamente beneficiados, esto es, los pasajeros en conexión



multiaerolínea, y tomando como escenario base los acuerdos de código compartido y de interlínea que hoy existen entre las aerolíneas, además reconoce un aumento de tráfico producto de disminuciones de precios para pasajeros en conexión multiaerolínea. Descarta las sinergias en costos y mejoras en la calidad, pues señala que no fueron estrictamente acreditadas.

Finalmente procede a la cuantificación de riesgos y beneficios, concluyendo que los riesgos de cada JBA consultado son considerablemente mayores que sus eficiencias directas. En efecto, para el caso de la Ruta a Norteamérica los riesgos son entre dos y tres veces mayores a sus eficiencias directas, mientras que para la Ruta a Europa esta razón es superior a dos.

Vigésimo: Que, en las condiciones descritas, se debe analizar el argumento transversal a las reclamaciones incoadas en autos, esto es, que en el escenario descrito la operación debió ser rechazada.

En efecto, como se anunció, el análisis económico realizado por el tribunal no fue objeto de recurso alguno y, si bien, es discutible si las partes de los acuerdos sufrieron un agravio por no acogerse sus alegaciones vinculadas a la existencia de eficiencias que superaban con creces los riesgos, lo cierto es que esta Corte, comparte íntegramente el examen económico realizado, toda vez que,



se ha señalado con anterioridad que las eficiencias, para ser consideradas deben estar acreditadas no sólo en relación a su existencia y verificabilidad, sino que además, se debe acreditar cómo aquellas serán traspasadas a los consumidores, estándar de prueba que no fue alcanzado en autos y que, por lo demás, se relaciona sólo con efectos indirectos vinculados a la sinergias en los costos, que según expuso el TDLC sólo se vincularían con la compra de combustible y adquisición de catering, y a las mejoras de calidad, aspecto este último que, según expone el tribunal, incluso se puede vincular a una eventual alza de precio.

En este mismo aspecto, tal como lo refiere el tribunal, la baja en el precio de los pasajes de las rutas indirectas fue sobreestimada por las Partes del acuerdo, siendo adecuado el cálculo realizado por el TDLC al cuantificar los riesgos y las eficiencias y concluir que aquellos casi triplican estas últimas en el caso del JBA Norteamérica y las duplican en el JBA Europa, validando esta Corte la conclusión a la que arriba el tribunal sobre la base de los cálculos contenidos en la base de datos creada por éste, que se expresa en la primera línea de los cuadros contenidos en el fundamento 238.- que establece la cuantificación para la ruta Norteamérica y para la ruta Europa, que en síntesis, refleja lo siguiente:



JBA NORTEAMERICA		
Eficiencias totales	Riesgos Totales	Riesgo/eficiencias
U\$ 666.465	U\$ 2.810.026	2.83

JBA EUROPA		
Eficiencias totales	Riesgos Totales	Riesgo/eficiencias
U\$ 1.172.302	U\$ \$ 2.750.427	2.35

En razón de lo anterior, el análisis que se realizará a continuación estará a tal conclusión.

Vigésimo primero: Que, como se señaló, las reclamaciones, en general, concuerdan con el análisis del TDLC, excepto en el caso de la FNE, quien considera que las eficiencias fueron sobreestimadas, debido a que el tribunal señaló que igualmente consideraría las eficiencias alegadas por las partes, porque si bien no fueron acreditadas, de algún modo existirían, por lo que se considerarían al imponer medidas de mitigación. Por otro lado sostuvo que los riesgos fueron subestimados, porque existen rutas traslapadas con un alto nivel de concentración, no consideradas, esto es, Santiago-Nueva York y Santiago Londres.

Al respecto, se debe señalar que no es efectivo el planteamiento de la FNE, toda vez que el TDLC no consideró en el cálculo económico las eficiencias, por lo que no pueden estar sobrestimadas, mientras que los riesgos que



considera no evaluados, si fueron analizados por los sentenciadores, cuestión que se plasma en el análisis económico. Cuestión distinta, es que al establecer el tribunal que las eficiencias descartadas para la cuantificación se consideraran en las medidas, pues aquello es un análisis vinculados estrictamente con el examen de suficiencia de las medidas, cuestión que se estudiará a continuación.

