

EN LO PRINCIPAL: Aporta antecedentes. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos confidenciales. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña versiones públicas. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Acompaña documentos públicos.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Jorge Grunberg Pilowsky, Fiscal Nacional Económico, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (“FNE” o “Fiscalía”), en autos caratulados “*Consulta de JetSMART Airlines SpA sobre asignación de frecuencias aéreas en Ruta Santiago-Lima*”, Rol NC 524-2023, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H. Tribunal**” o “**H. TDLC**”) respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 N°2 y 31° del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 (“**DL 211**”), la FNE viene en aportar los siguientes antecedentes de hecho, de derecho y económicos en los términos que a continuación se expondrán:

I. ANTECEDENTES Y MATERIA SOMETIDA A CONSULTA

A. LA CONSULTA DE JETSMART

1. JetSMART Airlines SpA (“**JetSMART**”) es una filial del holding internacional JetSMART Holdings Limited, administrada por Indigo Partners LLC, empresa de capital privado, dedicada al transporte aéreo y con experiencia en el desarrollo de aerolíneas de formato *ultra-low cost*¹. JetSMART obtuvo su certificado de operador aéreo ante la Dirección General de Aeronáutica Civil (“**DGAC**”) en junio de 2017². Actualmente, la aerolínea opera vuelos directos dentro de Chile, así como vuelos que conectan diversas ciudades del país con destinos en Perú, Argentina, Uruguay, Brasil, Colombia, Paraguay y Ecuador³.
2. Con fecha 26 de septiembre de 2023, JetSMART, ingresó al H. TDLC una consulta (“**Consulta**”) con el objeto de que éste se pronuncie en relación a la licitación de

¹ Informe de aprobación de la adquisición de control en JetSMART Holdings Limited por parte de American Airlines, Inc. Rol FNE 327-2022, p.2.

² Respuesta de JetSMART a Oficio Ord. N°1833-23, que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

³ Ibid.

frecuencias aéreas que la Junta de Aeronáutica Civil (“JAC”) realizó respecto de la Ruta Santiago-Lima, 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 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.

B. EL ALCANCE RESTRINGIDO DEL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA INICIADO POR JETSMART

3. Por resolución de fecha 2 de octubre de 2023, el H. TDLC dio inicio al presente asunto no contencioso restringiendo el alcance del mismo, señalando de 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 (“Bases de Licitación”), infringen las disposiciones DL 211⁴.**
4. Por consiguiente, sin perjuicio de la valoración que esta Fiscalía tiene o puede llegar a tener respecto de ciertos elementos de la normativa sectorial que pudiesen restringir la libre competencia en la ruta en análisis y que ameritan las acciones que se detallarán en las conclusiones de esta presentación, nuestro aporte de antecedentes se circunscribe a lo resuelto por este H. Tribunal.
5. Con el objeto de ejercer las facultades establecidas en el artículo 39° del DL 211 y para recabar los antecedentes necesarios para el presente informe, esta Fiscalía resolvió iniciar investigación con fecha 5 de diciembre de 2023, bajo el Rol FNE N°2746-23.

⁴ Respecto de la solicitud de JetSMART relativa a la asignación indefinida de algunas frecuencias adjudicadas en la ruta indicada, el H.TDLC señaló “ (...) no ha lugar a la solicitud de pronunciamiento, por cuanto 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”.

C. LOS PROCESOS LICITATORIOS DE FRECUENCIAS AÉREAS DE LA RUTA SANTIAGO-LIMA

i. Frecuencias aéreas de la ruta Santiago – Lima

6. Con fecha 7 de abril de 2011 las autoridades aeronáuticas civiles de la República del Perú y la República de Chile suscribieron un Memorándum de Entendimiento⁵ mediante el cual se acordó la concesión recíproca de 84 frecuencias semanales para servicios de transporte de pasajeros, carga y correo a ser operadas en la ruta Santiago–Lima y cinco puntos adicionales en cada país definidos de acuerdo a las condiciones acordadas bilateralmente⁶ (cada una de ellas, “**Frecuencia**”; en plural, “**Frecuencias**”). Las 84 Frecuencias implican derechos de tercera y cuarta libertad⁷. A su vez, 14 de estas Frecuencias tienen aparejados derechos de quinta y sexta libertad, los cuales permiten volar únicamente las rutas Lima - Nueva York - Lima y/o Lima – Los Ángeles – Lima.
7. Con fecha 15 de diciembre de 2023, la República del Perú y la República de Chile firmaron el “Memorando de Entendimiento sobre liberalización de servicios exclusivos de carga aérea entre las Autoridades de Aviación Civil de los Estados miembros de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil (CLAC) que suscriben”⁸. Dicho Memorando permite el ejercicio indefinido de los derechos de tráfico de séptima libertad del aire en forma recíproca para los servicios exclusivamente de carga, a las líneas aéreas de los países suscriptores o que suscriban el Memorando de Entendimiento, en igualdad de oportunidades, sin restricciones o limitaciones temporales, geográficas ni de capacidad. De esta forma, en cuanto al transporte de carga entre Chile y Perú, no existirían las restricciones de vuelo que sí se verifican para el transporte de pasajeros⁹.

ii. Proceso de licitación de Frecuencias aéreas de la ruta Santiago – Lima del año 2023

⁵ Memorándum de Entendimiento entre las autoridades de aviación civil de la República de Perú y la República de Chile suscrito el 7 de abril de 2011.

⁶ Dichos puntos corresponden en el caso de Perú a Arequipa, Piura, Iquitos y Trujillo (la Autoridad aeronáutica peruana únicamente ha designado cuatro puntos). En el caso de Chile, los puntos designados corresponden a Arica, Iquique, Antofagasta, Calama e Isla de Pascua. Al respecto, véase declaración de don Martín Mackenna, Secretario General de la JAC, de fecha 11 de enero de 2024, que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

⁷ Las libertades aéreas “*corresponde a las distintas configuraciones de vuelos que pueden realizarse entre dos países, desde condiciones más restrictivas (primera libertad) hasta las más amplias (novena libertad)*”, Resolución N°37/2011 H.TDLC, p.3.

⁸ Información disponible en: https://clac-lacac.org/wp-content/uploads/2023/11/MoU-2023_CarAer.pdf [última visita: 02.02.2024].

⁹ Adicionalmente, desde el 16 de febrero de 2001, se encuentra en vigor en Chile el “Acuerdo sobre Servicios Aéreos Subregionales”, conocido como Acuerdo de Fortaleza, suscrito por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Este acuerdo tiene como objetivo permitir la realización de nuevos servicios aéreos subregionales regulares, en rutas diferentes a las rutas regionales operadas bajo los términos de los acuerdos bilaterales existentes.

8. Mediante Resolución Exenta N°1220/2023 de fecha 28 de septiembre de 2023, la JAC aprobó las bases y llamó a licitación pública para la asignación de 13 frecuencias aéreas con derechos de tercera y cuarta libertad¹⁰, a ser utilizadas en la ruta Santiago–Lima y los cinco puntos adicionales en cada país, por un plazo de cinco años (“**Licitación**”).
9. El período de consultas y solicitud de aclaraciones de las Bases de Licitación se inició el 28 de septiembre de 2023 y concluyó con fecha 11 de octubre de 2023. Posteriormente, con fecha 23 de octubre de 2023, ante la Comisión de Apertura de Ofertas y Adjudicación (“**Comisión**”)¹¹ se realizó el acto de apertura de ofertas de JetSMART, LATAM y Sky Airline en la Licitación. Las ofertas fueron abiertas por el presidente de la Comisión quien indicó a viva voz el operador aéreo que ofertó el mayor monto, sin revelarlo¹². De esta forma, sucesivamente, se licitó cada Frecuencia, hasta adjudicarse las 13 que se encontraban disponibles. Los resultados del proceso de Licitación se presentan en la Tabla N°1 siguiente.

