Firmado digitalmente por
Gaston Palmucci
Código validación: 562730047
El presente documento incorpora una firma electrónica avanzada según lo indica la ley Nº19.799. Su validez puede ser consultada a través del código QR, o en el sitio validadocumento.fne.cl utilizando el código de validación indicado anteriormente.

Resolución N° 101 / 09-09-2024
El folio ha sido generado electrónicamente.

ANT.: Investigación sobre frecuencias aéreas internacionales restringidas. Rol N° 2755-24 FNE.

MAT.: Informe de archivo recomendando cambios normativos.

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía, informo al señor Fiscal Nacional Económico acerca de la investigación del antecedente, proponiendo su archivo con recomendación a S.E. el Presidente de la República, a través del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, en conformidad con lo establecido en la letra q) del artículo 39 del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2004, del entonces Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 (en adelante "**DL 211**"), de modificar el Decreto Supremo Nº102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que reglamenta licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales, en virtud de los antecedentes y fundamentos que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 26 de septiembre de 2023, JetSMART Airlines SpA (en adelante "**JetSMART**") ingresó al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante "**H. Tribunal**") una consulta con el objeto de que éste se pronuncie en relación con la licitación de frecuencias aéreas que la Junta de Aeronáutica Civil (en adelante "**JAC**") realizó respecto de la Ruta Santiago- Lima[1], en cuanto a (i) indicar cuáles son los criterios básicos que deben contener las bases de dicha licitación para fomentar la libre competencia, de acuerdo a las condiciones actuales de este mercado, (ii) determinar si corresponde restringir la participación de uno o más incumbentes en dicha licitación, (iii) evaluar la necesidad de establecer límites a la tenencia de

[1] Resolución Exenta N°1220/2023, de 28 de septiembre de 2023, de la Junta Aeronáutica Civil, que Aprueba Bases de Licitación Pública de las Frecuencias Aéreas que Indica. Disponible en causa Rol NC N°524-23, rolante a fojas 8. Disponible en: https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=3&idCausa=42404 [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

frecuencias en la señalada ruta, dados los altos porcentajes de frecuencias aéreas, adjudicadas que exhiben algunos actores y los efectos de red que se podrían derivar de la adquisición de frecuencias adicionales a las que ya tienen en la misma ruta, y (iv) resolver la falta de definición de vigencia o plazo que afecta a algunas frecuencias adjudicadas en esta ruta, que se podría constituir en una barrera anticompetitiva adicional.

2. Mediante resolución de fecha 2 de octubre de 2023, el H. Tribunal dio inicio al asunto no contencioso Rol NC N°524-23, pero restringiendo su alcance, señalando en forma expresa que, el objeto de este procedimiento consiste en **determinar si las reglas establecidas en las bases de licitación pública de las frecuencias aéreas de la Ruta Santiago-Lima establecidas mediante la Resolución Exenta N°1220/2023, de 28 de septiembre de 2023, de la JAC, infringen las disposiciones del DL 211**. El H. Tribunal consideró que la solicitud de pronunciamiento sobre la asignación indefinida de algunas frecuencias adjudicadas en dicha ruta, formulada por JetSMART, "*no se trata de un hecho, acto o convención que pueda infringir las disposiciones contenidas en el D.L. N° 211, al tratarse de una materia regulada en el Decreto Ley N° 2.564 de 1979, así como en el Decreto Supremo N° 102, de 1981, que reglamenta la licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales. En consecuencia, su revisión requeriría iniciar un expediente de recomendación normativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211*[2]*".*

3. Con el objeto de ejercer las facultades contenidas en el artículo 39 del DL 211 y para recabar los antecedentes necesarios para aportar antecedentes en la causa Rol NC N°524-23, esta Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente, "**FNE**" o "**Fiscalía**") resolvió iniciar investigación, con fecha 5 de diciembre de 2023, bajo el Rol FNE N°2746-23.

4. Esta Fiscalía aportó antecedentes en el citado procedimiento conocido por el H. Tribunal, por medio del informe presentado con fecha 5 de febrero de 2024, proveído por resolución de fecha 15 de febrero de 2024 del H. Tribunal. Además, con fecha 31 de julio de 2024, se celebró audiencia pública en la que intervino un representante de la Fiscalía Nacional Económica, quedando desde esa fecha la causa en estado de acuerdo.

5. En el marco de la investigación iniciada por esta Fiscalía, se determinó que en la normativa sectorial -y sin limitarse a la licitación objeto de la consulta ante el H.

[2] Resolución de 2 de octubre de 2023 del H. Tribunal, pronunciada en causa Rol NC N°524-23, rolante a fojas 14. Disponible en: https://consultas.tdlc.cl/do_search?proc=3&idCausa=42404 [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

Tribunal- existen elementos que deben ser revisados desde una perspectiva de la libre competencia, con la finalidad de evaluar la necesidad de recomendar fundadamente modificaciones de rango legal y reglamentario a la normativa sobre asignación, uso, abandono y licitación de las frecuencias aéreas restringidas, motivo por el cual, con fecha 1 de febrero de 2024, se instruyó la apertura de la investigación Rol FNE N°2755-24 que da origen al presente informe, ordenándose, además, compulsar las piezas pertinentes del expediente Rol N° 2746-23[3].

6. De la necesidad de revisión de la normativa sectorial también da cuenta el hecho que, mediante Decreto Exento N°1100, de 14 de marzo de 2024, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones[4] (en adelante "**MTT**") llamó a consulta pública sobre "Reforma al reglamento de licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas internacionales", fundando su consulta en que *"(…) diversos actores de la industria aérea, tanto públicos como privados, han manifestado la necesidad de que el regulador ajuste los mecanismos de asignación y abandono de frecuencias aéreas internacionales, en aspectos como criterios de adjudicación para una licitación pública, periodo de vigencia de las frecuencias asignadas, termino para comenzar a utilizar las frecuencias asignadas, método de garantizar las ofertas, plazos y condiciones para declarar abandonada una frecuencia, entre otros*".

7. Considerando los comentarios recibidos en ese proceso, el 30 de julio de 2024 se publicó en el Diario Oficial una convocatoria conjunta del MTT y la JAC, para participar en un segundo proceso de consulta ciudadana[5], ahora sobre la Propuesta de Reglamento de Licitación Pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales[6] (en adelante, "**Propuesta de Reglamento"**), ello con la finalidad de recabar opiniones y observaciones de los actores de la industria y de la ciudadanía respecto de su contenido. Conforme la información publicada, la consulta se encontró disponible por un plazo de 15 días corridos contados desde la publicación del aviso, es decir hasta el 21 de agosto de 2024.

8. En ese contexto, con fecha 22 de agosto de 2024[7], se solicitó a la JAC "*las respuestas y/o cualquier otro antecedente aportado en el marco de la "Consulta Ciudadana: Propuesta de Reglamento Licitación Pública para asignar frecuencias internacionales*

[3] Resolución FNE N°14, de 1 de febrero de 2024.
[4] Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1202139 [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[5] Disponible en: https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2024/07/30/43912/04/2524969.pdf. [Última visita: 9 de septiembre de 2024]. La consulta también se encuentra pública en el portal web institucional del MTT, disponible en: https://mtt.cl/consulta-reglamentojac. [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[6] Una copia de la propuesta está disponible en www.mtt.gob.cl/wp-content/uploads/2024/07/Propuesta-de-Reglamento-de-Licitación-Pública-para-asignar-Frecuencias-Internacionales-a-Operadores-Aéreos-Nacionales.pdf. [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[7] Oficio Ordinario N°1423/24 FNE, que obra en investigación FNE Rol N°2755-24.

a empresas aéreas nacionales", las que se tuvieron a la vista al momento de elaborar el presente informe.

II.FRECUENCIAS AEREAS Y LIBRE COMPETENCIA

A. ANTECEDENTES GENERALES

9. Históricamente, el mercado aéreo de pasajeros y carga ha estado sujeto a un conjunto de regulaciones especiales que limitan la libre operación de las aerolíneas en los espacios aéreos de cada país[8]. Los motivos de esta regulación tienen que ver con la evolución misma de esta industria y se sostienen, fundamentalmente, en razones de seguridad del espacio aéreo, continuidad del servicio y protección de las empresas nacionales[9]. Así, la regulación del transporte aéreo puede dividirse en tres áreas principales[10]: i) La regulación del mercado, ii) la regulación económica de la infraestructura aeroportuaria y, iii) la regulación técnica y de seguridad[11].

10. En este contexto, las frecuencias aéreas restringidas, objeto de análisis del presente informe, están incluidas en la regulación del mercado, que puede definirse como el grupo de normas domésticas o internacionales que rigen las rutas, las tarifas, el uso de equipos y la competencia entre las aerolíneas, tanto para el servicio de pasajeros como el servicio de carga[12].

11. En esta regulación, tal como lo indica el Código Aeronáutico de Chile[13] y los convenios internacionales[14], el principio fundamental que regula la navegación aérea comercial internacional es el de soberanía de cada estado sobre su espacio aéreo. De esta forma son los propios estados quienes, a través de acuerdos multilaterales o

---

[8] Para más información ver, Fioravanti, Reinaldo; Granada, Isabel; Rodriguez Molina, Raúl; Veverka, Jacob; Ortiz, Paola y Café, Eduardo, (2016). *Temas Actuales para América Latina y el Caribe: Transporte Aéreo Regulación y economía*. Washington, USA: Banco Interamericano de Desarrollo, p.9. Disponible en: http://dx.doi.org/10.18235/0006385 [Última visita: 9 de septiembre de 2024] (en adelante, "**Informe BID 2016**").

[9] Tal como lo se indicado en distintas publicaciones, por ejemplo: Fischer, Ronald, (2008). Política Comercial Estratégica en el Mercado Aéreo Chileno. Documentos de Trabajo N° 246, Centro de Economía Aplicada, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile. Santiago, Chile, p.5-7. Disponible en: https://www.cea-uchile.cl/wp-content/uploads/doctrab/ASOCFILE120080421124144.pdf [Última visita: 9 de septiembre de 2024] (en adelante, "**Informe Fischer**"), Aldo González, (2013). *Estudio sobre el Mercado Aéreo de Transporte de Pasajeros en Latinoamérica*. Informe preparado para CRC América Latina. Ciudad de México, México. p.4. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/09/Airport-Study-260212-CRCAL.pdf [Última visita: 9 de septiembre de 2024] (en adelante, "**Informe González**") y Gönenç, R. y Nicoletti G. (2000), "Regulation, Market Structure and Performance in Air Passenger Transportation", *OECD Economics Department Working Papers*, No. 254, OECD Publishing, Paris. p.4- Disponible en, https://dx.doi.org/10.1787/163610427241 [Última visita: 9 de septiembre de 2024] ("**Informe OECD**").

[10] Informe BID 2016, Op. Cit., p. 6.

[11] La regulación técnica es de aplicación general y sigue las direcciones de la *International Civil Aviation Organization (*en adelante, "***ICAO***"). Para más información ver, Informe Fischer, Op. Cit., p. 8.

[12] Informe BID 2016, Op. Cit., p. 9.

[13] Artículo 1° Código Aeronáutico. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30287 [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

[14] Artículo 1° Convenio de Aviación Civil Internacional, también conocido como Convenio de Chicago. Disponible en https://www.icao.int/publications/Documents/7300_1ed.pdf [Última visita: 9 de septiembre de 2024]. (en adelante, "**Convención de Chicago**").

bilaterales, regulan los permisos o autorizaciones para que las compañías puedan realizar operaciones aéreas comerciales.

12. De esta manera, la soberanía del espacio aéreo ha sido y sigue siendo una doctrina crucial en el desarrollo del derecho de la aviación internacional[15]. Uno de los principales mecanismos que aplican los países para regular la operación de aerolíneas extranjeras en su espacio aéreo es el sistema de libertades del aire establecido por la Convención de Chicago[16], mediante el cual un país otorga a otros países derechos para que compañías extranjeras realicen distintos tipos de operaciones aéreas que involucren el territorio local.

13. El acuerdo antes mencionado establece una clasificación de 9 tipos de libertades, que son utilizadas como referencia en todos los acuerdos, tanto bilaterales entre estados como multilaterales. Como se observa en la Tabla N° 1, las libertades tienen relación con los permisos a los que puede acceder cada aerolínea, siendo las primeras dos las comúnmente aceptadas por todos los países sin imponer ningún tipo de restricción.

Tabla N° 1: Libertades establecidas en acuerdos entre países.

Libertad	Descripción
Primera	Sobrevolar un país sin aterrizar en él
Segunda	Realizar un aterrizaje y/o carga sin motivo comercial (escala técnica)
Tercera	Transportar pasajeros y/o carga desde el país de origen hacia otro país
Cuarta	Transportar pasajeros y/o carga desde otro país al propio
Quinta	Transportar pasajeros y/o carga entre dos países distintos en un vuelo originado en el propio país
Sexta	Transportar pasajeros y/o carga entre dos países distintos realizando escala en el propio país
Séptima	Transportar pasajeros y/o carga entre dos países distintos en un vuelo que no pasa por el país propio
Octava	Transportar pasajeros y/o carga entre dos destinaciones de otro país en un vuelo originado en el propio país
Novena	Transportar pasajeros y/o carga entre dos destinaciones de otro país en un vuelo que no fue originado en el propio país

Fuente: Informe González, Op. Cit., pp.5-6.

14. En la actualidad, la tendencia en el mundo es la liberalización del mercado adoptando un sistema de “cielos abiertos”[17]. De esta forma, la mayoría de los países participan

[15] Para más información ver, Taborda, Ashley (2016). *The exchange of air traffic rights: A system highly flawed, yet seemingly indestructible*. Annals of Air and Space Law, vol. 41. Montreal, Canada. McGill University's Institute of Air and Space Law. Disponible en: https://www.cba.org/Sections/Air-and-Space-Law/Articles/The-exchange-of-air-traffic-rights [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[16] Para más información ver Convención de Chicago, Op. Cit.
[17] Una política de cielos abiertos se puede entender como una desregulación del mercado en que se eliminan restricciones de capacidad y frecuencia, se otorgan hasta quintas y sextas libertades, y se establece una libertad tarifaria. Para más información ver Informe Fischer, Op. Cit., p. 9.

en acuerdos multilaterales o bilaterales en los que hay escasas restricciones para las operaciones aéreas comerciales de distintas compañías. Sin embargo, aún persisten algunos acuerdos bilaterales que imponen restricciones adicionales en dicha operación.

15. En Chile, actualmente rige una política aérea de cielos abiertos, cuyos principios fundamentales son: (i) el libre ingreso a los mercados, permitiendo la operación de todas las empresas nacionales o extranjeras que cumplan los requisitos técnicos y de seguridad; (ii) la libertad en la fijación de tarifas, de modo que las empresas aéreas establecen libremente las tarifas que aplicarán, careciendo la autoridad de atribuciones para fijar pecios; (iii) mínima intervención de la autoridad, desarrollándose la actividad aerocomercial bajo las reglas del mercado y la libre competencia; y (iv) liberalización de propiedad y control, no existiendo restricciones legales a la constitución de una empresa aérea chilena, tanto en materia de capital (propiedad) o administración, la que puede estar, parcial o totalmente, en manos de extranjeros[18].

16. Todo lo anterior, reduce los requisitos de índole administrativo en beneficio de la eficiencia del mercado y el bienestar social[19].

17. Asimismo, existen acuerdos bilaterales de transporte aéreo entre Chile y varios países[20] que pueden establecer ciertas limitaciones en el transporte de pasajeros y/o carga[21]. Estas restricciones, afectan las condiciones de competencia en los mercados aeronáuticos internacionales[22], circunstancia que justifica su análisis desde una perspectiva de libre competencia[23].

18. Respecto a la presente investigación, esta se concentrará en la tercera, cuarta, quinta y sexta libertades, ello debido a que, sobre estas libertades, versan los convenios bilaterales restringidos suscritos por Chile, los que incluyen una regulación especial respecto a su operación[24].