Vigésimo segundo: Que, asentado lo anterior, esto es, que el análisis económico que determina que en el caso del transporte de pasajeros los riesgos, triplican (ruta Norteamérica) o duplican (ruta Europa), es correcto, cabe analizar si las medidas de mitigación ordenadas logran compensar a estos últimos, de tal forma que se haga aconsejable aprobar los acuerdos.

Es en este punto en que cobra relevancia lo señalado en torno a la especial naturaleza de los acuerdos consultados, que determinan un análisis riguroso en relación a los efectos anticompetitivos de los acuerdos consultados, pues se trata de autorizar pactos entre competidores que, como se ha advertido, en todo aquello que escapa del acuerdo, seguirán compitiendo. Es así como, se debe precisar, que si bien el TDLC ha señalado que las partes no han mencionado la existencia de riesgos coordinados, lo cierto es que entiende esta Corte, que



aquello se refiere a la existencia de aspectos vinculados al negocio de las Partes en que no existirá coordinación y que determina que aquellos siguen siendo competidores. No puede, obviamente, referirse a los acuerdos mismos, pues estos son de coordinación y en eso recae el análisis efectuado por el Tribunal, esto es, si esa coordinación en la determinación de las variables económicas más sensibles, que incluye el reparto común de ingresos, genera eficiencias de tal magnitud que neutralizan cualquier riesgo para la competencia.

Como se expuso, el análisis económico fue adverso al acuerdo, con resultados que no admiten cuestionamientos y con cifras que son reveladoras, especialmente en lo que se relaciona con la concentración del mercado en el escenario post operación, toda vez que el índice de concentración HHI, en todos los escenarios, es superior a los 2500 puntos que, según se señala en la Guía para Operaciones de Concentración de la FNE, determina la existencia de un mercado altamente concentrado, observándose que en realidad, en el escenario post operación, quedaría un mercado ultra concentrado. Además, específicamente, se produce la monopolización en las rutas directas Santiago/Miami y Santiago/Madrid, que constituyen las principales vías de entradas al continente respectivo.

En razón de lo anterior, se debe establecer si



efectivamente existen medidas de mitigación que permitan compensar los riesgos, pues sólo de esta forma se puede aprobar la operación, debiendo éstas actuar como contrapeso efectivo de los efectos negativos a la libre competencia, puesto que si esto no ocurre la operación debe ser rechazada.

Desde ya, se debe destacar que no explica el tribunal cómo las medidas de mitigación compensan efectivamente los riesgos que no son mitigados por las eficiencias. En efecto, el TDLC sólo refiere que las medidas decretadas se disponen para enfrentar los riesgos vinculados al alza de precio producto de la eliminación de competencia, decretando las medidas segunda y tercera, vinculadas al compromiso de capacidad mínima de pasajeros en vuelos directos y al aumento de capacidad de pasajeros en vuelos a Europa y EEUU/Canada, respectivamente. Otras medidas, tienen por objeto enfrentar el riesgo de conductas exclusorias y buscan estimular el ingreso de nuevos competidores: límites a precios implícitos negativos (cuarta medida), acuerdos de programas de pasajero frecuente (quinta medida), acuerdos de combinación de tarifas (sexta medida) y, acuerdos de prorrateo especial (séptima medida). Estas dos últimas, más que apuntar al ingreso de nuevos competidores, se decretan para permitir la expansión de operadores que actualmente están en el



mercado, pues uno de los riesgos derivado de las operaciones es que aquellos pierdan la posibilidad de competir. En tanto, la primera medida, esto es, la fórmula de reparto, se consideró esencial para el análisis económico. Las otras dos medidas, esto es, la designación de un consultor, para fiscalizar el cumplimiento de la Resolución (octava medida) y un plazo de aprobación (novena medida), no enfrentan ningún riesgo específico, sino que con ellas se pretende resguardar la eficacia de las medidas.

Pues bien, se debe hacer presente que todas las condiciones o medidas dispuestas, tienen el carácter de conductuales, toda vez que atendido que no se trata de una fusión, unido a las características específicas del mercado del transporte aéreo chileno, no se detectan medidas estructurales que pudieran decretarse. En este contexto, se debe observar que se ha reconocido por la jurisprudencia del TDLC que son las medidas estructurales las que permiten neutralizar eficazmente los riesgos, siendo las medidas conductuales impuestas como accesorias de las primeras, reconociendo que éstas presentan un problema vinculado con la dificultad de la fiscalización y la efectividad de su cumplimiento.