Tabla N°1: Montos ofertados en Licitación y adjudicatarios¹³

Frecuencia	Oferta más alta (Adjudicatario)	JetSMART (\$CLP)	LATAM (\$CLP)	Sky (\$CLP)
1	LATAM	30.000.100.-	318.800.300.-	60.000.000.-
2	LATAM	43.000.100.-	223.500.800.-	80.000.000.-
3	LATAM	43.000.100.-	225.700.300.-	141.000.000.-
4	LATAM	43.001.000.-	226.800.000.-	161.000.000.-
5	LATAM	60.001.000.-	227.300.000.-	210.000.000.-
6	LATAM	60.000.100.-	228.500.000.-	210.000.000.-
7	Sky	60.001.000.-	229.800.000.-	252.000.000.-
8	LATAM	60.000.100.-	358.800.000.-	252.000.000.-
9	LATAM	65.000.100.-	358.500.000.-	300.000.000.-
10	LATAM	68.000.100.-	388.800.000.-	300.000.000.-
11	LATAM	70.000.100.-	408.800.000.-	320.000.000.-
12	Sky	72.000.100.-	88.800.000.-	400.000.000.-
13	Sky	73.000.100.-	108.800.000.-	400.000.000.-

Fuente: Elaboración propia en base a respuesta Oficio Ord. N°1841-23 de investigación FNE Rol N°2746-23

¹⁰ La JAC dividió los derechos de las 4 frecuencias disponibles con derechos de 3ª, 4ª, 5ª y 6ª libertad y licitó estas 4 frecuencias, pero sólo respecto de sus derechos de 3ª y 4ª libertad. Por lo mismo, quedaron 4 derechos de 5ª y 6ª libertad disponibles para ser asignados a aquellas aerolíneas que ya cuenten con frecuencias con derechos de 3ª y 4ª libertad. Al respecto, véase declaración de don Martín Mackenna, Secretario General de la JAC, de fecha 11 de enero de 2024, que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

¹¹ Esta comisión fue presidida por el Secretario General (S) de la JAC, don Eduardo Alvarado y compuesta por la abogada del Departamento Legal, doña Matilde Urra y el coordinador del Área de Planificación y Estudios, don Sebastián Flores.

¹² Declaración de don Martín Mackenna, Secretario General de la JAC, de fecha 11 de enero de 2024, que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

¹³ Respuesta de la JAC a Oficio Ord. N°1841-23, que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

10. De este modo, en el acto de apertura de la Licitación, el presidente de la Comisión anunció que resultaron adjudicatarias las empresas LATAM con 10 Frecuencias y Sky con 3 Frecuencias, por un plazo de cinco años a contar del 24 de octubre de 2023¹⁴.
11. La Tabla N°2 siguiente presenta la distribución actual de las Frecuencias entre las aerolíneas chilenas, con posterioridad a la adjudicación de la Licitación.

Tabla N°2: Distribución actual de las Frecuencias chilenas en la ruta Santiago-Lima¹⁵

Aerolínea	Tipo de libertad	N° frecuencias	Fecha asignación	Fecha original de caducidad	Nueva fecha de caducidad ¹⁶
LATAM Airlines ("LATAM")	3ª y 4ª	34	Previo 2002 14-07-2011 03-08-2012 23-05-2014 16-08-2014	Indefinido	Indefinido
	3ª y 4ª	2	09-03-2018	09-03-2023	21-11-2024
	3ª, 4ª, 5ª, y 6ª	10	19-11-1997	Indefinido	Indefinido
	3ª y 4ª	10	24-10-2023	24-10-2028	N/A
	Total LATAM	56			
Sky Airlines ("Sky")	3ª y 4ª	19 ¹⁷	14-07-2011	Indefinido	Indefinido
	3ª y 4ª	1	24-05-2019	24-05-2024	06-02-2026
	3ª y 4ª	3	24-10-2023	24-10-2028	N/A
	Total Sky	23			
JetSMART	3ª y 4ª	4	24-07-2017	24-07-2022	07-04-2024
	3ª y 4ª	1	09-03-2018	09-03-2023	21-11-2024
	Total JetSMART	5			
Frecuencias disponibles		0 ¹⁸			

Fuente: Elaboración propia en base a respuesta Oficio Ord. N°1841-23 de investigación FNE Rol N°2746-23

¹⁴ De las 13 frecuencias licitadas, 4 pertenecían a LATAM, mientras que 9 eran de propiedad de JetSMART, quien no logró readjudicárselas.

¹⁵ Respuesta de la JAC a Oficio Ord. N°1841-23, que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

¹⁶ Con fecha 3 de diciembre de 2021, mediante Resolución Exenta N°1146/2021, la JAC extendió el plazo de asignación de frecuencias aéreas en la ruta Chile-Perú para todos los operadores nacionales. Lo anterior, atendidas las condiciones derivadas de la emergencia sanitaria generada por la pandemia COVID-19 y su impacto en el normal desenvolvimiento del transporte aéreo.

¹⁷ Con fecha 12 de enero de 2024, mediante Resolución Exenta N°71, la JAC declaró el abandono de dos de las frecuencias entre Santiago y Lima asignadas a Sky de manera indefinida, las que quedaron en situación de ser asignadas a otro operador. Sin embargo, el acto administrativo aún no se encuentra firme.

¹⁸ Actualmente se encuentran disponibles 4 derechos de 5ª y 6ª libertad, los cuales pueden adjudicárselos aquellas aerolíneas que ya cuentan con frecuencias con derechos de 3ª y 4ª libertad. Al respecto, véase declaración de don Martín Mackenna, Secretario General de la JAC, de fecha 11 de enero de 2024, que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA REGULACIÓN

A. LEY DE AVIACIÓN (DECRETO LEY N°2.564) Y REGLAMENTO (DECRETO SUPREMO N°102)

12. Los dos principales órganos que regulan y supervisan el transporte aéreo en Chile son la DGAC¹⁹ y la JAC. Para efectos de esta presentación, resulta relevante considerar las funciones y atribuciones conferidas a la JAC²⁰, dentro de las que se encuentran: (i) ejercer la dirección de la aviación comercial y administrar las políticas correspondientes; (ii) participar en la negociación y elaboración de acuerdos y convenios internacionales relacionados con la aviación comercial; (iii) calificar la reciprocidad de derechos que otorguen a las empresas aéreas nacionales los países extranjeros; y (iv) asignar frecuencias aéreas internacionales entre las empresas chilenas, mediante licitación pública cuando éstas están restringidas; entre otras.
13. Según la JAC, el Estado de Chile ha sustentado por tres décadas una política aérea de cielos abiertos²¹. Conforme al Decreto Ley N°2.564 que Dicta Normas sobre Aviación Comercial, de 22 de junio de 1979 ("**Ley de Aviación**"), los fundamentos de dicha política se basan en que la configuración geográfica de Chile y su posición respecto a los grandes centros productores y consumidores del mundo exigen la disponibilidad de servicios de transporte aéreo de la mejor calidad, eficiencia y al menor costo porque ello incide fundamentalmente en el desarrollo del país, para lo cual es necesario crear las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio del transporte aéreo chileno.
14. No obstante, la apertura de los cielos chilenos a aerolíneas de otros países se ha realizado bajo una lógica de reciprocidad de derechos. En estos casos, corresponde a la JAC alcanzar acuerdos internacionales de cielos abiertos para que las aerolíneas chilenas y las aerolíneas nacionales del Estado contraparte dispongan de derechos de tráfico aéreo internacionales recíprocos. Actualmente, Chile mantiene relaciones

¹⁹ La DGAC se encarga principalmente de la administración, control e inspección de los aeropuertos. Al respecto, véase Ley N°16.752 que Fija Organización y Funciones y Establece Disposiciones Generales a la Dirección General de Aeronautica Civil.