---

[18] Así la establece la JAC. Para más información ver http://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[19] Ibíd.
[20] Un listado de todos los acuerdos firmados por Chile se encuentra disponible en: http://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial/acuerdos-de-transporte-aereo/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[21] La principal restricción tiene relación con acotar la operación a un determinado número de frecuencias. La JAC mantiene un listado de los acuerdos en los que se tienen restricciones de este tipo. El listado está disponible en https://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial/grado-de-apertura/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[22] Informe Fischer, Op. Cit., p. 4.
[23] En cuanto a la regulación de la industria, en Chile esta está a cargo de la JAC que tiene por misión la dirección de la aviación civil y la política aerocomercial dentro del territorio nacional. Ver Artículos 3 y 6 letras a) y b) del Decreto con Fuerza de Ley N°241, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que fusiona y reorganiza diversos servicios relacionados con la aviación civil.
[24] Para más información ver la tabla de acuerdos suscritos por Chile hasta julio de 2024. Disponible en https://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial/grado-de-apertura/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

B. FRECUENCIAS RESTRINGIDAS

19. Cómo ya se señaló, una restricción habitual en el mercado, objeto de esta investigación, es el establecimiento de un número fijo de frecuencias[25], acordadas bilateralmente entre dos países, que luego son asignadas a las aerolíneas de cada país para que puedan operar en una o más rutas determinadas, requiriendo, para tal efecto, una autorización expresa por parte del regulador[26].

20. Desde una perspectiva de libre competencia, una restricción de esta naturaleza se constituye en una barrera de tipo legal a la entrada en el mercado, ya que dicha asignación de frecuencias restringidas constituye un insumo escaso y necesario para prestar el servicio de transporte aéreo[27].

21. Esto ya ha sido previamente constatado por la FNE, que en causa rol C-148-2007 seguida ante el H. Tribunal destacó que: "*la existencia del principio de reciprocidad limita las frecuencias aéreas internacionales, de manera que su posesión es condición necesaria para competir, pudiendo la concentración de estos insumos convertirse en una barrera a la entrada al mercado*"[28]. A mayor abundamiento, en aporte de antecedentes en causa Rol NC 388-2011 también del H. Tribunal, señaló que "*otra circunstancia que constituye una barrera a la entrada al mercado aéreo es la existencia de frecuencias aéreas internacionales restringidas en nuestro país*"[29].

22. Sobre este punto se debe tener presente que los efectos que esta restricción produce en la competencia están directamente relacionados con el mecanismo y condiciones de asignación de las frecuencias aéreas restringidas que se utilicen.

23. En la actualidad se utilizan diversos mecanismos de asignación para este tipo de frecuencias; por ejemplo, el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América contempla como mecanismo la asignación directa por parte de la autoridad (Departamento de Transportes, por sus siglas en inglés, DOT), previo un proceso de revisión de solicitudes, considerando como criterios a evaluar la salud financiera de

[25] En el presente informe una frecuencia se define como la operación regular de un vuelo de ida y vuelta en una ruta internacional determinada en el periodo de una semana. Artículo N° 1 de la "*Propuesta de Reglamento de Licitación Pública para asignar Frecuencias Internacionales a Operadores Aéreos Nacionales*" disponible en https://www.mtt.gob.cl/wp-content/uploads/2024/07/Propuesta-de-Reglamento-de-Licitación-Pública-para-asignar-Frecuencias-Internacionales-a-Operadores-Aéreos-Nacionales.pdf [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[26] Conforme lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley de Aviación Comercial, puede ocurrir que, en virtud de negociaciones de convenios o por razones de reciprocidad, se disponga de un número inferior de frecuencias internacionales en una ruta determinada que operadores nacionales interesados para operar en ella.
[27] Ver, por ejemplo, Informe Fischer, Op. Cit., p.4, Informe González, Op. Cit., pp.63-66.
[28] Requerimiento FNE causa C-148-2007 del H. Tribunal, párrafo 4.
[29] Aporte de antecedentes FNE causa NC 388-2011 del H. Tribunal, párrafo 192.

las aerolíneas, su capacidad para mantener operaciones y sus propuestas de servicio[30].

24. En Brasil, la autoridad Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), revisa las solicitudes presentadas por los operadores, de acuerdo con varios criterios, como la disponibilidad de frecuencias conforme a los acuerdos bilaterales y el impacto en la competencia, la conectividad y el desarrollo del sector aéreo en Brasil. Si existe más de un operador interesado, y la suma de las frecuencias solicitadas es mayor a las frecuencias disponibles, el 50% de ellas son distribuidas equitativamente entre las empresas entrantes solicitantes, respetando el límite solicitado por cada una. Las frecuencias restantes, por su parte, son distribuidas equitativamente entre todas las empresas solicitantes, respetando también el límite solicitado por cada una. Por último, si en esa distribución quedan menos frecuencias que el número de empresas solicitantes se debe privilegiar, en el respectivo orden: (i) a la empresa que no tenga una frecuencia de baja utilización en el mercado en cuestión; y (ii) a la empresa cuya participación de mercado tras la asignación sea menor. En caso de empate, la asignación de las frecuencias se hace por sorteo[31].

25. Algunos matices presenta el mecanismo utilizado por Perú. El proceso de solicitud y asignación de las frecuencias restringidas consiste en que la DGAC de Perú convoca a las aerolíneas, mediante un aviso en el Diario Oficial, para que manifiesten su interés en adquirirlas. Si existe solo un interesado, la DGAC de Perú asigna las frecuencias al operador que las haya solicitado. Por su parte, si existen más interesados que frecuencias disponibles, la DGAC de Perú organiza un concurso público para asignarlas (salvo que medie acuerdo de distribución entre los interesados, que deberá ser aprobado por la DGAC de Perú)[32].

26. En Chile, conforme la normativa vigente, según se especificará *infra*, la asignación de frecuencias internacionales a las compañías aéreas establece como mecanismo de asignación la licitación pública. Sobre este punto la FNE ha sostenido que, "*es posible considerarlo como una barrera a la entrada al mercado del transporte aéreo*"[33].

27. En específico, sobre la licitación en base a oferta monetaria como mecanismo de asignación, esta Fiscalía ha señalado que "(…) *el valor del producto o insumo a licitar depende de la cantidad con que ya cuenta cada empresa, existiendo un claro*

[30] Respuesta JAC al Oficio Ordinario N° 1423 de 22 de agosto de 2024 que obra en investigación FNE Rol N°2755-24.
[31] Respuesta de Latam a Oficio Ord. N°230 de 7 de febrero de 2024, que obra en la investigación FNE Rol N°2755-24.
[32] Ibid. Ídem.
[33] Ibid. Ídem, párrafo 197.

dominante en la ruta, razón por la cual aquel mecanismo debería ser modificado, incorporando consideraciones de competencia para la industria"[34].

28. Sobre este punto, cabe tener presente que la opinión de esta Fiscalía ha sido refrendada por el H. Tribunal, que ha reconocido que, "(...) *una de las barreras a la entrada que todavía es de importancia, en el tráfico aéreo en Latinoamérica, está constituida por la existencia de frecuencias de vuelos restringidas entre los países de la región, especialmente si se considera que en Chile el mecanismo aún vigente de asignación de estas frecuencias favorece a la empresa dominante y, por ello, ha sido considerado como anticompetitivo por este Tribunal (…)"*[35]. Si además tenemos presente que "*al asignar las frecuencias se está entregando el derecho a la explotación de un recurso escaso, es importante analizar el plazo de vigencia de las frecuencias asignadas y el mecanismo de revocación de las mismas"*[36].

29. En consecuencia, la forma de asignación, el plazo para su uso y los mecanismos de recuperación de los derechos de tráfico entre dos países podrían incidir en las condiciones de competencia que prevalecerán en el mercado. Para un mejor análisis de estos posibles impactos, a continuación, describimos brevemente la actual regulación, la jurisprudencia relevante y la propuesta de cambios presentada por el MTT en julio pasado.

C. MECANISMO DE ASIGNACIÓN ACTUAL

30. La asignación de las frecuencias aéreas restringidas se encuentra regulada en el Decreto Ley N°2.564 de 1979[37], que dicta normas sobre aviación comercial (en adelante "**Ley de Aviación Comercial**" o "**LAC**") y en el Decreto Supremo N°102, de 1981[38], del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que reglamenta la licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales ("**Reglamento**").

31. Conforme la Ley de Aviación Comercial, en caso de que se "*dispusiere de un numero inferior de frecuencias internacionales en una ruta determinada que operadores nacionales interesados para operar en ella, tales frecuencias se asignarán a estos*

[34] Requerimiento FNE causa C-148-2007 del H. Tribunal, párrafo 3.
[35] Resolución N°37/2011 H. Tribunal, párrafo 347.
[36] Sentencia 44/2006 H. Tribunal, c° 10°.
[37] Modificado mediante i) Decreto Ley N°3.057 de 1979, del Ministerio de Hacienda que modifica disposiciones sobre seguros del Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, y normas relativas a productores de seguros; ii) Decreto Ley N° 3.574 de 1980 del MTT que modifica el Decreto Ley N° 2.564, de 1979, sobre aviación comercial y el Decreto con Fuerza de Ley N° 241, de 1960, orgánico de la Junta de Aeronáutica Civil; iii) Ley N°18.243 de 24 de septiembre de 1983, que sustituye artículo 2° del Decreto Ley N° 2.564, de 1979, sobre aviación comercial; iv) Ley N°18.382 de 28 de diciembre de 1984, sobre normas complementarias de administración financiera, personal y de incidencia presupuestaria y; v) Ley N°19.738 de 19 de junio de 2011 sobre normas para combatir la evasión tributaria.
[38] Modificado por el Decreto N°76 del 5 de octubre de 2002 y el Decreto N°50 del 6 de septiembre de 200, ambos del MTT.

operadores por la Junta de Aeronáutica Civil mediante licitación pública, de acuerdo con las condiciones y procedimientos que fije el reglamento"[39].

32. Complementa lo anterior, lo dispuesto en el artículo 1° del Reglamento, el que estipula que una frecuencia internacional será asignada mediante licitación pública cuando existan "*dos o más operadores nacionales interesados en operarla"*, ya sea que por acuerdo entre las autoridades aeronáuticas se disponga de una nueva frecuencia para las empresas aéreas chilenas en una ruta determinada; haya vencido el plazo por el que se asignaron frecuencias a algún operador, según el artículo 4° del Reglamento; o en caso que una frecuencia en una ruta internacional determinada deba entenderse abandonada por la empresa nacional que la posea.

33. En lo que respecta a la licitación pública, el Reglamento vigente indica que la JAC debe llamar a licitación para asignar las frecuencias disponibles[40], en base a ofertas de dinero, ya que estas deben ser asignadas a la empresa que haya ofrecido la mayor suma por cada una de ellas[41]. Precisa el Reglamento que, en caso de que exista un único interesado por cada frecuencia disponible, dichas frecuencias se asignarán sin necesidad de oferta. Por el contrario, si existe más de un interesado, se reciben las ofertas por cada frecuencia, previa entrega de garantías que la aseguren. Por último, cabe tener presente que el inciso final del artículo 4° establece que "*[l]as frecuencias se asignarán por un plazo de cinco años a contar de la fecha de asignación*".

34. En cambio, si el número de frecuencias es mayor al de operadores nacionales interesados para operar en ella, la JAC ha interpretado, *a contrario sensu*, que la asignación debe hacerla de manera directa al operador interesado, y por un plazo indefinido[42].

35. Ni la LAC ni el Reglamento establecen mecanismos para determinar la existencia de uno o más interesados en las frecuencias aéreas disponibles. Por ello, la JAC ha utilizado diferentes procedimientos para determinarlo[43], pero desde el año 2015 ha asignado frecuencias restringidas únicamente mediante licitación pública.

---

[39] Artículo 3°, inciso primero LAC.
[40] Artículo 2° del Reglamento: "La Junta de Aeronáutica Civil llamará a licitación pública para asignar la o las frecuencias disponibles, en base a ofertas en dinero mediante la publicación de un aviso en el Diario Oficial y en un diario de Santiago, señalando las características de las frecuencias, el tipo y monto de la garantía que se deba rendir para participar, y el lugar, fecha y hora de apertura de la licitación, la que no podrá efectuarse antes de 15 días contados desde la publicación del aviso".
[41] Artículo 4° del Reglamento: "La Junta de Aeronáutica Civil asignará la o las frecuencias disponibles a la empresa que haya ofrecido la mayor suma de dinero por cada una de ellas, y procederá a devolver la garantía a los interesados restantes. Si al llamado a licitación se presenta un solo interesado por cada frecuencia disponible, la frecuencia respectiva se asignará sin necesidad de oferta".
[42] Respuesta Oficio Ord. N°1841-23 que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.
[43] Según información recabada por esta Fiscalía y aportada en el procedimiento NC- N°524-23 del H. Tribunal, *"[u]no de ellos consistía en que una vez obtenidas nuevas frecuencias aéreas, la JAC comunicaba a los operadores aéreos los resultados de la negociación para conocer el interés que pudiera existir en las frecuencias obtenidas, y así poder determinar si había más interesados que frecuencias disponibles y proceder a la licitación pública. En caso de constatarse que el número solicitado en conjunto por los operadores era menor al*

36. Por último, se debe tener presente que, conforme lo dispuesto en el artículo 7° del Reglamento, si una empresa chilena no opera regularmente una determinada frecuencia internacional[44] por un plazo superior a seis meses, la JAC podrá declararla abandonada, para efectos de que quede sujeta a una nueva asignación por dicho organismo.

37. De esta forma, respecto de las frecuencias aéreas restringidas o limitadas, el mecanismo de asignación que en definitiva se utilizará, dependerá de si el número de frecuencias es inferior o superior al requerido por los operadores nacionales interesados en ellas. Si el número de frecuencias es mayor al total solicitado por los operadores interesados, la asignación se realizará en forma directa por la JAC. Por el contrario, si el número de frecuencias disponibles es menor al número solicitado por los operadores interesados, la asignación será a través de una licitación pública en base a oferta monetaria.

D. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES RELEVANTES

38. De acuerdo con lo indicado previamente por esta Fiscalía, en el aporte de antecedentes realizado en causa Rol NC-N°524-2023 seguida ante el H. Tribunal[45], respecto a este mercado y a la materia objeto del presente informe, resultan relevantes la Sentencia N° 44/2006, Sentencia N° 81/2009 y la Resolución N°37/2011, todas del H. Tribunal, así como también el fallo pronunciado por la Excma. Corte Suprema, con fecha 15 de junio de 2009, en causa Rol N°1855-2009.

39. Con fecha 26 de septiembre de 2006, el H. Tribunal dictó la sentencia N°44 de 2006, por medio de la cual se acogió parcialmente la demanda de SKY Airline S.A. en contra del MTT, la JAC, Lan Airlines S.A y Lan Cargo por la dictación y aplicación del Reglamento, y por las adjudicaciones de frecuencias aéreas internacionales para rutas a Brasil en el proceso de licitación finalizado el día 20 de junio de 2005. En aquella ocasión, el H. Tribunal declaró que el Reglamento presentaba características que restringen la libre competencia en la asignación de frecuencias internacionales restringidas; y, en consecuencia, propuso su modificación a S.E. la Presidenta de la República, por intermedio del MTT, sobre la base de los principios de libre competencia, transparencia, no discriminación, y de eficiencia asignativa en la

disponible, procedía a asignar directamente -y de forma indefinida- de acuerdo con la solicitud de cada operador. Asimismo, un operador aéreo podía solicitar directamente a la JAC la asignación de frecuencias aéreas y si el número de frecuencias solicitadas era menor al número de frecuencias disponibles y éstas no habían sido solicitadas por otros operadores, se asignaban directamente al solicitante. En otros casos, ante un reducido número de frecuencias disponibles, la JAC ha considerado que la misma licitación pública es el mejor método para determinar si existen más operadores interesados que frecuencias disponibles (…)". Aporte de antecedentes FNE, p. 8.

