

Consulta Ciudadana

“Propuesta de Reglamento Licitación Pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales”

Santiago, 9 de septiembre de 2024

A continuación, se ponen a disposición del público las respuestas de los participantes en la Consulta Ciudadana sobre propuesta de Reglamento de Licitación Pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales, convocada a través del Decreto Exento N° 3.228, de 25 de julio de 2024, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT).

Se recibieron las respuestas de los siguientes participantes, las que se exponen en el mismo orden:

- Federación de Empresas de Turismo de Chile (FEDETUR)
- Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA)
- Delta Air Lines, Inc.
- JetSMART Airlines SpA
- LATAM Airlines Group S.A.
- Sky Airline S.A.

Sin perjuicio de lo anterior, a través de Resolución N° 102, de 9 de septiembre de 2024, la Fiscalía Nacional Económica cerró la investigación sobre frecuencias aéreas internacionales restringidas, que se realizaba bajo el Rol 2755-24 FNE. La citada Resolución de cierre se fundamenta, en parte, en un informe que contiene, fruto de un profundo análisis técnico, jurídico y económico, recomendaciones de tipo regulatorio apuntados al proceso de asignación y abandono de frecuencias y que se refieren a la propuesta de Reglamento objeto de la Consulta Ciudadana. Por todo ello, se pone además a disposición de la ciudadanía la citada Resolución N° 102, de 2024 y el informe de archivo que contiene recomendación de cambios normativos.

**Secretaría General
Junta de Aeronáutica Civil**

Humberto Lopez Mata
Director International & Regulatory Affairs

Delta Air Lines, Inc.
1030 Delta Boulevard
Department 981
Atlanta, GA 30354-1989
T. +1 404 715 3545
F. +1 404 715 2233
Humberto.lopezmata@delta.com

21 de agosto de 2024

Señores
Junta de Aeronáutica Civil
Presente

Ref.: Consulta Ciudadana: Propuesta de Reglamento Licitación Pública para Asignar Frecuencias Internacionales a Empresas Aéreas Nacionales

opartesjac@jac.gob.cl

At.: Sr. Martín Mackenna – Secretario General
mmackenna@jac.gob.cl

Sr. David Dueñas – Abogado Jefe
dduenas@jac.gob.cl

De nuestra consideración:

Delta agradece la oportunidad de proporcionar comentarios sobre el reglamento propuesto para la licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales en Chile. Como parte interesada con experiencia en la industria de la aviación internacional, a Delta le gustaría ofrecer perspectivas desde el punto de vista de los Estados Unidos, particularmente en relación con los beneficios del enfoque del Departamento de Transporte de los EE. UU. (DOT) para asignar frecuencias de entrada limitada. Estos comentarios tienen la intención de proporcionar observaciones constructivas para su consideración mientras finalizan las regulaciones.

Descripción General del Proceso de Asignación en EE. UU.

El proceso general por el cual el DOT asigna frecuencias de entrada limitada está regulado por la Parte 302 del 14 CFR, Subparte C, y se detalla más en el sitio web de la DOT (www.transportation.gov). Este proceso asegura una asignación justa y transparente de frecuencias internacionales entre los transportistas de EE. UU., equilibrando las necesidades de competencia, bienestar del consumidor e interés nacional.

Evaluación Integral

El enfoque de EE. UU. implica un proceso de revisión exhaustivo que considera varios factores, incluyendo la salud financiera de las aerolíneas, su capacidad para mantener operaciones y sus propuestas de servicio. Entre estos factores, los más significativos son:

- **Velocidad de Inicio del Servicio:** La capacidad de una aerolínea para comenzar rápidamente las operaciones en la ruta adjudicada.

Señores

Junta de Aeronáutica Civil

21 de agosto de 2024

Página 2

- **Tamaño de la Aeronave:** El tipo y la capacidad de la aeronave propuesta para la ruta.
- **Diversidad del Modelo de Negocio:** La consideración de diferentes modelos de negocio para promover la diversidad en las ofertas de servicio.
- **Impacto Competitivo:** El DOT pone un fuerte énfasis en los impactos competitivos de las asignaciones de frecuencias. Esto incluye la evaluación de varios tipos de competencia:
 - **Nuevas Rutas:** Que son inherentemente pro-competitivas y pro-consumidor.
 - **Competencia entre Transportistas:** Competencia entre diferentes aerolíneas.
 - **Competencia entre Hubs:** Competencia entre diferentes aeropuertos centrales o ciudades.
 - **Competencia Interregional:** Competencia entre diferentes regiones geográficas o la apertura de nuevas regiones a vuelos directos.
 - **Competencia entre Alianzas:** Competencia entre diferentes alianzas de aerolíneas.