²⁰ Al respecto, véase Decreto con Fuerza de Ley N°241 que Fusiona y reorganiza diversos servicios relacionados con la Aviación Civil; y Decreto Ley N°2.564 que Dicta Normas sobre Aviación Comercial.

²¹ Al respecto, véase información disponible en: <http://www.jac.gob.cl/politica-aerocomercial.html> [última visita: 02.02.2024]. En el caso de aquellos países con los que Chile cuenta con acuerdos de cielos abiertos, las aerolíneas chilenas y del país en cuestión pueden explotar rutas entre cualquier ciudad de ambos territorios. A modo de ejemplo, Estados Unidos mantiene acuerdos de cielos abiertos con Chile y Perú. Por lo tanto, las aerolíneas estadounidenses pueden volar rutas entre ambos países, sin requerir la adjudicación de frecuencias por parte de las autoridades aeronáuticas respectivas.

aerocomerciales con aproximadamente 80 Estados, y con un número reducido de países existen aún restricciones vigentes²², siendo Perú el único país en donde existe restricción de frecuencias en rutas donde más de un operador chileno tiene actualmente interés en operarlas²³.

15. La asignación de las frecuencias aéreas restringidas se encuentra regulada en la Ley de Aviación y en el Decreto Supremo N°102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que reglamenta licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales (“**Reglamento**”).
16. El artículo 3° de la Ley de Aviación dispone que: *“Si de acuerdo a convenios internacionales o por razones de reciprocidad, se dispusiere de un número inferior de frecuencias²⁴ internacionales en una ruta determinada que operadores nacionales interesados para operar en ella, tales frecuencias se asignarán a estos operadores por la Junta de Aeronáutica Civil mediante licitación pública, de acuerdo con las condiciones y procedimientos que fije el reglamento”.*
17. El Reglamento en su artículo 1°, inciso segundo, dispone que una frecuencia internacional será asignada mediante licitación pública cuando existan *“dos o más operadores nacionales interesados en operarla”*. Lo anterior, cada vez que, por acuerdo entre las respectivas autoridades aeronáuticas, se disponga de una nueva frecuencia para las empresas aéreas chilenas en una ruta determinada; se haya vencido el plazo de cinco años por el que se asignan las frecuencias, según el artículo 4° del Reglamento; o en el caso en que una frecuencia en una ruta internacional deba entenderse abandonada por la empresa nacional que la posea.
18. Conforme a los artículos 2°²⁵ y 4°²⁶ del Reglamento, la JAC llamará a licitación pública para asignar la o las frecuencias disponibles, en base a ofertas en dinero, las que serán

²² Al respecto, Alemania, Canadá, Colombia, España, Francia, y Perú son países con los cuales existen frecuencias de vuelo restringidas y la autoridad chilena ha otorgado frecuencias a aerolíneas chilenas. También existen frecuencias restringidas con países como China e India, pero respecto de estos las aerolíneas chilenas actualmente no cuentan con operaciones regulares de pasajeros. Información disponible en: <https://www.jac.gob.cl/wp-content/uploads/2023/12/12-Informe-DICIEMBRE-2023-Uso-de-Frecuencias-Restringidas.pdf> [última visita: 02.02.2024].

²³ Al respecto, véase declaración de don Martín Mackenna, Secretario General de la JAC, de fecha 11 de enero de 2024.

²⁴ El artículo 1° del Reglamento señala: *“Para los efectos del presente reglamento se entiende por frecuencia la operación regular de un vuelo semanal en una ruta determinada (...)”*.

²⁵ El artículo 2° del Reglamento establece: *“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”*.

²⁶ El artículo 4° del Reglamento establece: *“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*

asignadas a la empresa que haya ofrecido la mayor suma por cada una de ellas. Si existe un único interesado por cada frecuencia disponible, dichas frecuencias se asignarán sin necesidad de oferta. Si existe más de un interesado, se procederá a recibir las ofertas por cada frecuencia, previa entrega de garantías que aseguren la misma. El artículo 4° consagra en su inciso final, desde el año 2002²⁷, que "[l]as frecuencias se asignarán por un plazo de cinco años a contar de la fecha de asignación".

19. Ni la Ley de Aviación ni su Reglamento establecen mecanismos para determinar la existencia de uno o más interesados en las frecuencias aéreas disponibles. Por lo mismo, la JAC ha utilizado diferentes procedimientos para determinarlo²⁸. Uno 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 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. Desde el año 2015, la JAC ha asignado frecuencias restringidas únicamente mediante licitación pública.

20. Finalmente, el artículo 7° del Reglamento establece que, si una empresa chilena no opera regularmente una determinada frecuencia internacional por un plazo superior a seis meses, la JAC podrá considerarla abandonada para los efectos de que quede sujeta a asignación por dicho organismo.

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".

²⁷ Hasta el año 2002, fecha en que se modifica el Reglamento, el plazo de vigencia de las frecuencias asignadas por licitación o directamente, por no haber otros interesados, era indefinido. Con la modificación del Reglamento, se limitó el plazo de vigencia de las frecuencias asignadas por licitación a cinco años, mientras que el plazo para aquellas asignadas en forma directa mantuvo su carácter de indefinido. Véase Decreto Supremo N°76, de 2002, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

²⁸ Respuesta Oficio Ord. N°1841-23 que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

B. JURISPRUDENCIA RELEVANTE PARA EL ANÁLISIS DE LA CONSULTA DE AUTOS

21. Con fecha 26 de septiembre de 2006, el H.TDLC dictó la Sentencia N°44/2006, por medio de la cual se acogió parcialmente la demanda de Sky en contra del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“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. TDLC 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 eficiencia asignativa en la adjudicación, uso, abandono y relicitación de las frecuencias enumerados en el considerando quincuagésimo quinto de su sentencia.
22. 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 Telecomunicaciones²⁹, 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.
23. Con fecha 16 de enero de 2009, el H.TDLC 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 bases³⁰; 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.TDLC propuso a S.E. la Presidenta de la República, a través del MTT, realizar una serie de modificaciones a la

²⁹ <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=264477>. [última visita: 02.02.2024].

³⁰ “(...) 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.TDLC, Resuelvo 2.a).

Ley de Aviación y al Reglamento³¹. 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.

24. 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, 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”*³²⁻³³.
25. Con fecha 21 de septiembre de 2011, el H. TDLC 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. TDLC resolvió condicionar la aprobación de la Operación al cumplimiento de 14 medidas de mitigación, tanto estructurales como conductuales.
26. 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”):

³¹ Específicamente: *“(i) modificar las normas pertinentes del Decreto Ley N° 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 N° 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 N° 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.TDLC, Resuelvo N°3.

³² Sentencia Rol N°1855-2009 CS, C. 7°.

³³ Véase también sentencia Rol N°1855-2009 CS, C. 11°.

- (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 hubiesen 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 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.

III. MERCADO EN EL QUE INCIDE LA MATERIA SOMETIDA A CONSULTA

27. Las Bases de Licitación, objeto de la Consulta, permiten al adjudicatario acceder a un derecho de vuelo en la ruta Santiago-Lima, y en los puntos adicionales definidos por las autoridades de cada país.