[44] "*Se entiende por operación regular la realización de un vuelo semanal en una frecuencia internacional*". Sentencia N°44/2006 H. Tribunal, c° 12°.

[45] Aporte de antecedentes FNE, causa Rol NC 524-2023 del H. Tribunal.

adjudicación, uso, abandono y relicitación de las frecuencias enumerados en el considerando quincuagésimo quinto de su sentencia.

40. Acogiendo una de las propuestas contenidas en la Sentencia N°44/2006, con fecha 6 de julio de 2007 se dictó el Decreto Supremo N°50, de 2007, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que modificó el Reglamento. La modificación consistió en la derogación del artículo 3º del Reglamento que establecía que las ofertas en el proceso de licitación pública debían efectuarse a viva voz. De esta forma, quedó en manos de la JAC determinar la forma en que se harían dichas ofertas.

41. Con fecha 16 de enero de 2009, el H. Tribunal dictó la Sentencia N°81/2009 que acogió el requerimiento interpuesto por la FNE con fecha 22 de octubre de 2007, en cuanto declaró que las bases de licitación elaboradas por la JAC, que regulaban el proceso de licitación pública de siete frecuencias directas entre las ciudades de Santiago y Lima, publicadas en el Diario Oficial del 8 de octubre de 2007, eran contrarias a las disposiciones del DL 211. En consecuencia, el H. Tribunal ordenó a la JAC, entre otros, modificar dichas bases[46]; realizar un monitoreo constante y eficaz del uso efectivo u operación regular por parte de las aerolíneas de los derechos de tráfico o frecuencias que se les hayan adjudicado; y asegurar que las bases de licitaciones de frecuencias aéreas internacionales que realizara en lo sucesivo garantizaran la creación de las mejores condiciones de competencia. Por otro lado, el H. Tribunal propuso a S.E. la Presidenta de la República, a través del MTT, realizar una serie de modificaciones a la Ley de Aviación y al Reglamento[47]. Adicionalmente, el H. Tribunal recomendó que se estudiara la conveniencia de establecer una limitación a la duración de las frecuencias aéreas ya asignadas con carácter de indefinidas.

42. Con fecha 15 de junio de 2009, la Excelentísima Corte Suprema (“CS”), acogió los recursos de reclamación interpuestos por la JAC y Lan Airlines S.A. en contra de la Sentencia N°81/2009 (Sentencia Rol N°1855-2009). Conforme a lo resuelto por la CS,

---

[46] *“(…) a fin de que éstas establezcan que la autoridad aeronáutica chilena podrá adjudicar a un mismo postulante, en una primera ronda, como máximo un 75% del total de frecuencias aéreas internacionales directas existentes en la ruta Santiago-Lima, sumadas las asignadas y por asignar (…)”.* Sentencia N°81/2009 H. Tribunal, Resuelvo 2.a).

[47] Específicamente: “(i) *modificar las normas pertinentes del Decreto Ley Nº 2564, de 22 de junio de 1979, y del Código Aeronáutico, a fin de que Chile realice una apertura unilateral de cielos, incluyendo el cabotaje por empresas aéreas de otros Estados sin exigencias de reciprocidad, (ii) modificar el Decreto Ley Nº 2564 a fin de que la Junta de Aeronáutica Civil deba siempre y en todos los casos llamar a licitación pública -en condiciones que faciliten la participación de múltiples interesados- cada vez que existan frecuencias disponibles, sin hacer distinción alguna de causas que originen la necesidad de tal asignación, (iii) modificar las normas pertinentes del Decreto Ley Nº 2564, de 22 de junio de 1979, a fin de que se limite la duración de todas las frecuencias aéreas internacionales que se asignen en el futuro y, (iv) modificar el reglamento de asignación de frecuencias aéreas restringidas, contenido en el Decreto Supremo N° 102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de modo tal que éste, de acuerdo con los términos contenidos en la presente sentencia, establezca la obligación de la autoridad aeronáutica de asegurar, en cada caso, las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo en las rutas respectivas, por lo que dicho reglamento deberá establecer la obligación de considerar criterios que apunten a ese objetivo*”. Sentencia N°81/2009 H. Tribunal, Resuelvo N°3.

al elaborar las bases, la JAC "*no hizo más que dar fiel cumplimiento a la legislación vigente que resulta aplicable en la especie. Es el Decreto Supremo N° 102, por remisión del Decreto Ley 2564, el que establece que las frecuencias deben ser asignadas a la empresa que haya ofrecido la mayor cantidad de dinero por cada una de ellas, encontrándose obligada la Junta a elaborar las bases de licitación en concordancia con tales condiciones*"[48-49]

43. Con fecha 21 de septiembre de 2011, el H. Tribunal dictó la Resolución N°37/2011, con ocasión de la consulta de la Corporación de Consumidores y Usuarios de Chile sobre la operación de concentración entre Lan Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A., procedimiento Rol NC N°388-11 ("Operación"), por medio de la cual se autorizó la referida operación de concentración. En dicha resolución, el H. Tribunal resolvió condicionar la aprobación de la Operación al cumplimiento de 14 medidas de mitigación, tanto estructurales como conductuales.

44. En lo relevante al presente informe, la condición octava de la Resolución N°37/2011 estableció que las compañías chilenas controladas por LATAM ("Compañías Chilenas LATAM"):

(i) Debían renunciar, dentro de 12 meses desde perfeccionada la Operación, a cuatro frecuencias de 5ª libertad a Lima para ser adjudicadas a otra aerolínea chilena;

(ii) Deben abstenerse de participar en las futuras licitaciones de derechos de tráfico entre Santiago y Lima, en la medida que existan otras aerolíneas chilenas interesadas y que las compañías controladas por LATAM posean el 75% o más de tales frecuencias, sin escalas, asignadas o por asignar a Chile. Tal máximo regirá por separado, tanto respecto de derechos de tráfico de 3ª y 4ª libertad entre Santiago y Lima, sin escalas en el territorio nacional, como respecto de los de 5ª libertad;

(iii) En caso de que no hubiese otros interesados, las Compañías Chilenas LATAM podrán solicitarlas y, de adjudicarse frecuencias a Lima por sobre los máximos indicados, el uso de éstas se limitará a 5 años -que es el límite máximo que considera la norma en casos en los que hay concurso con más de un interesado al cabo de los cuales LATAM deberá renunciar a ellos, los que serán asignados en un nuevo concurso; y

(iv) Las Compañías Chilenas LATAM podrán adjudicarse nuevas frecuencias aéreas restringidas a asignarse a compañías chilenas, pero en caso de no

[48] Véase sentencia Rol N°1855-2009 CS, C. 7°.
[49] Ibid. Ídem, c° 11°.

haber interesados el goce de éstas se limitará a 5 años -que es el tope que considera la norma en casos en que hay concurso con más de un interesado- al cabo de los cuales la o las Compañías Chilenas LATAM que corresponda(n) deberá(n) renunciar a ellas, las que serán asignadas en un nuevo concurso.

45. Por último, y conforme la materia objeto de análisis de este informe, cabe señalar que, sobre el mecanismo de asignación de las frecuencias aéreas internacionales restringidas considerado en nuestra regulación sectorial -la licitación pública-, el H. Tribunal ha indicado que, "(…) *bajo las condiciones descritas, un mecanismo de asignación de frecuencias internacionales restringidas vía licitación, como el actualmente en uso, basado únicamente en ofertas monetarias, favorece inequívocamente a la empresa dominante y disminuye significativamente la capacidad de una aerolínea entrante para adjudicarse una frecuencia limitada*(…)[50]".

46. A efectos de robustecer el análisis previo, no puede desatenderse lo que el H. Tribunal ha señalado respecto al criterio de asignación de la licitación pública, esto es la mejor oferta económica: *"(…) en opinión de este Tribunal, resulta fundamental para resolver el caso sub lite entender que, dada la estructura de la industria de transporte aéreo en, desde y hacia Chile, es del todo inadecuado, desde el punto de vista de la promoción y defensa de la libre competencia, que el sistema de asignación de frecuencias aéreas se base sólo en la mejor oferta monetaria*"[51].

E. PROPUESTA DE REGLAMENTO SUJETO A CONSULTA PÚBLICA

47. Tal como ya se indicó en los Antecedentes de este informe, con fecha 30 de julio de 2024 el MTT sometió a consulta pública la Propuesta de Reglamento. En términos generales, la Propuesta de Reglamento incorpora nuevas reglas de adjudicación y abandono de frecuencias áreas, ello, según lo expresado por el MTT, con la finalidad de generar una mayor competencia y corregir la alta concentración que se evidencia en algunas rutas del mercado aeronáutico y los bajos niveles de uso que los operadores aéreos tienen respecto de las frecuencias que le son asignadas[52].

48. En primer lugar, la Propuesta de Reglamento modifica el criterio de adjudicación de la licitación pública. Como se indicó *supra*, actualmente la adjudicación de la licitación debe hacerse al operador aéreo que realiza la oferta económica más alta, mientras que, conforme la Propuesta de Reglamento, la adjudicación debe realizarse al

[50] Sentencia 44/2006 H. Tribunal, c° 44°.
[51] Sentencia 81/2009 H. Tribunal, c° 30°.
[52] Sentencia 44/2006 H. Tribunal, c° 44°.
[52] Al respecto véase: https://mtt.cl/wp-content/uploads/2024/07/Propuesta-de-Reglamento-de-Licitaci%C3%B3n-P%C3%BAblica-para-asignar-Frecuencias-Internacionales-a-Operadores-A%C3%A9reos-Nacionales.pdf. [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

operador que proponga el mayor porcentaje de uso de la respectiva frecuencia aérea licitada, reservando el criterio de la oferta económica sólo para casos de desempate[53].

49. También se destaca que la Propuesta de Reglamento aumenta el plazo de asignación de las frecuencias aéreas, de cinco a ocho años[54].

50. En segundo lugar, la Propuesta de Reglamento introduce modificaciones al procedimiento para la reducción de frecuencias, simplificándolo y asegurando una participación en el mercado a cada operador, ya que, en caso de no haber renuncias voluntarias o acuerdos de reducción entre los operadores, o que estos fueren insuficientes, las frecuencias aéreas se les restarán "*proporcionalmente al total que mantenga cada uno en la respectiva ruta*"[55] [56].

51. Como tercer aspecto a destacar, la Propuesta de Reglamento introduce las figuras de transferencia y renuncia de frecuencias. Para que opere la transferencia de frecuencias aéreas desde un operador aéreo asignatario a otro, es necesario que el adquirente lo informe a la Secretaría General de la JAC, a fin de que ésta dicte un acto administrativo en el que constate que el adquirente es un operador aéreo nacional y declare el plazo restante de utilización[57].

52. Respecto a la renuncia, la Propuesta de Reglamento establece la sanción aplicable al operador aéreo que renuncie a una o más frecuencias, disponiendo que éste *no podrá volver a ser asignatario de las mismas, salvo que ellas no sean asignadas a otro operador"*[58].

53. Finalmente, en lo que resulta pertinente para este informe, la Propuesta de Reglamento introduce modificaciones a la figura del abandono de frecuencias. El actual Reglamento dispone que "*[s]i una empresa chilena no opera regularmente, por un lapso superior a seis meses, una determinada frecuencia internacional, la Junta*

[53] Artículo 5° de la Propuesta de Reglamento.
[54] Artículo 8° de la Propuesta de Reglamento.
[55] Artículo 11 Propuesta de Reglamento.
[56] El artículo 8° del Decreto N°102 del MTT dispone que: "*Si fuere necesaria la reducción del número de frecuencias operadas por empresas nacionales en una ruta internacional determinada y dichas empresas no llegaren a un acuerdo al respecto entre ellas, éstas serán afectadas por la reducción en el orden siguiente.*
1.- Se restará una frecuencia a cada operador.
2.- Si restada una frecuencia a cada operador, el total de frecuencias que éstos mantengan fuere inferior al total de frecuencias disponibles, la o las frecuencias que constituyan la diferencia se licitarán entre los operadores nacionales de la ruta en conformidad a lo establecido en el presente reglamento, en lo que corresponda.
3.- Si restada una frecuencia a cada operador, el total de frecuencias que éstos mantengan fuere superior al total de frecuencias disponibles, se restará una frecuencia adicional a cada operador que aun conserve frecuencias. El proceso se repetirá hasta que el número total de frecuencias que los operadores conserven sean igual o inferior al número de frecuencias disponibles.
4.- Si al aplicar lo dispuesto en los números 1 y 3 anteriores, el total de frecuencias que las empresas mantengan fuere igual al total de frecuencias disponibles y uno o más de los operadores hubiere quedado sin frecuencia adicional a cada operador que aún conserve frecuencias, para los efectos de ser licitadas entre los operadores nacionales de la ruta, en conformidad a lo establecido en el presente reglamento, en lo que corresponda.".
[57] Artículo 12 de la Propuesta de Reglamento.
[58] Artículo 14 de la Propuesta de Reglamento.

de Aeronáutica Civil <u>podrá</u> considerar abandonada dicha frecuencia (…)"[59]. Bajo la Propuesta de Reglamento, se entiende que se produce el abandono de una o más frecuencias aéreas de una ruta determinada "*cuando el asignatario no haya cumplido, en un periodo móvil de 26 semanas consecutivas, con el porcentaje de uso que se encuentre obligado a cumplir (…)*"[60].

54. Además, la Propuesta de Reglamento establece el procedimiento de cálculo para determinar la cantidad de frecuencias que deben ser declaradas abandonadas, esto en atención a la diferencia que exista entre el porcentaje de uso que debe cumplir el operador y el porcentaje de uso efectivamente realizado[61].

55. Como último aspecto a destacar en materia de abandono de frecuencias, la Propuesta de Reglamento dispone que, en caso de que el operador aéreo sea asignatario de más de una frecuencia aérea, el abandono afectará a aquellas que le hayan sido asignadas con fecha más antigua. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo transitorio de la Propuesta de Reglamento[62], ya que ese mismo artículo establece expresamente que a los asignatarios de frecuencias aéreas, asignadas con anterioridad a la entrada en vigor del reglamento, les resulta aplicable lo dispuesto en materia de Abandono de Frecuencias (Titulo VI de la Propuesta de Reglamento), debiendo la Secretaria General de la JAC, determinar los porcentajes de uso de dichas frecuencias que se deberán cumplir en cada ruta.

III.CONDICIONES ACTUALES EN EL MERCADO CHILENO

56. De las diligencias realizadas por esta Fiscalía, es posible indicar que el Estado de Chile mantiene acuerdos bilaterales que incluyen algún grado de restricción en cuanto a frecuencias[63] con los siguientes países: Alemania, Arabia Saudita, Canadá, China, Colombia, España, Francia, India, Perú y Suiza.

57. Adicionalmente, existen casos, como el de Jordania y Fiji, en que más bien se trata de una restricción completa, con la opción de aprobar frecuencias individuales. Por otro lado, en el caso de Australia se establece una restricción al número de asientos disponibles, sin limitar el número de frecuencias: el acuerdo bilateral establece un límite máximo de 4.000 asientos semanales para los operadores nacionales en las

[59] Artículo 7° del Decreto N° 102 del MTT.
[60] Artículo 16 de la Propuesta de Reglamento.
[61] Ibid. Ídem.
[62] Artículo Transitorio de la Propuesta de Reglamento: "*Las frecuencias aéreas internacionales asignadas antes de la entrada en vigor de este Reglamento mantendrán su vigencia en las mismas condiciones en que fueron otorgadas*".
[63] Cabe indicar que no existen frecuencias restringidas con ningún país para 7ª, 8ª o 9ª libertad. Disponible en: https://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial/grado-de-apertura/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

rutas a ese país para 3ª y 4ª libertad; y una limitación de 4.000 asientos bajo 5ª libertad, estableciendo puntos de destino específicos.