Lo anterior asegura que las rutas se asignen a aerolíneas que no solo sean competitivas, sino que también sean capaces de mantener el servicio, lo que mejora la estabilidad y confiabilidad de la ruta.

Estabilidad y Certeza a Largo Plazo

Una de las características distintivas del enfoque de EE. UU. es la estabilidad a largo plazo que se proporciona a las aerolíneas una vez que se les asignan frecuencias. Típicamente, una vez que se asignan las frecuencias, pueden ser utilizadas por el transportista ganador de manera perpetua, sujeto a la reversión automática al DOT si el transportista no opera la ruta durante un cierto período de tiempo (a menudo referido como "inactividad" (*dormancy*)). Esto proporciona un alto grado de certeza, lo que permite a las aerolíneas invertir con confianza en nuevas rutas.

Tener una alta certeza sobre las autoridades económicas fundamentales como las frecuencias es crucial para que las aerolíneas puedan utilizar e invertir plenamente en nuevas rutas. Sin certeza sobre la capacidad continua de operar una ruta, las aerolíneas pueden dudar en lanzar o expandir servicios, especialmente cuando los costos iniciales pueden ser sustanciales. La falta de certeza en la asignación de rutas también puede llevar a retrasos en los pedidos de aeronaves, aplazamiento de contrataciones y reducción de la inversión en infraestructura y tecnología.

Perspectivas Adicionales del Sistema de EE. UU.

El sistema de EE. UU. también incorpora varias salvaguardas procedimentales para garantizar que las asignaciones de frecuencias se realicen de manera que sirvan al interés público:

- **Interés Público y Beneficios para el Consumidor:** El proceso del DOT prioriza el bienestar del consumidor al garantizar que las asignaciones de rutas conduzcan a tarifas competitivas, mejor calidad de servicio y mayor conectividad. Este enfoque centrado en el consumidor beneficia al mercado en general al fomentar la competencia y la innovación.

Señores

Junta de Aeronáutica Civil

21 de agosto de 2024

Página 3

- **Procedimientos de Selección Comparativa:** Cuando varios transportistas solicitan la misma frecuencia, el DOT utiliza procedimientos de selección comparativa para evaluar cada solicitud según sus méritos. Este proceso transparente permite que todas las partes interesadas presenten su caso, y el DOT típicamente emite una decisión tentativa (una "orden de mostrar causa" (*show-cause order*)) antes de hacer una asignación final, permitiendo la participación pública y comentarios.
- **Alineación con Acuerdos Bilaterales:** El enfoque de EE. UU. asegura que las asignaciones de rutas sean consistentes con las obligaciones internacionales bajo acuerdos bilaterales de servicios aéreos, lo que ayuda a mantener relaciones diplomáticas y económicas sólidas.

Conclusión

En resumen, el enfoque de EE. UU. para asignar frecuencias de servicios aéreos internacionales ofrece varias ventajas que podrían ser beneficiosas para su consideración en el contexto chileno. El enfoque en la competencia, el bienestar del consumidor y la estabilidad a largo plazo proporciona un marco que apoya tanto el crecimiento de la industria de la aviación como los intereses económicos más amplios del país.

Delta presenta respetuosamente estos comentarios para la consideración de la Junta de Aeronáutica Civil mientras finaliza las regulaciones que rigen la asignación de frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales en Chile. Delta cree que adoptar principios similares podría mejorar la efectividad del mercado de servicios aéreos de Chile y promover un crecimiento e inversión sostenidos.

Gracias por considerar estas perspectivas.

Sin otro particular, los saluda atentamente,



Humberto Lopez Mata
Director – Asuntos Internacionales y Regulatorios
humberto.lopezmata@delta.com

Santiago, 19 de agosto de 2024

Señores (as)
Junta de Aeronáutica Civil
Agustinas 1382, Piso 3.
Santiago

PRESENTE

At: Martín Mackenna Rueda – Secretario General Junta de Aeronáutica Civil.