28. En este sentido, y en consistencia con lo que esta Fiscalía ha definido anteriormente³⁴, el mercado relevante sobre el que incide la Consulta corresponde a los servicios regulares de transporte aéreo de pasajeros en la ruta Santiago-Lima, y a cualquier otro

³⁴ Véase: (i) Informe de la Fiscalía Nacional Económica sobre la adquisición de una participación accionaria, la celebración de ciertos acuerdos para dar lugar a un *joint venture* en las rutas entre Estados Unidos y países de Sudamérica y de ciertos acuerdos de código compartido entre Delta Air Lines, Inc. y LATAM Airlines Group S.A., así como sobre el financiamiento DIP, párr.98; y (ii) Aporte de Antecedentes de la FNE de fecha 4 de noviembre de 2016, a la Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras, Rol NC434-2016 H.TDLC, párr. 52 y ss. y párr. 344 y ss.

par origen-destino a nivel ciudad-ciudad a que de derecho la Frecuencia adjudicada. En efecto, esta delimitación pone acento en las preferencias de la demanda, debido a que los consumidores difícilmente considerarán dos itinerarios con origen-destino distintos como sustitutos.

29. En la Tabla N°3, se observa que la ruta con origen Santiago y destino Lima se encontraría altamente concentrada de acuerdo al Índice Herfindahl- Hirschman (“HHI”)³⁵, circunstancia que se suscitaría por la existencia de tres actores que, particularmente entre 2021 y 2023, concentraron prácticamente la totalidad del mercado. El principal actor sería LATAM, con una participación para el año 2023 del 60,3% de los pasajeros transportados, seguido de Sky y JetSMART con el 24,9% y el 14,8%, respectivamente.

Tabla N°3: Participaciones de mercado ciudad - ciudad en ruta con origen Santiago y destino Lima, según pasajeros transportados (2018-2023)³⁶

Aerolínea	2018	2019	2020	2021	2022	2023
LATAM AIRLINES PERU S.A.	22,9%	18,1%	24,4%	51,5%	36,0%	33,6%
LATAM AIRLINES GROUP S.A.	45,2%	47,7%	40,0%	16,5%	22,3%	27,9%
LATAM	68,1%	65,8%	64,4%	68,0%	58,4%	61,4%
SKY AIRLINES S.A.	14,8%	16,5%	18,2%	21,7%	21,4%	15,5%
SKY AIRLINE PERU S.A.C.			1,5%		4,7%	10,9%
SKY	14,8%	16,5%	19,8%	21,7%	26,1%	26,4%
JETSMART AIRLINES SPA	7,4%	9,7%	12,5%	10,1%	15,1%	8,0%
JETSMART AIRLINES PERÚ S.A.C.					0,4%	4,1%
JETSMART	7,4%	9,7%	12,5%	10,1%	15,4%	12,1%
STAR UP S.A.	0,03%			0,2%	0,1%	0,1%
LACSA	7,2%	4,8%	3,4%			
LATIN AMERICAN WINGS S.A.	1,3%					
ONE AIRLINES SPA	0,04%					
PERUVIAN AIRLINES AIRLINES S.A.C.	0,1%	0,004%				
PLUS ULTRA LINEAS AEREAS S.A.	0,2%					
TACA-PERU	0,8%	3,1%				
HHI	4968	4734	4704	5199	4327	4616

Fuente: Elaboración propia en base a respuesta de la JAC a Oficio Ordinario N°1841-2023³⁷

30. Un aspecto relevante que se desprende del análisis de las participaciones de mercado en la Tabla N°3 anterior, es que las tres aerolíneas que principalmente han servido la ruta Santiago-Lima, han utilizado las frecuencias otorgadas por las autoridades tanto

³⁵ A modo referencial, véase Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de la FNE de mayo de 2022, p.16.

³⁶ Las participaciones de mercado contenidas en esta tabla sólo consideran los pasajeros transportados con origen en Santiago y destino Lima, no viceversa.

³⁷ Datos también disponibles en informes estadísticos mensuales del tráfico aéreo, publicados en: <https://www.jac.gob.cl/estadisticas/informes-estadisticos-mensuales-del-traffic-aereo/> [última visita: 02-02-2024].

chilenas como peruanas. En este sentido, al operar con las frecuencias peruanas, la aerolínea de bandera peruana actúa como operador de la ruta mientras que la aerolínea chilena actuaría, generalmente, como comercializadora de la misma³⁸. Este caso es particularmente patente para LATAM que, durante el año 2023, movilizó al 54,6% de sus pasajeros en la ruta con origen Santiago y destino Lima, mediante su aerolínea de bandera peruana LATAM Airlines Perú. Asimismo, JetSMART manifestó estar utilizando frecuencias otorgadas por las autoridades peruanas para suplir las frecuencias perdidas en Chile, de forma que su oferta de vuelos actual en la ruta Santiago-Lima no se viera totalmente comprometida³⁹.

31. En la Tabla N°4 se presentan las frecuencias con que cada aerolínea cuenta en virtud de las asignaciones efectuadas por las autoridades peruanas y chilenas. Al observar la distribución de las frecuencias, desde el lado chileno, LATAM cuenta con el 66,7% de las frecuencias asignadas, Sky con el 27,4%, y JetSMART con el 6%. Por otra parte, para volar la ruta Lima – Santiago, ida y vuelta, la autoridad peruana ha asignado 40 frecuencias a LATAM, correspondiente al 51,9% de los derechos de vuelo peruanos asignados a esta ruta; mientras que Sky y JetSMART cuentan con el 27,3% y el 20,8%, respectivamente, de las frecuencias que han sido asignadas.

Tabla N°4: Distribución de las frecuencias en ruta con origen Santiago y destino Lima a diciembre de 2023

Aerolíneas	Autoridad Chilena		Autoridad Peruana	
	Total	%	Total ⁴⁰	%
LATAM	56	66,7%	40	51,9%
SKY	23	27,4%	21	27,3%
JetSMART	5	6,0%	16	20,8%
Total	84	100%	77 ⁴¹	100%

Fuente: Elaboración propia en base a respuesta de Sky a Oficio Ord. N°1834-2023 de investigación FNE Rol N°2746-23 e información pública⁴²

³⁸ Al respecto, véase declaraciones de: (i) doña María Paz Villasante, Gerente Senior Estrategia Comercial, y don José Miguel Valenzuela, Gerente Libre Competencia, ambos de LATAM, de fecha 15 de diciembre de 2023; y de (ii) don Pedro Asenjo, Country Manager, y doña Gabriela León, Directora de Planificación, ambos de JetSMART, de fecha 12 de enero de 2024, que obran en investigación FNE Rol N°2746-23.

³⁹ Declaración de don Pedro Asenjo, Country Manager, y doña Gabriela León, Directora de Planificación, ambos de JetSMART, de fecha 12 de enero de 2024, que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

⁴⁰ Las frecuencias indicadas en esta columna corresponden a aquellas asignadas por la autoridad peruana para volar la ruta Lima - Santiago. Sin embargo, la autoridad peruana también ha asignado frecuencias para volar rutas entre Perú y Chile que comprenden pares origen-destino diversos a Lima - Santiago. Ello en el marco del "Acuerdo de Fortaleza" o Acuerdo sobre Servicios Aéreos Subregionales. A modo ejemplar, JetSMART tiene asignadas 7 frecuencias para volar la ruta Arequipa – Santiago. Al respecto, véase Resolución Directorial N°0789-2022-MTC/12 del Ministerio de Transporte y Comunicación de la República de Perú, disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3912762/RD%20N%200789-2022-MTC/12.pdf> [última visita: 02-02-2024].

⁴¹ A la fecha, existen 7 frecuencias disponibles a asignar por la autoridad peruana en el marco del Memorándum de Entendimiento que regula las relaciones aerocomerciales entre Perú y Chile.