58. En los convenios con la Federación Rusa y Cuba, no se establecen frecuencias restringidas, sino que más bien establecen, *ex ante*, los puntos permitidos para hacer paradas intermedias en 5ª libertad. Lo mismo pasa en el acuerdo bilateral con México, que establece una autorización especial para vuelos de pasajeros de 5ª libertad y solo permite puntos intermedios en el transporte de carga cuando estos se encuentran en Latinoamérica[64].

59. También se pudo constatar que el número de las frecuencias restringidas y las libertades que estas comprenden difieren en cada acuerdo. Como se observa en la Tabla N°2 siguiente, la intensidad y alcance de las restricciones incluidas en los acuerdos celebrados por Chile son distintas, así como también los potenciales impactos en la competencia en estos mercados.

60. En efecto, con Perú, Alemania, Francia e India, Chile tiene restringidos los derechos de 3ª, 4ª, 5ª y 6ª libertad. Además, en los tres primeros países existen vuelos directos desde Chile. Por su parte, con España, Canadá, Colombia, Arabia Saudita, China y Suiza, Chile tiene acuerdos de cielos abiertos respecto de los derechos de 3ª y 4ª libertad, y frecuencias restringidas respecto de los derechos de 5ª y 6ª libertad.

Tabla N° 2: Frecuencias restringidas establecidas en acuerdos bilaterales

País	Número de Frecuencias Restringidas		Vuelos directos de Pasajeros
	3ª y 4ª Libertad	5ª y 6ª Libertad	
Perú	84	14	Si
Alemania	10	10[65]	Sí
Francia	7	7[66]	Sí
India	14[67]		No
España	Cielos abiertos	21	Si
Colombia	Cielos abiertos	7[68]	Si
Arabia Saudita	Cielos abiertos	21[69]	No
Canadá	Cielos abiertos	14	No
China	Cielos abiertos	28	No
Suiza	Cielos abiertos	7	No

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de la JAC[70]

[64] Para más información, ver https://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial/grado-de-apertura/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[65] Sólo de 5ª libertad, según lo informado por la JAC en cuadro de derechos de tráfico, disponible en: https://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial/grado-de-apertura/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[66] Más 7 frecuencias semanales con 5ª libertad a Papeete; y más 3 frecuencias cargueras, según lo informado por la JAC en cuadro de derechos de tráfico.
[67] En el caso de India, las frecuencias restringidas puedes ser utilizadas para cualquiera de las libertades indicadas.
[68] En este caso, la restricción es menor pues sólo aplica a países que no sean miembros de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil, "CLAC". Para más información, ver https://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial/grado-de-apertura/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[69] En el caso de Arabia Saudita la restricción solo aplica al servicio de pasajeros. Para más información, ver https://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial/grado-de-apertura/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[70] Listado de acuerdos binacionales, disponible en: https://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial/grado-de-apertura/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

61. De la tabla anterior también se desprende cuáles son los mercados donde estas restricciones tienen una mayor incidencia. En efecto, las restricciones de 3ª y 4ª libertad tenderían a provocar un efecto directo sobre las condiciones de competencia en las rutas que unen Chile con Perú, Alemania y Francia, en particular frente a la presencia de vuelos directos a esos destinos. Por su parte, la restricción de 5ª libertad es más relevante para Chile respecto de destinos más lejanos, en virtud de su ubicación geográfica[71], en rutas donde se tienen vuelos directos y la aerolínea respectiva mantiene alianzas comerciales con otras compañías, que le permiten alcanzar nuevos destinos mediante códigos compartidos, sin la necesidad de usar aviones propios[72].

62. En cuanto a la importancia de estas restricciones, tomando como variable de análisis el número de pasajeros transportados y estudiando las rutas restringidas de 3ª y 4ª libertad con vuelos directos desde o hacia Chile, se observa en la Tabla N° 3 que las rutas hacia y desde Perú representan en promedio el 16,4% del total de pasajeros internacionales transportados en los años 2019, 2022 y 2023.

Tabla N° 3: Pasajeros Internacionales Transportados en rutas restringidas de 3ª y 4ª libertad con vuelos directos desde Chile

País	2018	2019	2022	2023	2024 (a junio)	Participación sobre el total de pasajeros en promedio
Perú	1.708.159	1.922.141	1.163.467	1.499.938	857.784	16,0%
Francia	233.283	242.575	157.568	222.231	104.722	2,1%
Alemania	16.939	20.988	0	0	0	0.1%

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de la JAC[73]

63. En cuanto a la cantidad de rutas restringidas no asignadas a ninguna compañía, de las diligencias realizadas[74] se pudo constatar que, a julio de 2024, ninguna de las rutas restringidas establecidas en los acuerdos con Arabia Saudita, China, India y Suiza estaba asignada, al no existir aerolíneas chilenas con operaciones a estos países.

[71] Como se indicó en la Tabla N° 1, la quinta libertad se refiere a la autorización para transportar pasajeros y/o carga entre dos países distintos en un vuelo originado en el propio país. Así, por ejemplo, esta libertad permite que un vuelo Santiago a Lima pueda seguir hasta Nueva York. Por otro lado, la sexta libertad autoriza a transportar pasajeros y/o carga entre dos países distintos realizando escala en el propio país, de esta forma la ubicación geográfica de Chile hace menos atractivo utilizarlo como una escala para otros países.

[72] Un ejemplo reciente se puede observar en el caso de las rutas a Francia asignadas a LATAM Airlines Group que hasta abril de 2024 utilizaba aviones operados por Iberia utilizando códigos compartidos. Para más información ver https://docs.google.com/spreadsheets/d/1TY2tWux8YM0PADcykONOS4VaLtOkwXq11-JA4B-wkBs/edit?usp=sharing [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

[73] Estadísticas históricas, de tráfico aéreo nacional e internacional, disponible en: https://www.jac.gob.cl/wp-content/uploads/2024/07/BD_Trafico_aereo-2014-2024-3.xls [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

[74] La JAC genera anualmente un informe de uso de las rutas restringidas, para más información ver: https://www.jac.gob.cl/uso-frecuencias-restringidas/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

64. De las frecuencias restringidas asignadas, la Tabla N° 4 siguiente muestra que, para el caso de 3ª y 4ª libertad, a julio de 2024 quedarían 4 frecuencias disponibles para el caso de Perú y 6 para el caso de Francia, estando asignadas todas las frecuencias en el caso de Alemania. Por otro lado, existiría alguna disponibilidad en el caso de 5ª y 6ª libertad.

Tabla N° 4: Frecuencias restringidas total y asignadas a julio de 2024

País	Número de Frecuencias Restringidas			
	3ª y 4ª Libertad		5ª y 6ª Libertad	
	Total	Asignadas	Total	Asignadas
Perú	84	80	14	10
Francia	17	11	Comparten con 3ª y 4ª Libertad	
Alemania	10	10		
España	Cielos abiertos		21	17
Canadá			14	5
Colombia			14	10

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de la JAC[75]

65. Otro aspecto que se debe analizar, en cuanto a la asignación de estas frecuencias, es si estas son otorgadas por plazo determinado o, por el contrario, sin plazo definido. Como se muestra en la Tabla N° 5 siguiente, la gran mayoría de las frecuencias restringidas fueron otorgadas sin plazo determinado para su devolución. Así, para el caso de Perú, solo 19 de las 80 frecuencias restringidas de 3ª y 4ª libertad tienen un plazo para su devolución; por otro lado, tanto en Francia como en Alemania, la totalidad de las frecuencias fueron entregadas sin plazo definido. Esto es más crítico en el caso de la 5ª y 6ª libertad, donde solo en el caso de Colombia se asignaron frecuencias con plazos determinados.

Tabla N° 5: Frecuencias restringidas total y asignadas a julio de 2024

País	Número de Frecuencias Restringidas asignadas					
	3ª y 4ª Libertad			5ª y 6ª Libertad		
	S/ Plazo	C/ Plazo	Total	S/ Plazo	C/ Plazo	Total
Perú	61	19	80	10	0	10
Francia	11	0	11	Comparten con 3ª y 4ª Libertad		
Alemania	10	0	10			
España	Cielos abiertos			17	0	17
Canadá				5	0	5
Colombia				0	7	7

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de la JAC[76]

[75] Información disponible por la JAC para Julio de 2024 disponible en: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1TY2tWux8YM0PADcykONOS4VaLtOkwXq11-JA4B-wkBs/edit?usp=sharing [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

[76] Información disponible por la JAC para Julio de 2024 disponible en: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1TY2tWux8YM0PADcykONOS4VaLtOkwXq11-JA4B-wkBs/edit?usp=sharing [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

66. Complementando lo anterior, como se muestra en la Tabla N° 6, si analizamos la tasa de uso de dichas frecuencias[77] de los últimos 18 meses, se observa que, para el principal destino (Perú), se mantuvo una tasa de uso cercana al 55%, mientras que ninguna aerolínea nacional usó las frecuencias asignadas a Canadá.

Tabla N° 6: Uso de frecuencias restringidas enero a diciembre 2023 - enero a julio de 2024

País	Porcentaje de uso de las Frecuencias Restringidas asignadas			
	3ª y 4ª Libertad		5ª y 6ª Libertad	
	enero a diciembre 2023	enero a julio 2024	enero a diciembre 2023	enero a julio 2024
Perú	55,2%	56,2%	55,6%	33,8%
Francia	98,4%	50,0%	Comparten con 3ª y 4ª Libertad	
Alemania	96,0%	81,2%		
España	Cielos abiertos		7,1%	20,4%
Canadá			0,0%	0,0%
Colombia			56,2%	35,4%

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de la JAC[78]

67. Finalmente, las diligencias realizadas muestran que la JAC entiende que la declaración de abandono es una potestad que este organismo detenta pero que no está obligado a ejecutar en todos los casos ni dentro de plazos definidos. Manifestación de lo anterior es que, para el caso de la ruta Santiago- Lima, la mayoría de las declaraciones de abandono, entre el año 2011 y 2024, se realizaron previa solicitud de una compañía aérea y no de oficio por la autoridad competente[79].

68. A lo anterior se suma que, conforme lo informado por la JAC, entre el año 2011 y el año 2024 solo se declararon abandonadas 20 frecuencias correspondientes a los

[77] La JAC utiliza la siguiente metodología para la medición de la tasa de uso de las frecuencias restringidas:
- Se selecciona aquellas rutas donde existe limitación del número de frecuencias, ya sea en 3ra y 4ta Libertad y/o 5ta y 6ta Libertad. Cabe hacer notar que en algunos casos existen cielos abiertos en 3ra y 4ta Libertad, y la limitación es sólo en 5ta y 6ta Libertad, incluso a veces esta limitación es respecto a una zona geográfica en particular.
- Se indica por cada semana el número de vuelos asignados que cada aerolínea posee.
- Se revisa los itinerarios (programación) de las aerolíneas chilenas, luego se extrae de las bitácoras (base de datos DGAC) la información de los vuelos efectivamente realizados en cada semana. En el caso de ser necesario, se solicita a las aerolíneas nacionales que informen a la Secretaría General de la Junta de Aeronáutica Civil, los vuelos exclusivos de carga y los realizados bajo la modalidad de código compartido, que consumen frecuencias en rutas restringidas.
- En el acuerdo con Alemania, la limitación incluye indistintamente vuelos mixtos o vuelos exclusivos de carga.

Para más información ver: https://www.jac.gob.cl/uso-frecuencias-restringidas/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

[78] Información disponible por la JAC para Julio de 2024 disponible en: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1TY2tWux8YM0PADcykONOS4VaLtOkwXq11-JA4B-wkBs/edit?usp=sharing [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

[79] Según lo informado por la JAC en respuesta Oficio Ord. N°1841-23 que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

convenios sostenidos principalmente con Perú. El detalle de las frecuencias declaradas abandonadas se aprecia en la siguiente Tabla:

Tabla N° 7: Abandonos declarados por la JAC entre el año 2011 y 2024.

Acto	Fecha	Aerolínea titular	Ruta	N° de frecuencias	Libertades frecuencias	Solicitante[80]
Resolución Exenta N° 247/2015	13-05-2015	Aerolínea Principal Chile S.A.	Santiago-Lima	4	3ra, 4ta, 5ta (a EE.UU.) y 6ta	Latam Airlines Group S.A.
S/I[81]	25-06-2016[82]	Aerolínea Principal Chile S.A.[83]	Santiago-Lima	7	3ra, 4ta y 6ta	Latin American Wings S.A.
Resolución Exenta Nº 136	09-02-2017	Latam Airlines Group S.A.	Santiago-Lima	5	3ra y 4ta	S/I
Resolución Exenta N°136	09-02-2017	Latam Airlines Group S.A.	Venezuela	1	3ra, 4ta, 5ta y 6ta	S/I
Resolución Exenta Nº 402	02-06-2017	Latam Airlines Group	Venezuela	1	3ra, 4ta y 6ta	S/I
Resolución Exenta N° 051/2019	16-01-2019	Latin American Wings S.A.[84]	Santiago-Lima	1	3ra y 4ta	SKY Airline S.A. y Aerodesierto S.A.
Resolución Exenta N° 71/2024[85]	12-01-2024	SKY Airline S.A.	Santiago-Lima	2	S/I	S/I

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de la JAC[86-87]

69. En resumen, del análisis realizado, se puede indicar que:

a) Existe pocos países con los que se mantienen frecuencias restringidas en 3ª y 4ª Libertad, siendo Perú la principal ruta sujeta a esta restricción.

b) La mayoría de las frecuencias fueron entregadas con carácter indefinido, lo que podría generar riesgos a la competencia, como se analizara en la sección siguiente.

[80] Ibid. Ídem.
[81] S/I se refiere a que no se cuenta con información.
[82] Conforme lo informado por la JAC en su aporte de antecedentes en la causa Rol NC-524-23, seguida ante el H. Tribunal, la fecha de la declaración de abandono es el 25 de junio de 2016, mientras que en el Informe de uso de frecuencias restringidas correspondiente al año 2016, informa que la fecha de declaración de abandono es el 25 de abril de 2016.
[83] Mediante Resolución Exenta N° 08/5/75 de 6 de marzo de 2015, la Dirección General de Aeronáutica Civil revocó el Certificado de Operador Aéreo a la Empresa Aérea "Aerolínea Principal Chile S.A. Disponible en: https://www.dgac.gob.cl/transparencia/pdf2015/08-5-75.pdf.
[84] Mediante Resolución Exenta N° 372 de 14 de mayo de 2018, la Dirección General de Aeronáutica Civil revocó el Certificado de Operador Aéreo a la Empresa Aérea "LATÍN AMERICAN WINGS S.A." Disponible en: https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/directorio-de-organismos-regulados/?org=AD020.
[85] Confirmada por la Resolución Exenta N° 245 que rechazó el recurso de reposición interpuesto por SKY.
[86] Uso de frecuencias restringidas, disponible en: https://docs.google.com/spreadsheets/d/1TY2tWux8YM0PADcykONOS4VaLtOkwXq11-JA4B-wkBs/edit?usp=sharing [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[87] Aporte de antecedentes JAC en causa Rol NC 524-23 del H. Tribunal, p. 18 y ss.

c) El uso promedio de las frecuencias asignadas es bajo, en particular para el caso de Perú.

d) El mecanismo de abandono, bajo el Reglamento vigente, otorga discrecionalidad a la autoridad sectorial respecto de la oportunidad de su verificación, así como de la relicitación de frecuencias abandonadas.

e) Por el momento, el Estado Chileno no tiene una gran cantidad de frecuencias disponibles para su asignación, sin perjuicio de que -dadas las condiciones de mercado- siempre es posible solicitar una modificación al acuerdo bilateral para aumentar las frecuencias o -idealmente- lograr un régimen de cielos abiertos, cuyos resultados dependerán de la voluntad del Estado contraparte.