Vigésimo tercero: Que, previo al análisis de la alegación de los reclamantes, respecto de las dificultades



de fiscalización de las medidas impuestas por el tribunal, debido a que las tarifas en el mercado del transporte aéreo son dinámicas, existiendo una multiplicidad de tarifas vinculadas a los tipos de vuelos y de asientos que cambian minuto a minuto, cuya información sólo la tienen las respectivas aerolíneas, esta Corte, en primer lugar, realizó un análisis basado en los antecedentes e informes acompañados en estos autos, para establecer si las medidas decretadas son suficientes o si existen otras que pudieran decretarse para aprobar los JBA, pues si existen algunos beneficios que puedan ser traspasados a los consumidores, indudablemente, se deben examinar las condiciones que permitan materializarlo. Ahora bien, en el examen se debe tener especial consideración, sobre todo en operaciones de esta naturaleza, que el análisis debe ser a largo plazo, pues la consolidación de una posición de dominio que admita el ejercicio del poder de mercado puede tener su origen en un acuerdo o hecho que, a corto plazo, pueda resultar beneficioso, empero, a largo plazo, no.

Es en este contexto que se debe enfatizar que las medidas que adopte el tribunal deben tener como objetivo devolver al mercado el equilibrio que se verá afectado por la operación consultada, razón por la que, tal como lo plantea la FNE, se debe establecer que la suma de las eficiencias constatadas por el tribunal, añadidas a las



medidas de mitigación, al menos, logran neutralizar los riesgos.

Lo anterior ha sido reconocido por expertos en la materia. Así, en el informe en derecho acompañado por Achet, Tomás Menchaca Olivares refiere respecto de la presente operación: "al ser los riesgos superiores a las eficiencias, es necesario mitigar el saldo restante con medidas ad hoc generadas por el H. Tribunal, las que deberán ser aptas y suficientes para eliminar los efectos anticompetitivos producidos". Asimismo, Aldo González, que ha evacuado otros informes en estos autos a solicitud de las Partes de los acuerdos, ha referido: "El tipo de remedio a aplicar dependerá del riesgo competitivo identificado. Si el principal temor es el debilitamiento de la competencia, entonces el remedio adecuado es el estructural. Si el riesgo es de consolidación de posición dominante y ocurrencia de prácticas abusivas, además de las medidas estructurales, ciertas medidas conductuales pueden ser requeridas también. En cuanto a la magnitud de las medidas mitigatorias, se recomienda seguir el principio de proporcionalidad. Es decir, el remedio aplicado debe restablecer las condiciones competitivas existentes con anterioridad a la fusión". ("Estudio Sobre el Mercado Aéreo de Transporte de Pasajeros en Latinoamérica", disponible en www.academia.edu/29009678/Estudio_Sobre_el_Mercado_A



recurso de amparo de Pasajeros en Latinoamérica).

En este mismo sentido, fue el propio tribunal el que al pronunciarse de la fusión Lan Airlines/TAM, en la Resolución N° 37/2001, señaló que ante la insuficiencia de las sinergias -argumentadas por las partes de la Operación consultada en tal proceso- como contrapeso suficiente de los riesgos, se debía analizar si la imposición de medidas y condiciones unidas a las eficiencias de la misma, permiten compensar adecuadamente dichos riesgos o si, por el contrario, tal imposición resulta insuficiente o inapropiada para obtener ese objetivo, caso este último en el cual sólo cabría prohibir la Operación" (fundamento N° 301).

Agregó la referida Resolución: "una operación sometida al escrutinio de los organismos de defensa de la competencia sólo podrá ser aprobada en la medida que no sea necesario someterla a un número y extensión tal de condiciones y medidas que se haga imposible su ejecución y seguimiento. En otras palabras: si una operación, para ser considerada lícita, debe desnaturalizarse de tal manera mediante la imposición de condiciones y medidas de difícil o incierta eficacia, entonces dicha operación no podrá ser considerada lícita y, por tanto, deberá prohibirse" (fundamento 302).