⁴² Véase (i) Resolución Directorial N°0789-2022-MTC/12 del Ministerio de Transporte y Comunicación de la República de Perú, disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3912762/RD%20N%200789-2022-MTC/12.pdf> [última visita: 02-02-2024]; (ii) Resolución Directorial N°0115-2023-MTC/12 del Ministerio de Transporte y Comunicación de la República de Perú, disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4423834/%20RD%20N%200115-2023->

IV. ANÁLISIS DE COMPETENCIA

32. El análisis de esta Fiscalía en este aporte de antecedentes se enmarca en lo resuelto por este H. Tribunal y, por consiguiente, busca 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 DL 211.
33. En opinión de esta Fiscalía, varias de las reglas establecidas en las Bases de Licitación en cuestión tienen su fuente directa en la normativa sectorial⁴³ y constituyen una concreción de la misma, lo que será analizado en la subsección A. Los demás aspectos de las Bases de Licitación, en donde se aprecia un mayor grado de discrecionalidad por parte de la autoridad aeronáutica, serán analizados en la subsección B.

A. ASPECTOS DE LAS BASES DE LICITACIÓN DEFINIDOS POR LA LEGISLACIÓN VIGENTE

34. Según la Ley de Aviación y el Reglamento⁴⁴, la JAC tiene la facultad exclusiva de asignar las frecuencias aéreas internacionales entre empresas chilenas. Para ello, en caso que exista un número inferior de frecuencias que operadores nacionales interesados, debe llamar a licitación pública y cumplir con las condiciones y procedimientos establecidos en el Reglamento.
35. Por lo anterior, varias de las disposiciones de las bases técnicas que elabora y aprueba la JAC tienen como fundamento directo la Ley de Aviación y el Reglamento y son replicadas en las Bases de Licitación. Por lo tanto, en opinión de esta Fiscalía, se trataría de asuntos que exceden el objeto de este procedimiento⁴⁵.

MTC/12.pdf?v=1681332659 [última visita: 02-02-2024]; y (iii) Resolución Directorial N°0098-2024-MTC/12 del Ministerio de Transporte y Comunicación de la República de Perú, disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5722890/5081481-rd-n-0098-2024-mtc-12.pdf> [última visita: 02-02-2024].

⁴³ Esto coincide con lo indicado por este H. Tribunal en resolución de fecha 02 de octubre de 2023, respecto de la solicitud relativa a la asignación indefinida de algunas frecuencias adjudicadas en la ruta Santiago Lima" (...) *no ha lugar a la solicitud de pronunciamiento, por cuanto 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*".

⁴⁴ Artículo 3° de la Ley de Aviación y artículo 2° del Reglamento.

⁴⁵ En efecto, si bien se ha establecido que las bases de licitación pública son actos susceptibles de ser revisados por el H. Tribunal a través de un procedimiento no contencioso, ello no contemplaría aspectos normativos. Véase Resolución N° 74/2022 H.TDLC, C. 5° y Resolución N° 75/2022 H.TDLC, C. 3°.

i. Adjudicación de frecuencias aéreas a empresa que oferte la mayor suma de dinero

36. El punto IV.2 de las Bases de Licitación establece: *“Una vez concluida la calificación de las ofertas recibidas respecto de la frecuencia que se está licitando, el Presidente de la Comisión abrirá los sobres y declarará cuál fue la empresa que ofreció la suma más alta. A la empresa aérea que efectúe la oferta más alta se le asignará la frecuencia licitada”*.

37. Al respecto, la Consultante argumenta que: *“El riesgo de acaparamiento de frecuencias o de limitación de acceso a las mismas para nuevos entrantes es concreto (...)”*⁴⁶ dado que conforme al artículo 4° del Reglamento la JAC *“(...) asignará la o las frecuencias disponibles a la empresa que haya ofrecido la mayor suma de dinero por cada una de ellas (...)”*⁴⁷, existiendo dos o más interesados.

38. Sin perjuicio de la opinión que a esta Fiscalía le merezca el sistema de asignación de frecuencias aéreas basada solo en la mejor oferta monetaria, al elaborar las bases para el proceso de Licitación la JAC no hizo más que dar fiel cumplimiento a la legislación vigente que resulta aplicable en la especie. Es el Reglamento, en su artículo 4°⁴⁸, 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 JAC a elaborar las bases de licitación en concordancia con tales condiciones, según expresamente lo dispone el inciso primero del artículo 3° de la Ley de Aviación.

39. Este es por lo demás el entendimiento de la Excma. Corte Suprema que sobre el particular ha señalado: *“[...] al elaborar las bases para el proceso de licitación de las frecuencias aéreas restringidas materia de esta causa la Junta de Aeronáutica Civil no hizo mas 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*

⁴⁶ Consulta de folio 6, p. 4.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ El artículo 4° del Reglamento establece: *“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”*.

elaborar las bases de licitación en concordancia con tales condiciones, según expresamente lo dispone el inciso segundo del artículo 3 de la Ley de Aviación.”

ii. Participación restringida a operadores nacionales

40. El punto III.1 de las Bases de Licitación establece: “Podrán participar y presentar ofertas las empresas aéreas chilenas interesadas, que sean titulares de Certificado de Operador Aéreo (AOC), válido a la fecha que se realice la licitación, emitido por la Dirección General de Aeronáutica Civil de Chile (DGAC), que autorice realizar el tipo de operaciones comprendidas en el objeto de esta licitación”.
41. Como se indicó *supra*, el artículo 3° de la Ley de Aviación establece que las frecuencias se asignarán a los operadores nacionales interesados por la JAC mediante licitación pública, de acuerdo con las condiciones y procedimientos que fije el Reglamento, el que señala que cualquier operador que sea una empresa aérea nacional está habilitado para participar en la licitación.

B. ASPECTOS DE LAS BASES DE LICITACIÓN DEFINIDOS POR LA JAC

42. En esta sección se analizarán aspectos de las Bases de Licitación sobre los cuales la JAC tendría algún grado de discrecionalidad, por lo que resulta plausible su evaluación competitiva en el marco de este proceso.

i. Las reglas establecidas en las bases no dificultan la participación de los oferentes

43. Para habilitar la participación de un oferente, las Bases de Licitación exigen la presentación de algunos antecedentes del postulante y de instrumentos de garantía, según se especificará *infra*. Desde una perspectiva de libre competencia, ambos requisitos no tienen efecto en la rivalidad dentro del proceso licitatorio, dado que se aplican de manera uniforme a todos los potenciales oferentes. No obstante, corresponde evaluar si dichas obligaciones pueden constituir una barrera a la entrada que desincentive la participación general en el proceso.
44. En cuanto a los antecedentes del postulante, las Bases de Licitación exigen la presentación de: (i) un instrumento público que acredite la personería del representante del operador nacional interesado; y (ii) una copia del Certificado de Operador Aéreo Vigente (“COAV”), emitido por la DGAC, el cual debe permitir al operador nacional interesado realizar el tipo de operaciones comprendidas en el objeto de la licitación.

45. Por una parte, la acreditación de la personería es un requisito jurídico básico e imprescindible para demostrar que la persona que concurre a la presentación de ofertas cuenta con los poderes suficientes para adquirir derechos y contraer obligaciones en nombre de su representada. Por otro lado, todo operador aeronáutico que actualmente se encuentre efectuando vuelos, o proyecte hacerlo, debe contar con un COAV; de modo que este requisito formal resulta adecuado para acreditar que el oferente puede hacer un eventual uso de los derechos que pretende adquirir. En consecuencia, esta Fiscalía estima que ambos antecedentes no configuran un impedimento a la participación de los interesados.
46. En relación a los instrumentos de garantía, las Bases de Licitación señalan: “(...) los postulantes deberán acompañar uno o más instrumentos de garantía con el objeto de garantizar el pago de las sumas ofrecidas en el proceso de licitación. **El monto de la garantía deberá ser igual o superior al monto de la oferta que se realice por cada una de las frecuencias**” [énfasis agregado]⁴⁹. De acuerdo con los antecedentes recabados por esta Fiscalía, en el acto de apertura de las ofertas de la licitación en cuestión, los postulantes podían acompañar: (i) un único instrumento de garantía con el equivalente al monto total de las ofertas individuales que pretendían realizar, o (ii) el número de instrumentos necesarios para garantizar cada una de sus ofertas⁵⁰.
47. Al respecto, cabe señalar que ninguno de los oferentes en el proceso licitatorio objeto de estos autos manifestó que los instrumentos de garantía exigidos por las Bases de Licitación representaran un obstáculo significativo para su participación. De hecho, todos pudieron obtenerlos en tiempo y forma⁵¹.
48. Finalmente, las Bases de Licitación fueron publicadas 15 días antes del acto de apertura de ofertas, dando cumplimiento a lo exigido por el artículo 2° del Reglamento en cuanto a que no se podrá realizar la apertura de la licitación antes de 15 días contados desde

⁴⁹ Asimismo, se indica que “Cualquiera sea su naturaleza, los instrumentos de garantía deberán ser nominativos, tener carácter de irrevocable y pagaderos a la vista, con una vigencia no inferior a noventa días hábiles desde la fecha de la apertura de la licitación, extendidos a beneficio de la Tesorería General de la República”, Resolución exenta N°1220/2023 JAC, p.3.