70. Con estos antecedentes en consideración, en la siguiente sección se analizan los riesgos para la competencia que se han identificado y cómo, según la opinión de esta FNE, la Propuesta de Reglamento los mitiga. Asimismo, se abordarán algunos aspectos adicionales que la autoridad sectorial debiese considerar para evitar riegos adicionales y mejorar la competencia en lo que dice relación con los procesos de asignación y devolución de frecuencias restringidas.

IV.ANALISIS DE COMPETENCIA

71. Como se indicó *supra,* la LAC establece que, sólo en caso de que existan menos frecuencias que las requeridas por los operadores interesados, la JAC debe asignarlas mediante una licitación pública. Además, delega en la autoridad competente la regulación de las condiciones y procedimientos de este mecanismo mediante un reglamento. En consecuencia, el presente análisis se enfocará en los efectos que las condiciones asociadas a estas licitaciones pueden provocar sobre la

competencia. Se hace presente que no se considerarán otras formas de asignación descritas en la literatura consultada[88] y/o usadas en otras jurisdicciones[89].

72. Con todo, existe un consenso transversal[90] respecto a que, con un adecuado diseño, las licitaciones son mecanismos eficientes, transparentes y que tienen la capacidad de incentivar la competencia. Por otro lado, la LAC solo establece el uso de la licitación pública en el supuesto que el número de frecuencias sea inferior al número de operadores interesados, entregando al regulador las atribuciones necesarias para definir las mejores condiciones para la asignación de estos derechos, sin la necesidad de una modificación legal para tales efectos.

73. En ese sentido, cabe indicar que la metodología adoptada por Chile, asignando las frecuencias a través de una licitación pública, es pionera[91] en el sentido de establecer un mecanismo que da garantías de una asignación eficiente, transparente y no discrecional, aprovechando la experiencia adquirida en otras industrias de similares características, mientras que en otros países no se considera, en general, procesos competitivos para su asignación[92].

---

[88] Una forma alternativa para la asignación de este tipo de derechos son los "concursos de belleza", donde el regulador compara entre las distintas propuestas de los potenciales interesados asignando el derecho a la propuesta que a juicio del ente licitante haga el mejor uso del recurso licitado, este mecanismo tiene el problema que es susceptible de presiones por parte de agentes económicos interesados en la asignación, que a través de un lobby eficiente pueden influir en la decisión. Para un análisis más detallado de este mecanismo ver, Milgrom, P. (2004). *Putting Auction Theory to Work*. Cambridge: Cambridge University Press. p 3. (en adelante, "**Milgrom (2004)**") o Börgers, T., & van Damme, E. (2004). Auction theory for auction design. En M. Janssen (Ed.), *Auctioning Public Assets: Analysis and Alternatives* (pp. 19–63). Cambridge: Cambridge University Press. p. 20. (en adelante, "**Börgers (2004)**"). Otra forma de asignar estos derechos es de forma aleatoria entre los interesados; este mecanismo no está exento de problemas, el principal tiene relación con los incentivos a participar con fines especulativos con el objetivo de comercializar dicho derecho en el futuro. Para una descripción más detallada ver, Milgrom (2004), Op. Cit., p. 2 y Bartlik, M. (2004). *The Distribution of Air Traffic Rights* [Master Thesis, Institute of Air and Space Law McGill University]. McGill University Repository. p 17, disponible en, https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/rv042t58 [Última visita: 9 de septiembre de 2024] (en adelante, "**Bartlik (2004)**").

[89] El criterio más utilizado en otras jurisdicciones es la asignación mediante decisiones discrecionales de los entes reguladores haciendo asignaciones directas o mediante un mecanismo parecido a un "concurso de belleza". Este es el mecanismo utilizado por EE.UU., Australia, Canadá, Gran Bretaña y Alemania, ver Bartlik, (2004), Op. Cit., pp.41-93. Respecto a la región, de las diligencias efectuadas por este servicio, se constató que este mecanismo también es usado por Ecuador, Brasil, Paraguay y Argentina; véase respuesta de operadores aéreos nacionales a Oficios Ordinarios N°230 y N°233 todos de fecha 7 de febrero de 2024.

[90] Desde un punto de vista teórico se puede ver Krishna, V. (2010). Auction Theory, Academic Press. pp. 1-2 y Cramton, P. (2017). The Efficiency of the FCC Spectrum Auctions. In M. Bichler & J. K. Goeree (Eds.), Handbook of Spectrum Auction Design (pp. 54–61). chapter, Cambridge: Cambridge University Press. En cuanto a organismos internacionales, la OECD indica que, en el caso del espectro electromagnético, cuando la demanda de espectro excede la oferta, los mecanismos de asignación de mercado, como las subastas, se han convertido en la mejor práctica en los países de la OCDE. Ver, OECD (2022), "Developments in spectrum management for communication services", *OECD Digital Economy Papers*, No.332, OECD Publishing, Paris, p. 2 disponible en: https://doi.org/10.1787/175e7ce5-en [Última visita: 9 de septiembre de 2024]. Finalmente, el uso de subastas como el método eficaz para asegurar un uso eficiente de las frecuencias restringidas fue establecido por el propio H. Tribunal, en el considerando 164 de la Sentencia N°81/2009.

[91] Al respecto, de las diligencias realizadas, se pudo constatar que solo Perú también establece un mecanismo de licitación pública como último recurso en caso de que los operadores solicitantes no lleguen a un acuerdo respecto al total de frecuencias a asignar. En la práctica, hasta la fecha este país no ha realizado ningún proceso de licitación. Respuestas de los operadores a Oficios ORD N°230 y N°233 todos de fecha 7 de febrero de 2024, que obran en investigación FNE Rol N°2755-24.

[92] "*Parte importante de las frecuencias asignadas en otros países tuvieron lugar hace más de diez años y, en general, fueron asignadas a LATAM de manera directa mediante una carta física (…) como se mencionó anteriormente, las frecuencias asignadas a LATAM no tienen duración y la compañía no ha realizado pagos por*

74. A continuación, se describirán los principales riesgos para la libre competencia detectados en el diseño normativo vigente y la forma en que la JAC ha desarrollado estos procesos. Además, en cada uno de ellos, se analizará si estos riesgos son mitigados por la actual Propuesta de Reglamento; en caso contrario, se proponen modificaciones o complementos.

A. Asignación de frecuencias restringidas con uno o con más operadores interesados.

75. Tal como se indicó en el párrafo 64 *supra*, uno de los aspectos a considerar, a fin de evaluar los efectos que las frecuencias aéreas restringidas tienen para la competencia, es si estas son otorgadas por plazo determinado o, por el contrario, sin plazo, circunstancia que depende de las condiciones en que dicha frecuencia es asignada.

76. En el caso que una frecuencia haya sido asignada de forma directa por la JAC, producto de que, en un momento determinado, el número de frecuencias disponibles era superior al número requerido por los operadores nacionales interesados, ellas no contenían un plazo definido de asignación y no fue necesario realizar oferta económica para adquirirla, por lo que fueron entregadas de manera gratuita.

77. Por el contrario, si el número de frecuencias disponibles era inferior al número de operadores interesados, la JAC asignó esas frecuencias mediante licitación pública[93], a quien haya realizado la mayor oferta económica, por el plazo establecido en el Reglamento, esto es, 5 años[94]. Lo anterior, con independencia de si en la licitación participa más de un postor.

78. Sobre este punto resulta relevante preguntarse cómo la JAC determina si el número de frecuencias disponibles es superior o inferior al número de operadores interesados en ella. Según lo informado por la JAC a esta Fiscalía, a lo largo del tiempo se han utilizado distintos procedimientos *"[u]no de ellos consistía en que una vez obtenidas nuevas frecuencias aéreas, la JAC comunicaba a los operadores aéreos los resultados de la negociación para conocer el interés que pudiera existir en las frecuencias obtenidas, y así poder determinar si había más interesados que frecuencias disponibles y proceder a la licitación pública. En caso de constatarse que el número solicitado en conjunto por los operadores era menor al disponible, procedía a asignar directamente -y de forma indefinida- de acuerdo con la solicitud de cada operador. Asimismo, un operador aéreo podía solicitar directamente a la JAC la*

dichas asignaciones. La única excepción es Chile". Respuesta LATAM Oficio Ordinario N° 230 FNE de 7 de febrero de 2024 que obra en investigación FNE Rol N°2755-24.

[93] Artículo 3° inciso primero LAC.

[94] Artículo 4° del Reglamento.

asignación de frecuencias aéreas y si el número de frecuencias solicitadas era menor al número de frecuencias disponibles y éstas no habían sido solicitadas por otros operadores, se asignaban directamente al solicitante (…)"[95].

79. Sin perjuicio de lo anterior, desde el año 2015 la JAC sólo ha asignado frecuencias aéreas restringidas mediante licitaciones públicas, ello en el entendido que *(…) la misma licitación pública es el mejor método para determinar si existen más operadores interesados que frecuencias disponibles (…)*[96].

80. Así las cosas, y según los datos descritos en la Tabla N°5, actualmente coexisten dos tipos de frecuencias aéreas restringidas. De las 101 frecuencias aéreas restringidas (3° y 4° libertad) asignadas a julio de 2024, 82 de ellas no tienen plazo determinado y sólo 19 son a plazo determinado, evidenciando que, entre los operadores nacionales, existe una asimetría en la disponibilidad de frecuencias restringidas, ya que se observan rutas en las que un operador posee un importante número de frecuencias asignadas directamente y sin plazo determinado, y no realizó una oferta económica por ellas. Correlativamente, un número reducido de frecuencias aéreas han sido asignadas mediante licitaciones, sólo por un periodo de 5 años -con el correspondiente desembolso de dinero para adquirirlas-, debiendo volverse a competir por ellas al término de ese plazo.

81. Lo anterior tiene un efecto sobre las condiciones en que las distintas empresas compiten en el mercado. Por un lado, los incumbentes, con frecuencias de carácter indefinido, cuentan con mayor certeza respecto a su permanencia en el mercado, permitiendo hacer una mejor planificación a futuro. Por el contrario, una empresa que tiene plazos establecidos para poder operar y depende de ganar una licitación para continuar su operación se encuentra en una situación desventajosa. En consecuencia, esta Fiscalía considera que la situación actual no genera condiciones eficientes para todos los operadores del mercado a través del tiempo[97].

82. Este escenario se ve exacerbado si, como veremos más adelante, se tiene un mecanismo poco efectivo para la declaración de abandono de frecuencias, ya que una menor devolución de frecuencias tiende a perpetuar en el tiempo la asignación de frecuencias que no tienen plazo definido.

83. Si bien es cierto que, desde el año 2015, la JAC ha asignado todas las frecuencias aéreas restringidas disponibles mediante licitación pública y con plazo determinado, se debe tener presente que este es sólo un criterio adoptado por la JAC y no existe

[95] Aporte de antecedentes FNE causa Rol NC-524-23 H. Tribunal, p. 8.
[96] Ibid. Ídem.
[97] Lo anterior también ha sido indicado por el propio H. Tribunal, en los considerandos 131 a 133 de la Sentencia N°81/2009.

una obligación normativa de mantenerlo en el futuro. Además, esta política tampoco tiene efectos respecto del stock ya asignado, pues seguirán coexistiendo con frecuencias aéreas restringidas sin plazo definido mientras estas no enfrenten una declaración de abandono.

84. Frente a ello, la Propuesta de Reglamento no contempla un cambio al actual procedimiento, ya que la licitación pública es el mecanismo de asignación establecido en la LAC sólo para casos en que se dispusiere de un número inferior de frecuencias internacionales en una ruta determinada que operadores nacionales interesados para operar en ella, y nada dice sobre el supuesto en que el número de frecuencias disponibles sea mayor al número de operadores interesados en operarlas, pudiendo ser asignadas de manera directa, con las consecuencias que ello implica.

85. Así, desde el punto de vista de la libre competencia, esta FNE considera que incluso en los casos que existan suficientes frecuencias restringidas para satisfacer a las aerolíneas interesadas que en esa oportunidad operen en el país, es recomendable que su asignación se haga bajo las mismas condiciones que aquellas licitadas[98], en particular respecto de su publicidad, tasa de uso, plazo, garantías y condiciones de abandono.

86. Finalmente, se observa que la propuesta de reglamento no contempla un hito o procedimiento que gatille el llamado a licitación de frecuencias disponibles, entregando amplias libertades a la JAC para definir el momento y la cantidad de frecuencias a licitar, entre otros aspectos. Este grado de discrecionalidad, en el extremo, podría ser perjudicial para el mercado y, en última instancia, para los consumidores, quienes podrían enfrentar períodos de escasez de vuelos por retrasos en estas licitaciones. De esta manera, sería recomendable, establecer un procedimiento general que regule el actuar de la JAC al momento de recibir solicitudes de asignación[99] o en el evento que existan frecuencias disponibles para asignar.

B. Variables de asignación en la licitación pública

[98] Existe un consenso general que las licitaciones son un mecanismo efectivo para garantizar la eficiencia en la asignación de distintos bienes y servicios, en particular cuando el valor económico para la sociedad del bien licitado no es conocido. Ver nota al pie N° 88. La literatura consultada también identifica un beneficio adicional de este tipo de mecanismos y es que la asignación se hace por medio de un procedimiento eficiente en el sentido que es rápido, transparente, no muy susceptible a los grupos de presión y menos proclive a futuras acciones legales. Ver, por ejemplo, Börgers (2004) Op. Cit. p. 21.

[99] A modo de referencia, en el caso del Perú el reglamento a la Ley de Aeronáutica Civil aprobado por Decreto Supremo Nº 050-2001-MT de 21 de diciembre de 2021 establece un procedimiento específico. Así los artículos 182 y siguientes del mencionado reglamento establecen los plazos, para que, la Dirección General de Aeronáutica Civil Perú (en adelante, "**DGAC Perú**") tramite una solicitud que incluye la asignación directa de la frecuencia, una distribución proporcional o, en caso de no llegar a un acuerdo entre los interesados, el procedimiento para llamar a un concurso público. Respuesta JetSmart a Oficio Ordinario N° 233 FNE de 7 de febrero de 2024 que obra en investigación FNE Rol N°2755-24.

87. El artículo 4° del Reglamento establece que la variable de asignación, en caso de que dos o más operadores estén interesados por una frecuencia, es el mayor precio a pagar por dicha frecuencia.

88. Si bien el precio, como principal variable de adjudicación, es un principio general en el diseño de licitaciones, su elección debe tomar en cuenta las condiciones del mercado y el objetivo a maximizar en la licitación, en particular cuando el objeto licitado es el derecho a participar en un mercado[100]. Así, en presencia de fricciones en el mercado[101], una licitación a mayor precio podría maximizar la recaudación del ente licitante y simultáneamente asignar el derecho a un agente que no maximice el bienestar social[102].

89. Esto se observa, por ejemplo, cuando la opción de participar en un mercado donde existe un solo operador y varios potenciales entrantes se realiza a través de una licitación a mayor precio. En este caso, la disposición a pagar del incumbente tendría relación con el derecho a monopolizar el mercado (o reducir la capacidad de sus competidores), evitando la entrada (o expansión) de un competidor. Por otro lado, para un entrante su disposición a pagar está relacionada con la opción a competir en dicho mercado, escenario en que su rentabilidad esperada será -con alta probabilidad- menor que la del incumbente sin competencia.