Es en esta línea de razonamiento que se asentó que en



un mercado de redes, fuertemente concentrado, como en el caso del transporte aéreo de pasajeros en Chile, las medidas que se impongan deben estar orientadas a generar condiciones razonables para permitir el surgimiento o consolidación de competencia efectiva que, en el mediano y largo plazo, discipline el comportamiento de LATAM. Es por esta razón que esta Corte ha señalado, respecto de las medidas de mitigación, que su objetivo es restaurar las condiciones de competencia previas a la Operación, debiendo cumplir el siguiente estándar: a) proporcionales, esto es, responder de manera equitativa y razonable a los riesgos; b) materialmente posibles de aplicar y ejecutar; c) eficaces, pues deben implicar un verdadero contrapeso a los riesgos detectados; y, d) susceptibles de fiscalización y monitoreo independiente y efectivo.

Vigésimo cuarto: Que, realizadas las precisiones que anteceden, se debe señalar que en el análisis realizado por esta Corte, se ha concluido que las medidas de mitigación decretadas por el TDLC son insuficientes para contener y neutralizar los riesgos detectados, sin que se cumplan en la especie las exigencias antes referidas.

En efecto, se estableció en autos que la operación en análisis, por una parte, genera riesgos concretos para la libre competencia, que se vinculan con el mayor poder de mercado alcanzado por las partes, que genera riesgos de



carácter unilateral explotativo y exclusorio. El primero, se vincula a la capacidad que tendrán en conjunto las empresas coordinadas, en virtud de su poder de mercado, "para abusar de la posición que ostenta y así cobrar rentas monopólicas, además de poder manejar conjuntamente otras variables de relevancia competitiva, tales como la frecuencia y la calidad de sus servicios. Naturalmente, éste es el principal tipo de riesgo a detectar en operaciones de concentración, joint-ventures y otras operaciones similares. (Informe Menchaca, pp. 23). En tanto, el referido informe explica que el segundo "se genera cuando una compañía -o grupo de compañías asociadas- con poder de mercado, pueden imponer barreras artificiales a la entrada, con el objeto de evitar la inyección de nueva o mayor competencia a él o los mercados en que operan".

Lo relevante es que estos riesgos de entidad se verifican en un mercado altamente concentrado con barreras a la entrada, frente a lo cual se constatan escuetas eficiencias vinculadas a la eliminación de la doble marginalización en los vuelos en conexión que se traducen en una eventual rebaja en los precios de los vuelos indirectos con destino a Norteamérica y Europa. Así, en el escenario económico, la conclusión es contundente, los riesgos superan largamente las eficiencias. Es por tal razón que el TDLC decreta dos medidas vinculadas a evitar



el riesgo unilateral explotativo relacionado con el alza de precio de los vuelos directos. Además, se proponen cuatro medidas destinadas a estimular la entrada de nuevos competidores o expansión de aquellos que actualmente operan. Sin embargo, más allá de los defectos de diseño acusado en las reclamaciones, lo cierto es que aquellas no son suficientes para contrarrestar los riesgos, por una razón estructural que determina que, en las condiciones actuales del mercado de transporte aéreo de pasajeros, el acuerdo deba ser rechazado, pues la ultraconcentración del mismo, que se explica por su reducido tamaño, determina que las medidas conductuales que fueron decretadas por el tribunal sean insuficientes.

En este aspecto, se debe enfatizar que si bien aquellas medidas han sido decretadas por las autoridades a cargo de velar por la libre competencia en otras jurisdicciones al aprobar JBA, lo cierto es que aquellas no pueden ser trasplantadas, sin más a nuestra realidad, pues las condiciones del mercado difieren sustancialmente. Tal diferencia quedó plasmada ya en la Resolución N° 37/2011, en que se hace referencia al problema que se genera a partir del reducido tamaño del mercado chileno y su situación geográfica.