⁵⁰ Al respecto, véase declaraciones de: (i) doña María Paz Villasante, Gerente Senior Estrategia Comercial, y don José Miguel Valenzuela, Gerente Libre Competencia, ambos de LATAM, de fecha 15 de diciembre de 2023; (ii) don Julio Solar, Subgerente de Planificación Estratégica de Sky, de fecha 15 de diciembre de 2023; y (iii) don Pedro Asenjo, Country Manager, y doña Gabriela León, Directora de Planificación, ambos de JetSMART, de fecha 12 de enero de 2024, que obran en investigación FNE Rol N°2746-23.

⁵¹ Al respecto, véase declaraciones de: (i) doña María Paz Villasante, Gerente Senior Estrategia Comercial, y don José Miguel Valenzuela, Gerente Libre Competencia, ambos de LATAM, de fecha 15 de diciembre de 2023; (ii) don Julio Solar, Subgerente de Planificación Estratégica de Sky, de fecha 15 de diciembre de 2023; (iii) don Pedro Asenjo, Country Manager, y doña Gabriela León, Directora de Planificación, ambos de JetSMART, de fecha 12 de enero de 2024; y (iv) don Martín Mackenna, Secretario General de la JAC, de fecha 11 de enero de 2024, que obran en investigación FNE Rol N°2746-23.

la publicación del aviso. Por otro lado, la JAC otorgó un plazo de 11 días para que los postulantes enviaran sus antecedentes. Si bien estos plazos pueden ser acotados, en atención a la naturaleza de los requisitos exigidos por las Bases de Licitación y que todos los interesados lograron participar de la Licitación, no se observa que hayan constituido una limitante a la participación en el proceso licitatorio.

49. A partir de los antecedentes expuestos, esta Fiscalía es de la opinión que las reglas establecidas en las Bases de Licitación no impidieron o limitaron la participación de las aerolíneas nacionales interesadas en el proceso licitatorio. A mayor abundamiento, resulta evidente que ninguna de las aerolíneas nacionales con posibilidades de participar en el proceso, se vio impedida o limitada de hacerlo como consecuencia de los requisitos establecidos en las Bases de Licitación.

ii. Las reglas establecidas en las Bases de Licitación permiten condiciones de rivalidad entre los oferentes

50. Según ha definido el H. Tribunal, a fin de determinar si las Bases de Licitación se ajustan a la normativa de libre competencia contenida en el DL 211, se debe verificar si las mismas mantuvieron mínimas condiciones de rivalidad⁵². En concreto, el H. TDLC ha precisado que se debe impedir cualquier mecanismo o actuación en el proceso y diseño de bases por parte de la autoridad que: (i) manifiestamente faciliten la colusión de otros agentes económicos; (ii) limiten injustificadamente la competencia mediante las condiciones contenidas en dichas bases; y, (iii) establezcan injustificadamente condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación⁵³.

51. En relación al punto (i) del párrafo anterior, a partir del examen de las Bases de Licitación, no se colige la existencia de algún elemento que favorezca los riesgos de coordinación en el desarrollo del proceso licitatorio. Adicionalmente, tanto los oferentes como la JAC dieron cuenta que, durante el acto de presentación y apertura de ofertas, se adoptaron medidas para evitar la interacción entre los participantes. Entre estas medidas se encontraban: (i) la imposibilidad de abandonar la sala una vez efectuado el ingreso; (ii) la prohibición de uso de celulares al interior de la sala; (iii) el distanciamiento

⁵² Sentencia 138/2014 H.TDLC, C. 17°.

⁵³ Sentencia 177/2021 H.TDLC, Considerando Sexto y Sentencia N°138/2014, H.TDLC, C. 17°.

de los participantes al interior de la sala; y (iv) la supervisión constante del personal de la JAC⁵⁴.

52. En cuanto al punto (ii) mencionado en el párrafo 50, cabe referirse al diseño del método de subasta escogido por la JAC. La regulación vigente establece que la JAC asignará la o las frecuencias disponibles a la empresa que haya ofrecido la mayor suma de dinero por cada una de ellas⁵⁵. Sin embargo, el Reglamento no especifica el tipo de subasta que se debe utilizar, quedando ello a discreción de la autoridad sectorial.
53. Las Bases de Licitación establecen que cada frecuencia se licitará por separado, y en forma consecutiva. Para esto, los postulantes deben presentar sus ofertas en dinero, en sobre cerrado, adjudicándose la frecuencia a aquel postulante que ofrezca la suma más alta⁵⁶.
54. Dicho mecanismo de asignación se conoce como ronda única a primer precio con sobre cerrado. Este tipo de subasta se caracteriza por considerar exclusivamente el monto de la oferta mediante una única oportunidad para presentarla, prescindiendo de otros posibles factores diferenciadores entre los oferentes. Lo anterior, se encuentra en línea con lo exigido por el Reglamento.
55. Según la JAC, el mecanismo de licitación a sobre cerrado fue seleccionado en atención a una de las recomendaciones efectuadas por el H. TDLC en su Sentencia N°44/2006. Según la autoridad aeronáutica, este se ha mantenido por considerarse un buen mecanismo de asignación y por no haber presentado objeciones por parte de los participantes en los diversos procesos licitatorios⁵⁷.
56. A través de la Tabla N°5 se observa que el promedio de las ofertas adjudicadas en el último proceso de Licitación estuvo significativamente por sobre aquel que se verificó en procesos previos.

⁵⁴ Véase declaraciones de: (i) doña María Paz Villasante, Gerente Senior Estrategia Comercial, y don José Miguel Valenzuela, Gerente Libre Competencia, ambos de LATAM, de fecha 15 de diciembre de 2023; (ii) don Julio Solar, Subgerente de Planificación Estratégica de Sky, de fecha 15 de diciembre de 2023; (iii) don Pedro Asenjo, Country Manager, y doña Gabriela León, Directora de Planificación, ambos de JetSMART, de fecha 12 de enero de 2024; y (iv) don Martín Mackenna, Secretario General de la JAC, de fecha 11 de enero de 2024, que obran en investigación FNE Rol N°2746-23.

⁵⁵ Artículo 4° del Reglamento.

⁵⁶ En caso de que se presente una sola empresa interesada en la frecuencia que se licita, la frecuencia respectiva es adjudicada sin necesidad de oferta. Véase Bases de Licitación, p.5. y artículo 4° del Reglamento.