90. Es evidente, en este ejemplo, que el actual operador tendría una mayor disposición a pagar y por tanto se le asignaría el derecho, aunque esto no mejore las condiciones de competencia en el mercado[103]. Lo mismo ocurre respecto de rutas en que las aerolíneas participantes tienen una distribución muy asimétrica de frecuencias restringidas: aquellas que cuentan con más frecuencias tendrán mayor disposición a pagar que las que tienen menos, pues pueden rentabilizar la restricción de

[100] A diferencia de las licitaciones llevadas a cabo por agentes privados, donde el principal objetivo es maximizar los ingresos del ente licitante. Por el contrario, cuando el objeto a licitar es un permiso para participar en un mercado y el estado es el encargado de llevar dicho proceso licitatorio existen otros objetivos a considerar, relacionados principalmente con el uso de la frecuencia adjudicada, las condiciones de mercado resultantes de la licitación y los efectos de dicha asignación sobre el bienestar de la economía. Börgers (2004) Op. Cit. p. 22.
[101] Estas fricciones pueden tomar la forma de restricciones presupuestarias por parte de los oferentes como lo detalla Benoît, J. y Krishna, V. (2001), *Multiple-Object Auctions with Budget Constrained Bidders*, The Review of Economic Studies, Volume 68, Issue 1, pp.156-157, o desde una perspectiva de libre competencia, la presencia de un operador dominante frene a potenciales entrantes, como se estudia en Janssen, M., & Moldovanu, B. (2004). Allocation mechanisms and post-allocation interaction. In M. Janssen (Ed.), *Auctioning Public Assets: Analysis and Alternatives* (pp. 130–144). chapter, Cambridge: Cambridge University Press. p. 130. (en adelante, "**Janssen (2004)**").
[102] La disputa entre beneficio privado y bienestar social no es reciente y ha sido tratada ampliamente en el diseño de subastas. En términos generales, cuando surge un mercado después de que se implementa un mecanismo de asignación (como es el caso de las frecuencias de telefonía móvil, derechos de vuelo, o el derecho a explotar estaciones de servicio a lo largo una carretera), el ente licitante también está interesado en los efectos de la asignación sobre el bienestar y el funcionamiento del mercado. Así, se puede tratar de establecer en la etapa de asignación condiciones que aseguren un mercado competitivo futuro. Para un análisis más detallado ver, Börgers (2004) Op. Cit. p. 22 y Janssen (2004) Op. Cit. pp. 130–144.
[103] El ejemplo tomado de Börgers (2004) Op. Cit. p. 22.

competencia que lograrían al reducir la capacidad disponible del operador más pequeño durante todo el periodo de duración de las frecuencias licitadas.

91. A juicio de esta Fiscalía, la forma en que actualmente el Reglamento regula la asignación de frecuencias podría generar riesgos competitivos en el supuesto en que exista interés de un entrante por una ruta con frecuencias restringidas ya asignadas, cuyo nivel de competencia sea bajo o monopólico. Mismas aprensiones ha manifestado el H. Tribunal al señalar que "*un mecanismo de asignación de frecuencias internacionales restringidas vía licitación, como el actualmente en uso, basado únicamente en ofertas monetarias, favorece inequívocamente a la empresa dominante y disminuye significativamente la capacidad de una aerolínea entrante para adjudicarse una frecuencia limitada*."[104]

92. En estos casos, la solución no viene por desestimar la licitación como un mecanismo de asignación sino más bien en adecuarla al objetivo que persigue el ente licitante[105]. En la literatura consultada y la experiencia de otros mercados se encuentran distintos mecanismos que permiten una asignación eficiente[106]: por ejemplo, se puede restringir la participación de incumbentes que superen un umbral de frecuencias, también se pueden establecer límites máximos (*caps*) de frecuencias por aerolínea o, si la recaudación no es el principal objetivo del licitante, se puede cambiar o complementar la variable económica de adjudicación por otras relacionadas con eficiencia en la asignación y/o uso de las frecuencias[107].

93. Al respecto, la Propuesta de Reglamento utiliza este último camino, incorporando como primera variable de asignación el mayor porcentaje de uso futuro de las frecuencias y, sólo en caso de empate en la tasa de uso, se utilizaría el precio como variable de asignación. Además, el mecanismo propuesto incorpora dos restricciones adicionales: la primera tiene relación con el establecimiento de una tasa de uso mínima calculada por la JAC, que actúa como un "precio de reserva"[108] en el proceso licitatorio[109]. La segunda restricción extiende, en caso de adjudicarse alguna

[104] Sentencia N°44/2006 pronunciada por el H. Tribunal en causa Rol C N°70-2005, c°44.
[105] Según su portal web, son objetivos estratégicos de la JAC, entre otros: "Impulsar la conectividad y el transporte de personas y mercancías por vía aérea entre nuestro país y el resto del mundo, por medio de la negociación de nuevos acuerdos de transporte aéreo, y la adopción de las mejoras prácticas y recomendaciones internacionales" y "Promover la facilitación del transporte aéreo internacional, a través de la coordinación de los servicios públicos competentes". Disponible en: https://www.jac.gob.cl/quienes-somos/objetivos-estrategicos/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[106] Ver, por ejemplo, Cramton, P. (2017). The Efficiency of the FCC Spectrum Auctions. In M. Bichler & J. K. Goeree (Eds.), *Handbook of Spectrum Auction Design* (pp. 54–61). chapter, Cambridge: Cambridge University Press. p. 55.
[107] Para un análisis teórico que sustenta un cambio en la variable de adjudicación ver, Asker, J., & Cantillon, E. (2008). Properties of Scoring Auctions. The RAND Journal of Economics, 39(1), pp. 69–85.
[108] Se entiende como precio de reserva al umbral que fija el ente licitante previo a la licitación tal que ofertas con precios por debajo de este umbral no son tomadas en cuenta. Para más información ver Krishna (2010) Op. Cit. pp.21-22. Cabe indicar que en este caso la función del mínimo es algo más restrictiva ya que no descarta ofertas que estén por debajo de esta cifra, sino que les asigna este valor en la evaluación. Ver Art. 5 de la Propuesta de Reglamento.
[109] Ibid. Art. 4.

frecuencia, el porcentaje de uso de las frecuencias propuesto en la licitación a todo el portafolio de frecuencias asignadas a dicho operador en la misma ruta[110].

94. A continuación, analizaremos las ventajas y eventuales riesgos de estos cambios sobre el proceso de asignación, dejando el análisis sobre el mecanismo de abandono de frecuencias para la siguiente sección.

95. En primer término, se puede indicar que la propuesta representa un cambio estructural de los objetivos de la licitación pública, priorizando la asignación a quien comprometa una mayor tasa de uso de la o las frecuencias licitadas por sobre la mayor disposición a pagar por las mismas. En las actuales condiciones de asignación de frecuencias restringidas[111], este cambio incentiva la participación de nuevos operadores o de operadores que tienen una menor cantidad de frecuencias asignadas, ya que estarían en una mejor posición para ofertar tasas de uso más altas, lo anterior independientemente del factor mínimo que establezca la JAC[112].

96. En este contexto, el cambio en el mecanismo de asignación propuesto no desmejora las condiciones de competencia actuales y tiene la capacidad de aumentar el nivel de competencia futura al asignar frecuencias a empresas que se comprometan a un mayor uso, incrementando la disputabilidad por la actual demanda en el mercado, lo que redunda en un -eventual- beneficio para los consumidores[113]. Además, el mecanismo previene el riesgo de monopolización del mercado cuando se licita por mayor pago por frecuencias.

97. Sin perjuicio de lo anterior, existen algunas dudas respecto de la coherencia dentro de una misma licitación y entre procesos licitatorios. La Propuesta de Reglamento indica que "*el porcentaje de uso que deberá cumplir el asignatario en la respectiva ruta, respecto de todas las frecuencias de que sea asignatario, será aquel que haya ofrecido para la última frecuencia que se le haya asignado en la misma licitación*.". De esta forma, en una licitación con varias frecuencias, como la última asignación de un operador será la que determinará la tasa de uso para todo su portafolio en esa ruta, la eficiencia del mecanismo depende de la intensidad competitiva que exista sólo

[110] Ibid. Art. 5.
[111] Estas condiciones se pueden resumir en que la actual demanda de transporte está muy por debajo de la capacidad de transporte si se asignan todas las frecuencias negociadas en cada tratado bilateral, y existe, según se desprende de la Tabla N° 5, una gran cantidad de frecuencias asignadas con carácter indefinido y que estas frecuencias están concentradas en un operador en particular.
[112] Así, un factor mínimo bajo incentivaría la participación de operadores ya establecidos y que estén en posición de una mayor cantidad de frecuencias asignadas, pero la probabilidad de adjudicarse alguna frecuencia es baja en virtud al requisito de usar este factor sobre todo el portafolio de frecuencias asignadas. Por el contrario, si la JAC fija el factor de uso mínimo en un valor alto, las empresas ya establecidas y con más frecuencias asignadas simplemente no tendrían incentivos a participar, pero la tasa de uso fijada por la JAC garantiza la intensidad del uso de la frecuencia.
[113] Se hace presente que los potenciales beneficios están acotados por las condiciones que impone el otro país signatario del acuerdo bilateral y la opción de que filiales tengan frecuencias asignadas en la misma ruta. Estas condiciones pueden llevar a un ordenamiento en la operación de la compañía, en relación con las frecuencias autorizadas por ambos países, disipando los posibles beneficios de la propuesta.

respecto de esa última frecuencia. En el extremo, en una licitación con un número alto de frecuencias, todas las aerolíneas participantes dejarían de tener incentivos para ofertar algo superior que el mínimo por las últimas, o incluso podrían dejar de ofertar si ya han conseguido su última asignación en el nivel de uso mínimo que haya definido la JAC, desvirtuándose el efecto pro-competitivo de asignar las frecuencias por nivel de uso.

98. Lo anterior podría llevar a un resultado distinto del esperado con el cambio normativo, ya que, en vez de lograr un uso intensivo de las frecuencias, se estaría consiguiendo lo opuesto. Para resolver esta posible ineficiencia asignativa, se propone reemplazar el mecanismo de asignación unitario y secuencial de frecuencias por un mecanismo de licitación combinatorial, en el que cada aerolínea realice ofertas para cada una de las combinaciones de número de frecuencias que le interese asignarse, y sean adjudicadas aquellas ofertas que, en conjunto para el total de frecuencias disponibles, logre el nivel de uso más eficiente.

99. Sobre esta materia, de los comentarios presentados por distintos agentes económicos en el marco de la consulta pública del MTT a la Propuesta de Reglamento, una observación que resulta atendible a considerar tiene relación con la capacidad de asientos en las aeronaves que operarían las rutas restringidas a asignar[114]. Si bien es evidente que un operador que tenga una flota de aviones con una menor capacidad de asientos estaría en mejores condiciones de ofertar tasas de uso de las rutas más altas, esta situación no se observa en las actuales condiciones de mercado. Sin perjuicio de lo anterior, sería recomendable que la JAC tome en cuenta esta variable a la hora de definir la tasa de uso mínima.

C. Abandono de Frecuencias

100. Un aspecto relevante para el uso eficiente de un recurso escaso, como las frecuencias aéreas restringidas, dice relación con los mecanismos que tiene el regulador para recuperar frecuencias asignadas que estén subutilizadas. Tal como la ha indicado el H. Tribunal y esta Fiscalía[115], desde el punto de vista de la libre competencia un mecanismo adecuado en este ámbito debe, además de propender el uso eficiente de un recurso escaso, impedir la acumulación ineficiente de frecuencias por parte de

[114] Según lo informado por la JAC en respuesta Oficio Ord. N° 1423-24 que obra en investigación FNE Rol N°2755-24.
[115] Sentencia N°154/2016 pronunciada por el H. Tribunal en causa Rol C N°275-14, c°46. y aporte de antecedentes FNE, en causa Rol NC-481-2020 Tribunal, pp. 9-10. Esto también lo ha indicado la Excma. Corte Suprema, en su sentencia de fecha 13 de julio de 2020, Rol 181-2020, considerando 46°.

algún operador, situación que podría entorpecer la entrada o el crecimiento de competidores[116].

101. En este contexto, como se indicó *supra,* el reglamento vigente en su artículo 7° establece que "*Si una empresa chilena no opera regularmente, por un lapso superior a seis meses, una determinada frecuencia internacional, la Junta de Aeronáutica Civil podrá considerar abandonada dicha frecuencia para los efectos de que ésta quede sujeta a asignación por este Organismo, en conformidad a lo dispuesto en el presente reglamento.*"

102. En la práctica, se entiende como una operación regular a un vuelo efectivamente realizado según los registros de la DGAC y que es parte de los itinerarios (programación) de las aerolíneas chilenas[117]. Así, un operador no gatillaría la regla de abandono si realiza al menos un vuelo en la ruta sujeta de análisis en cualquier semana dentro de los seis meses previos.

103. De esta forma, el costo de mantener la asignación de una frecuencia aún en el caso de no necesitarla es bajo. En el caso más extremo, un operador, para mantener la asignación de la frecuencia podría realizar un vuelo sin pasajeros una vez cada seis meses. Sin embargo, en la práctica, los costos que enfrentan los operadores son mucho menores; por ejemplo, se podría realizar un vuelo "promocional" con tarifas que logren cubrir el costo variable del vuelo. Por otro lado, en el supuesto que alguna filial de la compañía también tenga asignadas frecuencias restringidas en la misma ruta en el país de destino[118], dicho operador podría dejar de usar las frecuencias asignadas en el otro país por un período acotado para cumplir el requisito establecido en el reglamento[119].

104. Suma a lo anterior el hecho que la aplicación de la regla de abandono es una atribución discrecional de la JAC pudiendo no iniciar un procedimiento de abandono, pese a que se haya verificado que la frecuencia asignada no fuera utilizada en los últimos seis meses[120].

---

[116] Esto también es refrendado por la literatura consultada respecto a mercados similares, ver por ejemplo: Cave, M., & Webb, W. (2015). Spectrum Management: Using the Airwaves for Maximum Social and Economic Benefit. Cambridge: Cambridge University Press. p. 55.

[117] El mecanismo seguido por la JAC se encuentra descrito: https://www.jac.gob.cl/uso-frecuencias-restringidas/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

[118] Este escenario se presenta, por ejemplo, en el acuerdo bilateral con la República de Perú donde los tres operadores nacionales tienen empresas subsidiarias en dicho país. Respuestas de los operadores a Oficios ORD N°230 y N°233 todos de fecha 7 de febrero de 2024, que obran en investigación FNE Rol N°2755-24.

[119] Esta estrategia fue descrita por los apoderados de JetSmart y LATAM en sus respectivos alegatos ante el H. Tribunal en el marco de la Audiencia Pública de la causa Rol NC-524-23 realizada en fecha 31 de julio de 2024, minuto 46:00 y siguientes, y minuto 2:18:00 y siguientes. Disponible en https://youtu.be/h0ofVAZKOSI [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

[120] Según lo informado por la JAC, para el caso de la ruta Santiago- Lima, todos los abandonos de frecuencias dictaminados por la autoridad entre el año 2011 y 2023, no fueron de oficio, sino que previa solicitud de alguna aerolínea. Respuesta Oficio Ord. N°1841-23 que obra en investigación FNE Rol N°2746-23. Por otra parte,

105. En este contexto, el mecanismo actual de abandono no facilita que el ente regulador recupere una frecuencia asignada a una compañía que, a pesar de no utilizarla de manera efectiva, no tenga la intención de devolverla. Esto aumenta los riesgos de acaparamiento con sus consiguientes efectos sobre la competencia en el mercado. Así las cosas, la actual regulación restringe la capacidad de la JAC para disponibilizar frecuencias asignadas que no estén siendo utilizadas de manera eficiente, limitación que podría tener un impacto negativo en el grado de competencia del mercado.

106. Sobre esta materia, la Propuesta de Reglamento incluye diversas medidas con el objetivo de promover el uso eficiente de las frecuencias asignadas[121]. En primer lugar, como se indicó en la sección anterior, se establece una tasa de uso del portafolio de frecuencias asignadas a un operador aéreo que corresponderá a la tasa mínima establecida por la JAC o a la tasa propuesta por el oferente en el proceso de licitación, según haya uno o más postores en la licitación.