Lo anterior, fue advertido en el informe de F&K Consultores, "Análisis de los acuerdos de Latam con



American Airlines y con British Airways y sus efectos en la Competencia”, en que se expone “En primer lugar, tal como se ha repetido varias veces en este informe, el tamaño del mercado chileno es mucho menor al de otros mercados estudiados como el de EEUU y el europeo. Esto es relevante simplemente porque hace más difícil la futura entrada al mercado de un nuevo competidor relevante que discipline a LATAM, independiente de las medidas de mitigación que se decidan imponer. Esto tanto por el tamaño del mercado, en el que no caben muchos competidores, como por la posibilidad de alcanzar economías de escala relevantes por parte de un nuevo competidor, lo que permite evitar la entrada a través de amenazas creíbles”. Continúa el informe: “En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, los cambios en las participaciones de mercado y en los HHI, ya descritos en este informe, simplemente se escapan de cualquier escala aceptable desde un punto de vista de la libre competencia. No sólo eso, la concentración en el mercado en el caso que se acepten los JBA sería muy superior a otros acuerdos similares que han sido aceptados en el resto del mundo, sujetos a medidas de mitigación”. Agrega “En tercer lugar, las condiciones de competencia de los mercados de varias de las experiencias de aprobación de JBA en el mundo -en las que se le han aplicado medidas de mitigación-, son muy distintas al caso chileno. No sólo



porque la entrada es más difícil y porque el mercado alcanzaría niveles de concentración altísimos, también porque en otros mercados se da la competencia entre JBA's, situación que no ocurre en Chile".

Esta Corte comparte la conclusión respecto de que ninguna de las medidas propuestas por las partes y que, finalmente fueron impuestas por el TDLC, son eficaces para mitigar los riesgos de las operaciones consultadas, en la medida que no se acreditó que sumadas a las eficiencias, contrapesen de manera efectiva los riesgos que la operación de este tipo entraña.

Vigésimo quinto: Que, siguiendo la línea argumental antes descrita, se debe señalar que, tal como lo estableció el TDLC en la Resolución N° 37, al estar en presencia de una industria de redes, es imprescindible que las medidas sean interdependientes entre sí, pues en este caso no es posible asociar cada uno de los riesgos anticompetitivos detectados específicamente a una particular medida, al provenir aquellos de múltiples causas interrelacionadas entre sí, que determina que se puedan producir de manera dinámica, potenciándose.

Es así como el TDLC en aquella oportunidad fue enfático en indicar que es el total de las medidas y condiciones, aquello que permite mitigar los riesgos, sosteniendo que en los casos de concentración horizontal -



efecto que producen los JBA- son más efectivas las medidas estructurales, utilizándose las medidas conductuales - característica que tienen las decretadas en autos- sólo como un complemento de las primeras.

En efecto, en el análisis de medidas conductuales propuestas en ese proceso por la FNE y descartadas por el tribunal, se deja constancia que la ineficacia proviene, en parte, en que la información debe ser entregada por los incumbentes, señalando que la entregada por LAN Airlines durante los años que ha debido someterse al Plan de Autorregulación para los vuelos nacionales fue poco confiable.

Así, en el caso concreto, son replicables los razonamientos por los que el TDLC determinó no aplicar las medidas vinculadas a la reducción del yield y aumento de capacidad, en tanto reflejan la complejidad de adoptar medidas conductuales, pues: "una red tan amplia como la que se formaría con la Operación tiene un especial poder de mercado con respecto a los clientes que valoran la variedad de destinos y horarios, es posible cumplir la medida aumentando los precios de los pasajes a este tipo de viajeros y reduciendo el precio a los clientes más sensibles al precio. En un caso así, además del efecto positivo de lograr menores precios promedio, se podría extraer renta de los pasajeros con mayor disposición a



pagar, logrando al mismo tiempo reducir la entrada de empresas low cost que apuntan justamente a competir por los pasajeros más sensibles al precio". Agrega que lo mismo sucede en relación a la capacidad "no es difícil aumentar la capacidad total sin aumentar la oferta para aquellos viajeros con mayor disposición a pagar. Así, una vez más, si bien puede tener el efecto positivo de incrementar la oferta y reducir las tarifas promedio, el resultado podría implicar también altas tarifas para un segmento de los viajeros y dificultades a la entrada para líneas low cost".

En este contexto, se debe precisar que las medidas vinculadas a permitir la entrada de aerolíneas a operar vuelos directos son ineficaces en la medida que, como lo han señalado los informes F& K y el informe de la FNE, no se vislumbra actualmente la entrada de ningún competidor que pueda ingresar con una capacidad suficiente para disciplinar a las incumbentes, quienes, producto de este acuerdo, adquieren un poder de mercado difícil de desafiar.