⁵⁷ Véase declaración de don Martín Mackenna, Secretario General de la JAC, de fecha 11 de enero de 2024, que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

Tabla N°5: Oferta máxima y promedio en términos nominales y reales para los procesos licitatorios entre 2018 – 2023

Licitación	Máxima oferta nominal (\$CLP)	Máxima oferta real (a octubre de 2023) (\$CLP) ⁵⁸	Promedio nominal de las ofertas adjudicadas (\$CLP)	Promedio real (a octubre 2023) de las ofertas adjudicadas (\$CLP)
24-01-2008	72.000.000	133.848.000	49.571.429	92.153.286
24-07-2009	150.000.000	263.550.000	78.728.571	138.326.100
24-07-2017	90.000.000	123.840.000	42.400.000	58.342.400
09-03-2018	153.800.000	208.245.200	114.533.333	155.078.133
24-05-2019 ⁵⁹	41.500.000	54.365.000	41.500.000	54.365.000
23-10-2023	408.800.000	408.800.000	309.038.569	309.038.569

Fuente: Elaboración propia en base a respuesta de la JAC a Oficio Ord. N°1841-2023, de investigación FNE Rol N°2746-23

57. Este proceso comprendió la licitación de 13 frecuencias por separado y en forma consecutiva, en un contexto de incertidumbre respecto de los montos ofertados durante el proceso. En efecto, al finalizar la adjudicación de cada Frecuencia, la JAC sólo revelaba al ganador, pero no los montos ofertados⁶⁰. Estos montos sólo fueron revelados una vez que el proceso licitatorio finalizó al adjudicar cada una de las 13 Frecuencias que estaban disponibles.

58. No obstante, los participantes contaron con la oportunidad de mitigar la falta de información respecto a las ofertas rivales. Lo anterior, al conseguir una mejor predicción de dichas ofertas, por ensayo y error, ante cada frecuencia licitada de la secuencia de 13, ajustando sus propias ofertas durante el proceso⁶¹⁻⁶². En efecto, en caso de no resultar adjudicatarios de alguna de las frecuencias licitadas, cada participante podía elevar el monto ofrecido en la siguiente; o bien, podían reducir su oferta en caso de adjudicarse una frecuencia y haber valorado excesivamente el bien licitado.

59. Según se puede apreciar en la Figura N°1, LATAM resultó adjudicatario de la primera frecuencia, ajustando posteriormente a la baja su oferta y manteniéndola durante las seis siguientes frecuencias licitadas. Por su parte, Sky, que comenzó con una oferta 5,3 veces menor a la de LATAM, fue progresivamente ajustando al alza el monto de su

⁵⁸ Los valores reales fueron obtenidos al ajustar los valores nominales, considerando la tasa de variación del índice de precios al consumidor entre la fecha de la licitación respectiva y octubre de 2023. Información disponible en: <https://calculadoraipc.ine.cl/> [última visita: 02.02.2024].

⁵⁹ En este proceso se licitó una sola frecuencia.

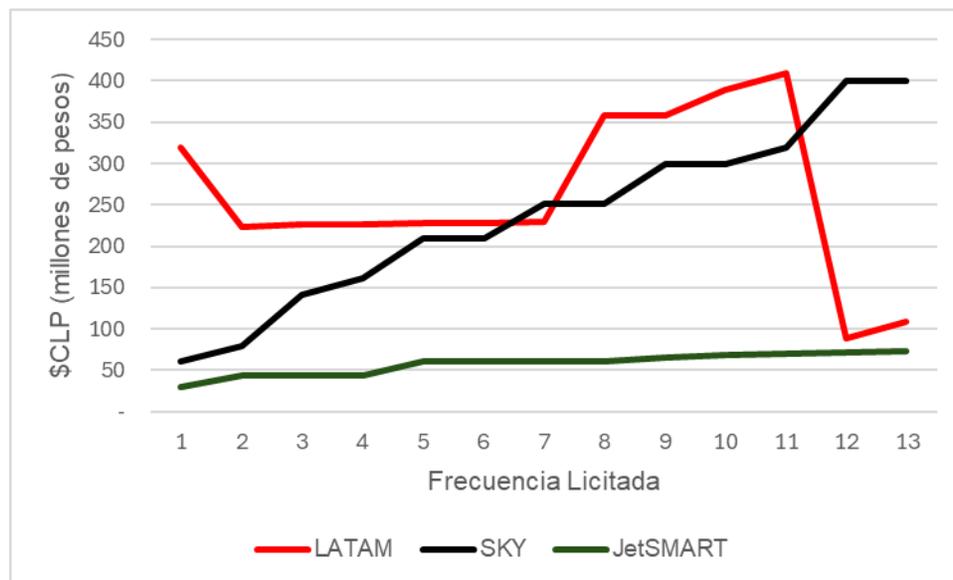
⁶⁰ Al respecto, véase declaración de don Martín Mackenna, Secretario General de la JAC, de fecha 11 de enero de 2024, que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

⁶¹ Cabe señalar que los sobres de ofertas se presentan por los oferentes consecutivamente, antes de comenzar la licitación de la siguiente frecuencia.

⁶² Desde el año 2008 a la fecha, salvo el proceso de licitación del año 2019, se han realizado procesos licitatorios secuenciales y consecutivos que involucraron más de una frecuencia.

oferta, hasta adjudicarse la séptima frecuencia. En adelante, tanto Sky como LATAM continuaron pujando, elevando los montos ofrecidos. En contrapartida, JetSMART no efectuó un ajuste sustantivo a sus ofertas, observándose una distancia considerable respecto de sus contendores. En este sentido, la oferta máxima de JetSMART se habría aproximado a la cota superior de las estimaciones internas efectuadas por esta compañía en anticipación al proceso licitatorio⁶³.

Figura N°1: Evolución de las ofertas económicas de cada uno de los oferentes en la licitación de octubre de 2023



Fuente: Elaboración propia en base a respuesta de la JAC a Oficio Ordinario N°1841-2023

60. En definitiva, si bien pueden existir otros mecanismos de subasta con sus propias ventajas y desventajas, para el caso en comento no obran antecedentes que indiquen que, dado el marco de acción que otorga la regulación vigente, el mecanismo contenido en las Bases de Licitación haya propendido a limitar la competencia en la Licitación.

61. Finalmente, en relación al tercer lineamiento indicado en el párrafo 50 —el establecimiento injustificado de condiciones para que se produzca un potencial abuso de dominancia luego de la licitación—, esta Fiscalía no observa que, en el espacio de discrecionalidad que le cabe a la JAC, se hayan incluido condiciones que conlleven o tiendan a producir un potencial abuso. En efecto, la JAC habría optado por un diseño simple de Bases de Licitación, solicitando sólo la documentación imprescindible para participar, y apegándose a lo que estrictamente se encuentra facultada por el Reglamento. En este sentido, cualquier consideración de competencia adicional a lo

⁶³ Respuesta de JetSMART a Oficio Ord. N°97-2024, que obra en investigación FNE Rol N°2746-23.

señalado *supra* implicaría cambios normativos que exceden el objeto que jurídicamente corresponde a este procedimiento.

62. En consecuencia, habiéndose analizado los tres lineamientos, esta Fiscalía es de la opinión que las reglas establecidas en las Bases de Licitación, mantuvieron las mínimas condiciones de rivalidad en el marco de lo que la regulación permite a la JAC. Lo anterior, sin perjuicio de posibles mejoras en la regulación vigente que pudieran analizarse para configurar un escenario de mayor competencia en los mercados en que la Licitación incide directa e indirectamente, los que, no obstante, exceden el objeto del presente procedimiento.

V. CONCLUSIONES

63. El análisis efectuado en este aporte de antecedentes se circunscribe al objeto definido por este H. Tribunal al iniciar este procedimiento, en particular, en cuanto a determinar si las Bases de Licitación de la JAC de frecuencias aéreas respecto de la ruta Santiago-Lima infringen o no las disposiciones del DL 211.