107. En segundo término, la propuesta cambia el criterio para definir el abandono de una frecuencia aérea en una ruta determinada. Este criterio indica que se considerará una frecuencia como abandonada si el promedio móvil de las últimas 26 semanas de la tasa de uso efectiva de la frecuencia es menor a la tasa con que la aerolínea se adjudicó una licitación o la tasa mínima establecida por la JAC para esa ruta[122].

108. En tercer lugar, la Propuesta de Reglamento establece el procedimiento de cálculo para determinar la cantidad de frecuencias que deben ser declaradas abandonadas, esto en atención a la diferencia que exista entre el porcentaje de uso que debe cumplir el operador y el porcentaje de uso efectivamente realizado[123]. Además, es explícita en indicar cuales son las frecuencias que deben restituirse si no se cumple con la tasa de uso; estas son las frecuencias asignadas con mayor antigüedad.

109. Finalmente, la Propuesta de Reglamento establece un mecanismo normado y vinculante para gestionar la devolución de las frecuencias, eliminando la discrecionalidad que tiene la JAC en la actualidad. En complemento al mecanismo de abandono, se regula expresamente la figura de la transferencia de frecuencias, como un derecho que le asiste al operador asignatario de una o más frecuencias internacionales, en caso de que desee desprenderse de ellas[124].

---

como se observa en la Tabla N° 6, entre enero de 2023 y julio 2024 no se tiene registro de vuelos utilizando frecuencias restringidas de quinta libertad hacia Canadá, sin tener hasta la fecha algún registro de la declaración de abandono de estas frecuencias asignadas.

[121] Artículo 16 de la Propuesta de Reglamento.

[122] Cabe indicar que el criterio actual es un caso particular de la Propuesta de Reglamento, donde se establece una tasa de uso fija del 3,8%. Este número es el resultado de dividir una frecuencia efectiva entre 26 que corresponde al lapso de 6 meses.

[123] Ibid. Ídem.

[124] Artículos 12 y 13 de la Propuesta de Reglamento.

110. Del análisis de estas medidas y desde una perspectiva de libre competencia, esta FNE puede indicar que el mecanismo propuesto no deteriora las condiciones de competencia actualmente observadas en el mercado. Por el contrario, podría mejorarlas al disponibilizar de una forma rápida y efectiva mediante un procedimiento transparente y no discriminatorio, frecuencias que no estarían siendo suficientemente utilizadas.

111. Sin embargo, el éxito de este mecanismo depende en gran medida de la tasa de uso que fije la JAC, en particular para las frecuencias asignadas con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo reglamento. Si bien la propuesta indica que este parámetro debe ser determinado de manera fundada, persiste un alto grado de discrecionalidad por parte de la JAC para su determinación, así como también incertidumbre sobre como esta tasa interactúa con las tasas que dicha autoridad debe fijar en cada proceso licitatorio. Al respecto, la JAC debería transparentar los criterios utilizados en su determinación y que estos sean aplicados de forma uniforme por cada ruta en donde se están asignando las frecuencias.

112. Similar conclusión aplica a propósito de las transferencias de las frecuencias aéreas. Como se indicó *supra*, un operador asignatario puede transferir una o más frecuencias aéreas a otro operador nacional, si bien, en principio, esta figura podría contribuir a un uso más eficiente de las frecuencias, podría ocurrir que, a través de una transferencia de frecuencias, los operadores intenten conductas estratégicas sobre la tasa de uso, en la medida que la frecuencia que se transfiere tenga un porcentaje de uso menor al de su actual portafolio, toda vez que la normativa propuesta no es clara sobre las consecuencias que la transferencia produce en el portafolios del operador que transfiere y del que adquiere.

113. Finalmente, el mecanismo propuesto asume que, de existir estacionalidad en la demanda de este servicio, ésta se podría observar dentro del período de seis meses de la medición de tasa de uso (el promedio móvil de las últimas 26 semanas). Si bien este mecanismo podría ser demasiado exigente en rutas con estacionalidad muy marcada, obligando a la devolución de frecuencias útiles para mejorar las condiciones de competencia en periodos de alta demanda, se observa que es un periodo similar al utilizado en la industria para la asignación de slots en aeropuertos, definición de rutas y otras decisiones comerciales de las aerolíneas, por lo que no representaría un efecto negativo para la competencia en la medida que las frecuencias declaradas en abandono sean rápidamente reasignadas .

114. En otro orden de ideas, pero relacionado con el procedimiento de abandono dada la disminución de frecuencias asignadas a los operadores, se encuentra el mecanismo de reducción de frecuencias en el contexto de modificaciones del acuerdo bilateral

que les da origen. Como se indicó *supra*, este mecanismo está regulado en el artículo 11 de la Propuesta de Reglamento; sin embargo, tras su análisis se observa que no es claro sobre cómo se determinan cuales, en concreto, serán las frecuencias a renunciar.

115. Lo anterior cobra relevancia en supuestos en que la frecuencia aérea fue adquirida a través del pago de alguna suma de dinero, ya que conforme a la normativa el monto restituido corresponde al total de lo pagado por el asignatario y no a un proporcional, pudiendo darse supuestos en que la frecuencia aérea a renunciar podría estar próxima a vencer, y pese a ello se deba restituir la totalidad del monto pagado por el asignatario. Esto podría generar un trato desigual entre operadores pudiendo tener efectos en las condiciones de competencia, en un contexto en que las condiciones de oferta se están viendo restringidas.

D. Otros aspectos relevantes

116. Además de los aspectos considerados más relevantes por esta FNE y el H. Tribunal[125], analizados en las subsecciones anteriores, la revisión de la Propuesta de Reglamento revela ciertos temas relevantes que podrían influir en las condiciones de competencia, tanto en el proceso licitatorio como en el mercado de transporte de las rutas donde estas frecuencias son asignadas. A continuación, se presenta una breve descripción de estos temas, junto con recomendaciones generales basadas en pronunciamientos previos realizados por esta Fiscalía, la jurisprudencia relevante y la opinión de organismos internacionales.

117. En primer lugar, la propuesta reglamentaria cambia el plazo en que dichas frecuencias son asignadas pasando de 5 a 8 años desde la fecha del acto de apertura de ofertas en la licitación[126]. Si bien plazos más extensos incrementan la certeza en la operación y permiten amortizar de una manera más holgada la inversión realizada, también pueden generar barreras a la entrada de nuevos y más eficientes operadores, en especial en escenarios de escasez de frecuencias disponibles.

118. De esta manera, a juicio de esta FNE, la ampliación propuesta retrasa la entrada de potenciales competidores sin que se observe una justificación clara al respecto. Esto cobra una relevancia en el nuevo contexto donde la variable de asignación más relevante es la tasa de uso y por tanto no es necesario garantizar un plazo para que el operador pueda recuperar el costo de haber ganado la licitación. Por otro lado, tampoco se observan inversiones específicas relevantes para operar una ruta en particular que justifiquen dicha ampliación. En consecuencia, de no existir alguna

[125] Sentencia N°81/2009 pronunciada por el H. Tribunal en causa Rol C N°148-07, c°166 y la Condición Octava de la Resolución N°37/2011 del H. Tribunal.
[126] Art 8.

justificación específica, mantener el actual plazo podría gatillar la entrada anticipada de nuevos operadores aumentando las condiciones de competencia en el mercado.

119. Un segundo aspecto a considerar tiene relación con la propia mecánica del proceso licitatorio propuesto. Al respecto y siguiendo la jurisprudencia en esta materia, el ente licitante debe ser especialmente cuidadoso en la elaboración de las bases de licitación, en especial cuando el objeto licitado otorga un derecho a participar en un mercado[127] donde existan condiciones que incrementen los riesgos de conductas anticompetitivas tanto del tipo coordinado[128] o de abusos unilaterales.

120. Respecto al primer tipo de conductas, esta Fiscalía considera necesario en primer lugar resaltar las condiciones de mercado que hacen más probable la colusión entre oferentes de una licitación, conducta conocida como *bid rigging*. En efecto, tanto la literatura económica[129] como organismos internacionales[130] han identificado distintas características que facilitan la ocurrencia de este tipo de conducta, entre las que se encuentran las siguientes:

a) Que exista un número reducido de potenciales oferentes.
b) Que los mismos potenciales oferentes se encuentren de forma repetida en distintas licitaciones realizadas periódicamente.
c) Que los productos que se licitan sean estandarizados y no cambien en el tiempo.

121. Como se explicó *supra*, todas estas características se verifican en el caso de la asignación de frecuencias mediante licitaciones públicas, por lo que el riesgo de coordinación debe considerarse con especial atención. Por otro lado, el diseño de la licitación también debe procurar evitar comportamientos estratégicos unilaterales que distorsionen, innecesariamente, la rivalidad que debiese existir en el proceso licitatorio[131].

---

[127] Tal como lo indica el H. Tribunal en su Sentencia Nº 100/2010, Considerando 11 "la forma como el Estado designe al proveedor de un bien o servicio, especialmente por medio del diseño del sistema de licitación, tendrá efectos en el mercado en que ésta incide. De ahí que los efectos en la competencia -o falta de ella- causados por la forma en que el Estado realiza estas licitaciones, afectan finalmente el bienestar general".

[128] El Considerando 17 de Sentencia N° 138/2014 del H. Tribunal indica "*en impedir que el actuar de la autoridad: (i) manifiestamente facilite la colusión de otros agentes económicos (…)*".

[129] Para un análisis más detallado, ver: Marshall, Robert y Marx, Leslie, "Implementation of Collusion by Rings". En *The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings*, (The MIT Press, 2012), pp. 187–198.

[130] Por ejemplo, la OCDE identifica estas características en sus *Guidelines for detecting bid rigging in public tenders* (2009), p. 2, disponible en: https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/guideline-detecting-bid-rigging-public-tenders.pdf [Última visita: 9 de septiembre de 2024]. Por su parte, el Banco Mundial en la publicación *"Curbing fraud, corruption and collusion in the roads sector"* (2011), pp.12-13, también identifica dichas características. Disponible en https://documents1.worldbank.org/curated/en/975181468151765134/pdf/642830WP0Curbi00Box0361535B0PUBLIC0.pdf [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

[131] Esto está en concordancia con lo indicado por distintos organismos internacionales; ver por ejemplo OECD (2015), "Auctions and Tenders: Further Issues", OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 175, OECD Publishing, Paris, p 18. Disponible en: https://doi.org/10.1787/0f342f5e-en [Última visita: 9 de septiembre de 2024] o Banco Mundial (2018), "The Potential for Climate Auctions as a Mechanism for NDC Implementation", World Bank N 132826. World Bank Publishing, Washington, pp. 9-10. Disponible en: http://documents1.worldbank.org/curated/en/578381544469838606/pdf/The-Potential-for-Climate-Auctions-as-

122. Sobre este tema, la Propuesta de Reglamento en sus artículos 3° a 6° define el procedimiento y las condiciones para llevar a cabo el proceso licitatorio. En lo que sigue se explicará el procedimiento en las distintas etapas definidas, para luego identificar los potenciales riesgos de conductas anticompetitivas.

a) En una primera instancia, la propuesta de reglamento establece que los operadores deben concurrir al acto de apertura de ofertas para expresar su intención de obtener una o varias frecuencias. En caso de no presentarse más de un interesado, se asigna de forma directa las frecuencias solicitadas.
b) Luego, el reglamento establece que, de presentarse dos o más oferentes, estos deben indicar el número de frecuencias por las que están interesados. En caso de que la suma de estas frecuencias sea menor o igual a la cantidad de frecuencias disponibles, dichas frecuencias se asignan de forma directa.
c) En la siguiente etapa, solo en el supuesto de que las frecuencias disponibles sean menores a las solicitadas por los interesados, los interesados deben presentar sus tasas de uso, de forma individual, para cada frecuencia por la que se manifieste interés.
d) Finalmente, solo en caso de verificarse un empate en la mayor tasa de uso, las empresas que empataron deben presentar las ofertas económicas que en definitiva determinaran el asignatario de la frecuencia licitada.

123. Como se puede apreciar, el mecanismo antes descrito genera instancias de interacción entre los oferentes, lo que incrementaría los riesgos de coordinación. Asimismo, el carácter secuencial del procedimiento genera espacios para comportamientos estratégicos de los oferentes. Por ejemplo, en razón de la cantidad de interesados que se presenten en el acto de apertura un oferente puede cambiar la cantidad de frecuencias a solicitar o las tasas de uso ofertadas. Finalmente, conocer la identidad de los oponentes en caso de un empate en las tasas de uso igual condiciona el monto a ofertar.

124. En consecuencia, en opinión de esta Fiscalía, el procedimiento indicado en la Propuesta de Reglamento no resulta idóneo para resguardar el proceso de conductas anticompetitivas. De esta forma, se recomienda cambiar dicho procedimiento por uno que busque limitar al máximo la interacción entre potenciales oferentes, por ejemplo, realizando el proceso licitatorio a través de una aplicación electrónica donde cada oferente ingrese de forma anticipada su oferta completa y que esta se vaya develando en función de las circunstancias propias del proceso.

a-Mechanism-for-NDC-Implementation.pdf?_gl=1*14pw048*_gcl_au*MTE1NjQxODM1LjE3MjQ2OTA3NzM. [Última visita: 9 de septiembre de 2024].

125. Un tercer punto tiene relación con la obligación establecida en el artículo 5° de la Propuesta de Reglamento, consistente en realizar ofertas individuales por cada una de las frecuencias licitadas. Esta obligación desconoce la posibilidad de que existan complementariedades o sustitubilidad entre las frecuencias licitadas, característica latamente estudiada en mercados similares[132].

126. Al respecto, existe un amplio consenso que un modelo de subastas combinatoriales que permita ofertar por conjuntos de frecuencias incrementa la eficiencia en la asignación, ya que permite aprovechar las complementariedades o sustitubilidad en las frecuencias a licitar[133]. En virtud de estos antecedentes, sería recomendable evaluar la posibilidad de implementar este tipo de licitaciones.

127. Finalmente, el artículo 7° de la Propuesta de Reglamento establece que: "*Una vez concluida la apertura de las ofertas por todas las frecuencias licitadas se informará a los participantes los porcentajes de uso ofrecidos por cada frecuencia, los porcentajes de uso que deberán ser cumplidos por los operadores aéreos en la ruta respectiva para los efectos de lo dispuesto en el Título VI y, si fuere el caso, las sumas de dinero ofrecidas, levantándose acta de lo obrado".*

128. Resulta necesario indicar que, como da cuenta la literatura especializada, la transparencia en la información entregada por parte del ente licitante a los oferentes puede generar riesgos a la libre competencia, especialmente de coordinación[134]. En particular, dada la iteración repetida de estos operadores en el tiempo, es posible señalar que la publicidad de las ofertas y la identidad de los oferentes podría constituirse en un mecanismo idóneo para realizar monitoreo de eventuales acuerdos

[132] Para un resumen sobre este tema, ver Milgrom, P. R. (2017). Putting Auction Theory to Work: The Simultaneous Ascending Auction. In M. Bichler & J. K. Goeree (Eds.), *Handbook of Spectrum Auction Design* (pp. 3–25). chapter, Cambridge: Cambridge University Press. pp. 3-25. Para una aplicación en el caso de Chile ver, Olivares, M. et. al., (2012) Combinatorial Auctions for Procurement: An Empirical Study of the Chilean School Meals Auction. Management Science pp.1458-1481.

[133] Ver, por ejemplo, Rassenti, S. J., Smith, V. L., & Bulfin, R. L. (2017). A Combinatorial Auction Mechanism for Airport Time Slot Allocation. In M. Bichler & J. K. Goeree (Eds.), *Handbook of Spectrum Auction Design* (pp. 373–390). Cambridge: Cambridge University Press. o Fookes, N., & McKenzie, S. (2017). Impact of Budget Constraints on the Efficiency of Multi-lot Spectrum Auctions. In M. Bichler & J. K. Goeree (Eds.), *Handbook of Spectrum Auction Design* (pp. 764–782). Cambridge: Cambridge University Press.