En efecto, el informe de la FNE, en su Anexo III, señala las razones por las que se considera la improcedencia de aplicar en el presente caso las medidas de mitigación que han sido impuestas en la jurisprudencia comparada. Específicamente se refiere respecto de la obligación de ofrecer combinalidad de tarifas a aerolíneas que quieran ingresar en las rutas non stop, es ineficaz en



cuanto es difícil monitorearla, sin perjuicio que aumenta los riesgos de coordinación con los terceros entrantes. En relación al acceso a las rutas alimentadoras a través de acuerdos en condiciones competitivas, evitando que los hub y las redes de las aerolíneas operen como barrera de entrada, produciendo la exclusión de competidores en rutas en conexión; el congelamiento de la oferta y el ofrecimiento de Programa de Viajero Frecuente, sólo serían idóneas en la medida que se vislumbrara un nuevo entrante, cuestión que no acontece en el caso de autos.

Es en este escenario que cabe preguntarse, qué justifica aprobar los acuerdos, toda vez que a la fecha, las distintas aerolíneas cooperan entre ellas a través de acuerdo de código compartido o interlínea, escenario base que determinó que las eficiencias propuestas por las partes fueran sobreestimadas por ellas, pues hacían abstracción de esta circunstancia. Es así, que se debe ser enfático en señalar que esta Corte no se opone a la aprobación de este tipo de acuerdos, empero, para que aquello ocurra se debe acreditar de manera contundente que existe un beneficio cierto que será traspasado a los consumidores y que el potencial riesgo que su naturaleza conlleva se neutraliza por las eficiencias sumadas a las medidas o condiciones de mitigación, cuestión que, como se ha señalado, no fue acreditada en autos.



Vigésimo sexto: Que, además, se debe precisar que esta Corte estudió la posibilidad de complementar las medidas de mitigación decretadas, con otras medidas impuestas en la literatura comparada. Específicamente se estudió la factibilidad de disponer una medida carve outs en las rutas Directas Santiago-Madrid y Santiago-Miami; sin embargo, los informes económicos de todos los intervinientes han referido la inconveniencia de esta medida. En efecto, si bien se sostiene en los mentados informes que tal medida fue impuesta por la autoridad norteamericana (Departamento de Transporte, DOT), para aprobar acuerdos de este tipo, la experiencia empírica determinó que cayera en desuso, toda vez que su principal efecto fue que imposibilitó la materialización de las eficiencias vinculadas a la operación.

En consecuencia, ante las conclusiones de los informes acompañados, sólo cabe desechar la aplicación de tal medida, pues si las eficiencias no se materializaran carece de objeto permitir que las partes coordinen sus principales variables económicas y repartan de una forma común sus ingresos, debiendo, en consecuencia, seguir como competidores efectivos, determinando de manera independiente sus tarifas y políticas comerciales, vinculándose a través de acuerdos de cooperación de menor intensidad, en la medida que aquellos sean aprobados por



las autoridades chilenas, toda vez que no se puede soslayar que LATAM, se encuentra obligada por las condiciones impuestas en la Resolución N° 37/2011, a cumplir la obligación de consultar acuerdos de código compartido (Condición VII.3).

En este aspecto, se debe precisar que -tal como lo refiere el TDLC en el fundamento 40- actualmente LATAM (como sucesora de Lan Airlines) y American, se encuentran vinculadas a través de un contrato denominado *Alliance Agreement*, en que se pacta la coordinación de actividades comerciales, como precios, horarios, frecuencias y marketing, a través de celebración de acuerdos de código compartidos. Tal contrato, no ha sido revisado por las autoridades chilenas, pero si cuenta con Antitrust Immunity otorgada por el DOT, en el año 1999, para la operación desde Estados Unidos a Chile, estableciéndose, por la referida autoridad, una medida carve-out que deja fuera de la exención la ruta Miami-Santiago cuando el punto de venta está en Estados Unidos.