64. En ese contexto, podemos sostener que cuestionamientos a las Bases de Licitación, como los efectuados al criterio de adjudicación, constituyen la aplicación de la normativa sectorial vigente y que, por consiguiente, la JAC no cuenta con discrecionalidad para actuar en forma diversa a la que le mandata el ordenamiento jurídico, por lo que esta FNE estima que las Bases de Licitación no infringen las disposiciones del DL 211.

65. Asimismo, en aquellos aspectos en que la JAC gozaba de algún grado de discrecionalidad y que fueron desarrollados en los párrafos 43 a 62 de este informe, las reglas establecidas en las Bases de Licitación no implicaron, a juicio de esta Fiscalía, una limitación a la participación de los oferentes, o a la posibilidad de éstos de rivalizar, por lo que se estima que en este ámbito las Bases de Licitación tampoco infringen el DL 211.

66. No obstante, existen elementos de la normativa sectorial que preocupan a esta Fiscalía y deben ser revisados en profundidad desde una perspectiva de libre competencia, de forma de evaluar, luego de recabados los antecedentes pertinentes, la necesidad de recomendar fundadamente modificaciones a la normativa legal y reglamentaria que regula la asignación, uso, abandono y relicitación de las frecuencias aéreas restringidas que han sido asignadas a distintos operadores aéreos, así como la necesidad de establecer límites adicionales a la adquisición o tenencia de dichas frecuencias áreas

en base a la evolución que ha tenido el mercado relevante en análisis. Con ese objeto, con fecha 1 de febrero de 2024 esta Fiscalía abrió la investigación Rol FNE N°2755-24.

POR TANTO, con el mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18° N°2, 31° y 39° del DL 211, así como las demás normas legales citadas y aplicables,

AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPETUOSAMENTE

PIDO: Tener presente los antecedentes aportados por la Fiscalía Nacional Económica.

PRIMER OTROSÍ: Por este acto, acompaño bajo confidencialidad los siguientes archivos, que contienen información utilizada por esta Fiscalía y que constan en la Investigación Rol FNE N°2746-23:

1. Archivo PDF denominado "JETSMART acompaña información (13.12.23)". Correspondiente a carta de JETSMART mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°1833.
2. Archivo Excel denominado "Pregunta 2 FNE". Correspondiente a uno de los anexos a carta de SKY acompañando información de fecha 13 de diciembre de 2023.
3. Archivo PDF denominado "LATAM acompaña información (13.12.23)". Correspondiente a carta de LATAM mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°1835.
4. Carpeta denominada "Anexo 03-ORD1835". Correspondiente a uno de los anexos a carta de LATAM acompañando información de fecha 13 de diciembre de 2023.
5. Archivo PDF denominado "JAC acompaña información (14.12.23)". Correspondiente a Ord. N°291-2023 de JAC mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°1841.
6. Archivo PDF denominado "JAC acompaña información (21.12.23)". Correspondiente a Ord. N°298-2023 de JAC mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°1841.
7. Carpeta denominada "Anexos JAC acompaña información (21.12.23)". Correspondiente a documentos seleccionados de la respuesta de JAC, de fecha 21 de diciembre de 2023.
8. Archivo PDF denominado "JETSMART acompaña información (23.01.2024)". Correspondiente a carta de JETSMART mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°97.
9. Carpeta denominada "Anexos carta JETSMART (23.01.2024)". Correspondiente a documentos seleccionados de la respuesta de JETSMART a Oficio Ord. N°97.

En relación con dichas piezas, la Fiscalía Nacional Económica solicita a este H. Tribunal mantener la confidencialidad decretada mediante Resolución FNE N°077, de fecha 2 de febrero de 2024, la que se acompaña como documento público en el tercer otrosí de esta presentación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 letra a) del DL 211 y en el acuerdo decimosexto del Auto Acordado N°16/2017 del H. Tribunal.

Sírvase H. Tribunal: Tenerlos por acompañados bajo confidencialidad.

SEGUNDO OTROSÍ: A efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto Acordado N° 16/2017 del H. Tribunal, solicito se tengan por acompañados los siguientes documentos como versiones públicas de aquellos acompañados en carácter de confidencial en el primer otrosí:

1. Archivo PDF denominado “JETSMART acompaña información (13.12.23)”. Correspondiente a carta de JETSMART mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°1833.
2. Archivo Excel denominado “Pregunta 2 FNE”. Correspondiente a uno de los anexos a carta de SKY acompañando información de fecha 13 de diciembre de 2023.
3. Archivo PDF denominado “LATAM acompaña información (13.12.23)”. Correspondiente a carta de LATAM mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°1835.
4. Carpeta denominada “Anexo 03-ORD1835”. Correspondiente a uno de los anexos a carta de LATAM acompañando información de fecha 13 de diciembre de 2023.
5. Archivo PDF denominado “JAC acompaña información (14.12.23)”. Correspondiente a Ord. N°291-2023 de JAC mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°1841.
6. Archivo PDF denominado “JAC acompaña información (21.12.23)”. Correspondiente a Ord. N°298-2023 de JAC mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°1841.
7. Carpeta denominada “Anexos JAC acompaña información (21.12.23)”. Correspondiente a documentos seleccionados de la respuesta de JAC, de fecha 21 de diciembre de 2023.
8. Archivo PDF denominado “JETSMART acompaña información (23.01.2024)”. Correspondiente a carta de JETSMART mediante la cual aporta antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°97.
9. Carpeta denominada “Anexos carta JETSMART (23.01.2024)”. Correspondiente a documentos seleccionados de la respuesta de JETSMART a Oficio Ord. N°97.

Sírvase H. Tribunal: Tenerlos por acompañados.

TERCER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener por acompañados los siguientes documentos de carácter público, que constan en la Investigación Rol FNE N°2746-23:

1. Archivo PDF denominado “Res. de inicio N°55”. Correspondiente a resolución de fecha 05 de diciembre de 2023 que instruye inicio de investigación Rol N°2746-23.
2. Archivo PDF denominado “Oficio Ord. FNE N°1833”. Correspondiente a oficio de fecha 05 de diciembre de 2023, mediante el cual comunica inicio de investigación y solicita antecedentes a JETSMART AIRLINES SPA.
3. Archivo PDF denominado “Oficio Ord. FNE N°1834”. Correspondiente a oficio de fecha 05 de diciembre de 2023, mediante el cual solicita antecedentes a SKY AIRLINE.
4. Archivo PDF denominado “Oficio Ord. FNE N°1835”. Correspondiente a oficio de fecha 05 de diciembre de 2023, mediante el cual solicita antecedentes a LATAM AIRLINES GROUP S.A..
5. Archivo PDF denominado “Oficio Ord. FNE N°1841”. Correspondiente a oficio de fecha 06 de diciembre de 2023, mediante el cual solicita antecedentes a JUNTA DE AERONÁUTICA CIVIL.
6. Archivo PDF denominado “Resolución Exenta de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC)”. Correspondiente a uno de los anexos a carta de JETSMART acompañando información de fecha 13 de diciembre de 2023.
7. Archivo PDF denominado “SKY acompaña información (13.12.23)”. Correspondiente a carta de SKY mediante la cual aporta parcialmente antecedentes solicitados en Oficio Ord. N°1834.
8. Carpeta denominada “Anexos JAC acompaña información (14.12.23)”. Correspondiente a documentos seleccionados de la respuesta de JAC, de fecha 21 de diciembre de 2023.
9. Archivo PDF denominado “Oficio Ord. FNE N°97”. Correspondiente a oficio de fecha 17 de enero de 2024, mediante el cual solicita antecedentes a JETSMART.
10. Archivo PDF denominado “Resolución de confidencialidad N°077”. Correspondiente a resolución Exenta N°077 de 02 de febrero de 2024 que declara confidenciales piezas del Expediente Rol N°2746-23.

Sírvase H. Tribunal: Tenerlos por acompañados.