[134] Los trabajos académicos en esta área son variados. El trabajo seminal corresponde a Paul Milgrom y Robert Weber, que analizan el valor de la información en subastas de venta a sobre cerrado, indicando que la publicidad de la información podría reducir los precios ofertados. Ver: Milgrom, Paul y Weber, Robert, "The value of information in a sealed-bid auction," *Journal of Mathematical Economics*, Elsevier, vol. 10(1) (1982), pp. 105-114. Una descripción más detallada se encuentra en los desarrollos sobre subastas de Vijay Krishna (*Auction Theory*, Academic Press, 2010) y Paul Klemperer (*Auctions: Theory and Practice. The Toulouse Lectures in Economics,* Princeton University Press, 2004). En cuanto a los posibles riesgos que pueden generarse en virtud de la transparencia de la información, ver: Marshall, Robert y Marx, Leslie, "Suppression of Interbidder Rivalry by Rings". En "*The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings"*, (The MIT Press, 2012), pp. 163–186.

colusivos, ya que permite detectar de forma inmediata desviaciones e implementar castigos en los siguientes procesos licitatorios[135-136].

129. Dado lo anterior, sería recomendable seguir los lineamientos establecidos por el H. Tribunal en esta materia a fin de evaluar la real necesidad de publicidad de los resultados de la licitación[137].

E. Frecuencias restringidas en las rutas entre Chile y Perú

130. Como se describió en la sección III precedente, los acuerdos bilaterales vigentes entre Perú y Chile establecen la disponibilidad de hasta 84 frecuencias semanales para cada uno de los estados. En la actualidad, son tres las compañías que, directamente o través de relacionadas, utilizan estas frecuencias en ambos países, lo que ha sido analizado detalladamente en el aporte de antecedentes de esta FNE al H. TDLC en el procedimiento NC N° 524-23[138].

131. Como se desprende de la Tabla N° 8 siguiente, a la fecha están asignadas 80 frecuencias por el lado chileno y 77 frecuencias por el lado peruano.

[135] De la revisión de la literatura pertinente, se puede concluir que existe un amplio consenso al respecto. Ver: Motta, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. (Cambridge University Press, 2004), p. 150; o Marshall, Robert y Marx, Leslie. "Effects of Auction Design on Rings". En *The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings* (pp. 199–210). (The MIT Press, 2012). Estas conclusiones también se verifican en el caso de que el intercambio de información sobre precios pasados sea realizado entre oferentes, como se muestra en Kandori, Michihiro y Matsushima, Hitoshi, "Private Observation, Communication and Collusion". *Econometrica*, 66(3), (1998), pp. 627–652; o cuando los mecanismos de monitoreo son imperfectos, ver: Athey, Susan y Bagwell, Kyle, "Optimal Collusion with Private Information". *The RAND Journal of Economics*, 32(3), (2001), pp. 428–465.

[136] Además, existen distintos ejemplos prácticos de cómo se usa esta información. Un ejemplo consiste en el *bid rigging* en los contratos de provisión de leche para las escuelas públicas en los estados de Florida y Texas de Estados Unidos durante la década de 1980, documentado por Martin Pesendorfer en, "A Study of Collusion in First-Price Auctions", *The Review of Economic Studies*, Vol. 67, N°3 (2000), pp. 381–411.
La OCDE identifica este riesgo en sus *Guidelines for detecting bid rigging in public tenders* (2009), pp. 9-10, disponible en www.oecd.org/daf/competition/42761715.pdf [última visita, 28 de marzo de 2024]. Tal riesgo es asimismo identificado por el Banco Mundial en *"Curbing fraud, corruption and collusion in the roads sector"* (2011), p. 30. Con respecto a las autoridades de libre competencia, por ejemplo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España lo establece en su "Guía sobre contratación pública y competencia" pp. 30-35, disponible en https://www.cnmc.es/file/123708/download [última visita, 28 de marzo de 2024]. Por su parte, la autoridad de competencia de Irlanda también lo considera en su Guía "Bid -Rigging; What you need to know" pp. 6-7, disponible en https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2018/10/CCPC_Business_Guide_Bid_Rigging_WEB.pdf [última visita, 28 de marzo de 2024],

[137] Ver, por ejemplo, los considerandos 93 a 98 de la Resolución N° 82/2024 en el caso NC N°529-24 de 10 de julio de 2024 del H. Tribunal.

[138] Presentación de fecha 5 de febrero de 2024, a folio 95.

Tabla N°8: Frecuencias restringidas por compañía, rutas entre Perú y Chile

Aerolínea	Frecuencias Restringidas		
	Chile	Perú	Total
Asignadas	**80**	**77**	**157**
LATAM	**56**	**40**	**96**
S/ Plazo	44	40	84
C/ Plazo	12	0	12
SkyAirlines	**21**	**20**	**41**
S/ Plazo	17	20	37
C/ Plazo	4	0	4
JetSmart	**3**	**17**	**20**
S/ Plazo	0	17	17
C/ Plazo	3	0	3
Disponibles	**4**	**7**	**11**

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de la JAC[139]

132. En relación con las condiciones de asignación de las frecuencias, la tabla anterior también muestra que LATAM mantiene la mayoría de sus frecuencias asignadas sin un plazo para su devolución.

133. Respecto de la capacidad de oferta, en un cálculo conservador[140] se estima que las 157 frecuencias ya asignadas permitirían transportar aproximadamente 2,9 millones de pasajeros al año[141]. Es decir, en la actualidad existe una holgura de cerca de un 45% con respecto al año con el mayor número de pasajeros transportados, que corresponde a 1,9 millones de pasajeros transportados durante el 2019[142]. Y si bien la asignación de frecuencias entre aerolíneas es bastante disímil, aquella que cuenta actualmente con menos frecuencias (Jetsmart) tiene la capacidad de mantener prácticamente 3 vuelos diarios en la ruta.

134. Que, entonces, lo relevante para el análisis de competencia en ese mercado es que las aerolíneas les den uso efectivo y eficiente a las frecuencias asignadas, y no se generen incentivos ni condiciones regulatorias para mantenerlas -estratégicamente- con bajos niveles de uso, de manera tal que se limite la entrada o expansión de otros competidores.

135. En ese sentido, como se describió *supra*, la Propuesta de Reglamento contiene cambios relevantes para incentivar que el uso de frecuencias sea efectivo y disuadir

[139] Listado de acuerdos binacionales, disponible en: https://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial/grado-de-apertura/ [Última visita: 9 de septiembre de 2024].
[140] Asumiendo que solo se utilizan aviones del modelo A320-200, los más pequeños que se utilizan en esta ruta por las tres compañías, cuya capacidad es de 180 pasajeros. Para más información ver, Memoria Anual 2023 de LATAM Airlines p.31. Disponibe en: https://www.latamairlinesgroup.net/static-files/e915dee6-3cb9-41d3-9a0e-79b8e430f2e0 [Última visita: 9 de septiembre de 2024]
[141] Este numeró resulta de contar 360 asientos ocupados en una frecuencia (vuelo de ida y vuelta) por las 157 frecuencias semanales asignadas y agregando durante 52 semanas que representan un año calendario..
[142] Ver Tabla N° 3 en el presente documento.

su acaparamiento estratégico, mediante umbrales de uso mínimo por ruta, y favorecer su reasignación mediante licitaciones a aquellas aerolíneas que estén dispuestas a comprometer mayores niveles de uso.

136. Lo anterior, junto con la implementación de las recomendaciones adicionales que se señalan en este informe para mejorar la competencia en las licitaciones, permitiría descartar la necesidad de reevaluar los umbrales máximos de frecuencias que LATAM puede asignarse, establecidos en la condición VIII de la Resolución N° 37/2011 del H. TDLC, salvo que se dispongan de nuevos antecedentes que justifiquen un nuevo análisis.

V.CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

137. Conforme ha sido señalado en este informe, el mercado de transporte aéreo de pasajeros y carga está sujeto a un conjunto de regulaciones especiales que limitan la libre operación de las aerolíneas en los espacios aéreos de cada país. A su vez, se ha identificado como una de las principales limitaciones la existencia de frecuencias aéreas internacionales restringidas, ello, principalmente, porque se trata de un bien escaso que es indispensable para el desarrollo de esta actividad económica. En ese contexto resulta relevante la selección del mecanismo y condiciones de asignación de las frecuencias aéreas restringidas, en atención a los efectos que esta restricción produce en la competencia.

138. Según lo latamente señalado, el mecanismo de asignación previsto en nuestra normativa legal y reglamentaria es el de la licitación pública. Aunque este mecanismo ofrece garantías de una asignación eficiente, transparente y no discriminatoria, esta Fiscalía ha identificado riesgos para la libre competencia en el diseño normativo vigente y en la forma en que la JAC ha llevado a cabo estos procesos.

139. En primer lugar, se observó que existen diferencias significativas entre las empresas que poseen frecuencias sin plazo definido y aquellas que cuentan con frecuencias limitadas a un plazo de 5 años. Esto pone en desventaja a las compañías que dependen de licitaciones, afectando su capacidad de planificación y competencia. Además, la falta de un mecanismo claro respecto de la oportunidad para convocar a licitaciones y la discrecionalidad de la JAC pueden generar incertidumbre y escasez de vuelos, lo cual impacta negativamente tanto en el mercado como en los consumidores. Por ello, se recomienda un procedimiento más uniforme y transparente para la convocatoria, que garantice condiciones equitativas para todos los participantes.

140. Esta Fiscalía también detectó que el actual mecanismo de asignación de frecuencias basado en el mayor precio ofertado puede generar riesgos para la competencia, especialmente en mercados con baja competencia o con estructuras monopólicas. Aunque el precio es una variable importante en las licitaciones, no siempre es el mejor criterio para promover la competencia efectiva en mercados limitados. La Propuesta de Reglamento introduce un cambio positivo al priorizar el uso eficiente de las frecuencias sobre el precio, lo cual favorece la entrada de nuevos operadores y mejora la competitividad. Sin embargo, existen dudas sobre la coherencia en la aplicación de las tasas de uso en las licitaciones, lo que podría contradecir los objetivos buscados y generar un uso ineficiente de las frecuencias asignadas.

141. Otro aspecto identificado es que el actual mecanismo para recuperar frecuencias aéreas subutilizadas es ineficiente, ya que permite a los operadores conservar frecuencias con un uso mínimo, lo que puede conducir al acaparamiento y limitar la competencia en el mercado. La discrecionalidad de la JAC para aplicar la regla de abandono contribuye a este problema. La Propuesta de Reglamento introduce medidas para promover un uso más eficiente de las frecuencias, como una tasa de uso mínima y un proceso más estructurado y transparente para declarar el abandono de frecuencias. Aunque estas medidas podrían mejorar la competencia al liberar frecuencias no utilizadas, en particular las de plazo indefinido, su efectividad dependerá de cómo se implemente la tasa de uso y de la consideración de factores como la estacionalidad de la demanda. Sin embargo, persisten desafíos en cuanto a la discrecionalidad de la JAC en gatillar el procedimiento de abandono y la claridad en la regulación sobre la renuncia de frecuencias, especialmente en los casos en que se haya pagado una suma por ellas.

142. Finalmente, en opinión de esta Fiscalía, resulta relevante reconsiderar algunos aspectos de la licitación pública contenida en la Propuesta de Reglamento, en particular aquellos que dicen relación con el aumento del plazo de duración de la asignación de frecuencias, la mecánica misma del proceso licitatorio que fomenta la interacción entre oferentes, la exigencia de realizar ofertas individuales versus empaquetadas y la publicidad de los resultados de la licitación, específicamente, las características de la oferta adjudicada, ello en atención a los efectos anticompetitivos -ya descritos- que podrían materializarse.

143. En resumen, si bien la Propuesta de Reglamento se hace cargo y resuelve varias de las preocupaciones que esta Fiscalía y otros actores relevantes han manifestado en diferentes instancias sobre el mecanismo de asignación de las frecuencias restringidas, lo cierto es que persisten algunos riesgos anticompetitivos identificados en los párrafos anteriores, y aparecen algunos nuevos, los que deben ser

debidamente considerados por la JAC al elaborar la propuesta final que modifique el actual Reglamento.

144. De implementarse, estas modificaciones permiten descartar la necesidad de reevaluar los umbrales máximos que el H. TDLC estableció en la Condición VIII de la Resolución N° 37/2011 respecto de Latam Airlines, salvo que se disponga de nuevos antecedentes que lo justifiquen y sin perjuicio de continuar con el monitoreo de las condiciones de competencia en la ruta Santiago-Lima.

145. En consecuencia, en ejercicio de la facultad establecida en el literal q) del artículo 39 del DL 211, se considera necesario recomendar modificaciones al procedimiento de licitación de frecuencias aéreas restringidas, contenido en la Propuesta de Reglamento. En concreto, se recomienda:

a) Con el objetivo de optimizar la asignación vía licitaciones de las frecuencias restringidas y mitigar los riesgos de coordinación dentro de los procesos de licitación, se sugiere sustituir el mecanismo de asignación unitario y secuencial por un sistema de licitación combinatoria. En este nuevo esquema, cada aerolínea podrá realizar ofertas para diversas combinaciones de frecuencias de su interés, y se adjudicarán aquellas propuestas que, en conjunto, permitan alcanzar el uso más eficiente de la totalidad de frecuencias disponibles.

b) La nueva Propuesta de Reglamento aumenta el plazo de asignación de las frecuencias restringidas, de 5 a 8 años. Si bien este cambio podría reportar beneficios, sobre todo asociados a la certeza y, consecuentemente a la inversión, lo cierto es que también puede generar barreras a la entrada de nuevos y más eficientes operadores, en especial en escenarios de escasez de frecuencias disponibles. Es por ello que se sugiere mantener el plazo de vigencia de las frecuencias asignadas en 5 años.

c) Respecto de la posibilidad de transferencias de frecuencias restringidas entre operadores, para evitar conductas estratégicas y que su uso pueda desviarse de los objetivos de establecer porcentajes mínimos de uso, resulta recomendable que la Propuesta de Reglamento especifique claramente qué sucede con el nivel de uso comprometido en caso de una transferencia de frecuencias, tanto para el adquirente como para quien las transfiere.

d) Sobre el cambio propuesto en el mecanismo de abandono de frecuencias restringidas, considerando que este se convierte en un elemento clave de la nueva regulación al tener el potencial de aumentar la competencia futura mediante la reasignación de frecuencias a empresas que se comprometan a un mayor uso, es esencial que la autoridad establezca un procedimiento objetivo y

transparente para definir los niveles mínimos de uso de las frecuencias asignadas. Esto eliminaría cualquier riesgo de arbitrariedad por parte de la autoridad, asegurando la transparencia en los criterios utilizados en cada una de las rutas donde se asignan las frecuencias.

e) Se recomienda aclarar, respecto a la sanción aplicable en caso de renuncia de frecuencia o declaración de abandono, si esta implica que el operador que ha renunciado no puede participar en el próximo proceso licitatorio que se lleve a cabo o, por el contrario, este podría participar de la licitación, pero no puede asignarse el mismo número de frecuencias perdidas, es decir, sólo podrá participar de la licitación en caso de que se esté licitando un número mayor de frecuencias que las perdidas. Ello, en atención a que una menor participación en cada licitación podrá incidir en menos intensidad competitiva en las ofertas de niveles de uso.

f) Respecto de la reasignación de frecuencias restringidas disponibles, se recomienda establecer un procedimiento general que regule los hitos y plazos máximos en que la JAC procederá a su licitación.

Saluda atentamente a usted,

GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

ADS/AFT/ARM