Vigésimo séptimo: Que, además, considera relevante esta Corte señalar, respecto de la afirmación de las partes respecto que los JBA han sido aprobados en otros países involucrados, que consta en autos que el DOT no se ha pronunciado respecto de los acuerdos específicos que involucran las rutas entre Chile y Norteamérica. En tanto,



en relación a la Ruta a Europa, en estrados el abogado de Iberia ha referido que, conforme a la legislación, los acuerdos consultados no necesitan aprobación. Mientras que en el Informe en Derecho, acompañado por Achet, realizado por Tomás Menchaca Olivares, se indica que la resolución de la Comisión Europea sobre la Operación se encuentra, a la fecha de emisión de este informe en derecho, aún pendiente, incorporando, a continuación, un cuadro comparativo en que se resumen las operaciones que ya fueron aprobadas por la Comisión. Destaca de este cuadro que, en el caso de las tres operaciones que fueron aprobadas con medidas de mitigación, se considera la medida estructural de cesión de slots.

Por otro lado, efectivamente los JBA suscritos entre las mismas partes, fueron sometidos a conocimiento del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), en Brasil. El primero involucra el acuerdo entre LATAM e Iberia y British Airways, aprobándose el mismo, con medidas de mitigación; mientras que el segundo se pacta entre LATAM y American, aprobado sin medidas de mitigación.

Sin embargo, al contrario de lo sostenido por las Partes del acuerdo, es el tenor de la aprobación de los referidos JBA el que permite confirmar la decisión de esta Corte, en tanto reafirman la imposibilidad de trasladar la aprobación de este tipo de joint venture en otras



jurisdicciones a la realidad nacional, pues las condiciones del mercado en que se aprueban aquellos difieren sustancialmente del mercado de transporte aéreo en Chile.

Se debe destacar que si bien se aprueba el acuerdo TAM e Iberia y British Airways, con medidas de mitigación, el mismo se vincula a la operación del aeropuerto de Sao Paulo y distintas ciudades de Europa. Entre éstas se encuentran Madrid y Londres, que son las únicas que eran operadas por todas las partes del acuerdo, toda vez que Barcelona, Milán Frankfurt y Paris, sólo eran operadas por LATAM. A pesar que se produce alta concentración en las rutas directas Madrid y Londres, lo cierto es que en la resolución se expresa: "Para analizar la probabilidad de que los Requirientes efectivamente ejerzan el poder de mercado identificado anteriormente, verificamos si las condiciones de entrada para los nuevos competidores y el nivel de la rivalidad entre los competidores ya establecidos ha mostrado ser suficiente para disputar el poder de mercado de las partes generado por el acuerdo". Luego del análisis se concluye que sólo en el caso de la ruta directa Sao Paulo/Londres, que pasa a ser monopólica, existe baja probabilidad de nuevas entradas, señalando que, aunque pudiera ocurrir, difícilmente se daría de forma suficiente y a tiempo, teniendo en cuenta los plazos necesarios para que una empresa aérea inicie una nueva ruta. Lo anterior se



concluye en razón de las barreras de entrada que se constatan, siendo la principal el acceso a la infraestructura aeroportuaria, vinculada a la congestión del aeropuerto de Sao Paulo, razón por la que la principal medida que se adopta en este caso es la sesión de slots, medida estructural que no es replicable en caso chileno, pues el aeropuerto de Santiago no se encuentra operando sobre su capacidad, sin perjuicio de la expansión del mismo que estará operativa en el año 2020, según se asentó en la Resolución impugnada en estos autos.

Es así como, la misma resolución señala, en su fundamento 86) que en la "ruta Sao Paulo/Madrid, las barreras de entrada son menores, debido a la ausencia de problemas con los aeropuertos en la ruta, de tal forma, que sería razonable aceptar una entrada potencial como probable, oportuna y suficiente en el caso de ejercicio de poder de mercado por los Requirentes". Como se observa, la situación es distinta a la chilena, en que las barreras de entrada no se pueden vincular a una medida estructural y que, parecen difícil de superar, principalmente por el tamaño del mercado.

Justamente, el tamaño del mercado brasileño permitió que la autoridad determinara la obligación de iniciar dos nuevas Rutas entre Brasil y Europa, que involucren aeropuertos distintos a Sao Paulo y Rio de Janeiro,



generando demanda en otro aeropuerto internacional menos transitado, medida que no se puede adoptar en el caso chileno, en que sólo existe un aeropuerto que efectivamente recibe vuelos internacionales.

En tanto, el acuerdo entre LATAM y American, para la ruta Brasil/Norteamérica, involucra la operación de tres aeropuertos internacionales de Brasil, esto es, Rio de Janeiro, Sao Paulo y Manaus, los índices HHI globales son sustancialmente menores a las del caso chileno. Además se concluye que en este caso, las restricciones a la infraestructura aeroportuaria no puede considerarse como un factor que restrinja la entrada de competidores, constatando que las condiciones de entrada son suficientes para contener un eventual ejercicio de poder de mercado de las partes de la operación, además, las condiciones de rivalidad son suficientes para descartar preocupaciones de competencia derivadas del ejercicio de poder de mercado, cuestión que determina la aprobación sin medidas de mitigación, reflejándose así, la gran diferencia que existe entre el mercado de transporte aéreo de pasajeros de Brasil/Norteamérica y Brasil/Europa, en comparación al chileno. Lo anterior deriva de la diferencia en relación a la dimensión del mercado, que se traduce en el tamaño del aeropuerto, la cantidad de pasajeros, mayores alternativas de frecuencia de vuelos, itinerarios, rutas y aerolíneas,



además, como se ha dicho, el número de aeropuertos disponibles para viajes internacionales, que en gran medida está determinado por la ubicación geográfica.

Vigésimo octavo: Que, como colofón, se debe señalar que se está en presencia de un acuerdo que se da entre competidores, que son en el escenario actual rivales directos, que tienen de manera individual una participación relevante en el mercado y que en el eventual escenario post operación adquirirán un poder de mercado en conjunto difícil de desafiar, en un mercado que, según se ha establecido, tiene barreras de entrada, sin que se visualice la entrada posible de un nuevo actor con posibilidad cierta de desafiar a las incumbentes, concluyéndose, tras el análisis económico, que los riesgos de la operación son sustancialmente superiores a las eficiencias. Lo anterior determina que, en las condiciones actuales del mercado, no se observe el beneficio para la competencia derivado de la aprobación de las operaciones consultadas y, según se expuso, sin que se puedan establecer medidas de mitigación que permitan contener los riesgos que las operaciones entrañan, éstas deben ser rechazadas.

Vigésimo noveno: Que, en el escenario descrito es necesario realizar una precisión final, toda vez que de lo expuesto fluye que el análisis realizado por esta Corte, se



restringe al transporte aéreo de pasajeros, toda vez que el TDLC asentó que en el mercado del transporte aéreo de carga, no existían riesgos que mitigar a través de condiciones específicas, pues las barreras de entrada son menores, atendida la flexibilidad que determina la sustituibilidad de distintos medios de transporte, que no se verifica en el mercado vinculado al transporte aéreo de pasajeros. Tal aspecto del fallo, no fue impugnado en forma específica por las reclamaciones, las que, sin embargo, requieren en forma genérica que se prohíban los JBA consultados. En efecto, ninguno de los fundamentos de las impugnaciones se refiere al mercado antes señalado, como tampoco a las razones que permiten al TDLC descartar que tales acuerdos conlleven los riesgos para la libre competencia. En virtud de lo anterior, esta Corte considera que carece de competencia para pronunciarse respecto de la decisión de aprobar los Acuerdos, sólo en cuanto aquellos se refieren al transporte de carga, razón por la que lo resolutivo sólo se referirá a la prohibición de los JBA en tanto éstos dicen relación con el mercado del transporte aéreo de pasajeros, quedando las partes facultadas para suscribir acuerdos en términos específicos, exclusivamente, para el transporte aéreo de carga.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 31 del D.L. N° 211, **se acogen** las



reclamaciones deducidas por la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G, Fiscalía Nacional Económica, Hernán Passalacqua y CONADECUS en contra de la Resolución N° 54 de 31 de octubre de 2018, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y **se decide** que no se aprueban los Joint Business Agreements pactados entre LATAM, American Airlines, Iberia y British Airways, sometidos a consulta del tribunal, en todo aquello relativo al transporte aéreo de pasajeros.

Conforme a lo constatado y expresado en el párrafo final del apartado vigésimo quinto, la FNE estudiará los antecedentes y requerirá lo que proceda en derecho al TDLC.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Arturo Prado Puga.

Rol N° 31.502-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sr. Carlos Aránguiz Z., Sr. Arturo Prado P. y Sra. Ángela Vivanco M. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Aránguiz por estar con licencia médica. Santiago, 23 de mayo de 2019.





HTGPKRKLWD

En Santiago, a veintitrés de mayo de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