Ref.: Propuesta de Reglamento Licitación Pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales.

Estimado Secretario General de la Junta de Aeronáutica Civil,

Junto con saludar, por medio de la presente, en representación de la Federación de Empresas de Turismo de Chile ("Fedetur"), me dirijo a Ud. con la finalidad de manifestar nuestra opinión en relación a la propuesta de Reglamento Licitación Pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales.

Como principales representantes de la actividad turística del país, siempre apoyaremos iniciativas encaminadas a aumentar el flujo del turismo de Chile, y de la misma manera, esperamos que las autoridades tomen acciones que fomenten e impulsen dicho objetivo.

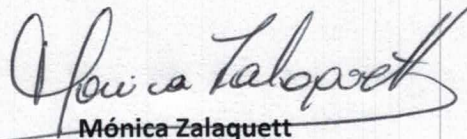
Como señalan las propias estadísticas de la Junta Aeronáutica Civil ("JAC"), al cierre del primer semestre de este año, el tráfico internacional de pasajeros de Chile aún es un 2,4% menor al del año 2019, por lo que creemos que el foco de las autoridades sectoriales debe ser el seguir apoyando el aumento de dicho tráfico.

Sin embargo, al revisar la propuesta de Reglamento, llama la atención que pareciera que la JAC va a instaurar un proceso de revisión y disminución de frecuencias para todas las rutas internacionales, y como consecuencia, existe el riesgo que operadores chilenos dejen de volar rutas, incluso si no hay otra aerolínea chilena interesada. Lo anterior, solo tendría efectos perjudiciales para el turismo chileno, al reducir operaciones sin que exista un interesado en utilizar dichas frecuencias.

Tampoco es claro el criterio que se utilizará para definir los porcentajes de uso de cada frecuencia, en circunstancias que los actores del sector turismo necesitan reglas claras para desarrollar sus operaciones. Finalmente, sobre los criterios de asignación, nos parece importante recoger experiencias internacionales y buscar un método que propicie una mayor llegada de turistas al país.

Agradecemos de antemano la buena recepción a estas inquietudes y esperamos tener una buena acogida por parte del gobierno.

Sin otro particular, se despide cordialmente,



Mónica Zalaquett

Presidenta Ejecutiva

Federación de Empresas de Turismo de Chile

FEDERACION DE EMPRESAS DE TURISMO DE CHILE

+56 22 437 6602

www.fedetur.cl

Avda. Nueva Tajamar 481, Edificio WTC, Torre Norte, Oficina 806

Las Condes



Santiago, 21 de Agosto de 2024

Señores
Junta de Aeronáutica Civil
Chile

Estimados señores,

En nombre de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA), nos permitimos participar dentro del término establecido para ello, en la consulta pública abierta por la Junta de Aeronáutica Civil (JAC) respecto a la "Propuesta de Reglamento de Licitación Pública para asignar Frecuencias Internacionales a Operadores Aéreos Nacionales".

Aunque reconocemos que los procedimientos mediante los cuales se asignan las rutas y frecuencias internacionales es una potestad única y exclusiva de los Gobiernos, nos permitimos manifestar que para nuestra Asociación es una prioridad que las normas que se emitan sean transparentes, procedimentalmente justas y claras, brindando seguridad jurídica a todos los operadores que participan del mercado.

Por lo anterior, creemos sustancial que la norma que se ha propuesto incluya mecanismos que garanticen, en todas las etapas del proceso, una aplicación de criterios objetivos, conocidos de antemano por todos los operadores, así como claros y transparentes que deriven en decisiones que permitan revisión y apelación por quien lo considere necesario. Consideramos que esta norma debe ser clara y comprensiva, de manera que se elimine cualquier subjetividad que no responda a criterios preestablecidos, conocidos y aceptados por los administrados.

En ese sentido, quisiéramos solicitarle a la JAC que revise la norma propuesta para que se incluyan los conceptos antes señalados.

Agradecemos de antemano su atención.

Atentamente,

Helen Kouyoumdjian
Country Manager, IATA Chile



C.C.

Peter Cerda, Vicepresidente Regional Las Américas, IATA

Oracio Márquez, Director Relaciones Gubernamentales y Sostenibilidad, IATA



Santiago, 21 agosto de 2024

Señor
Martín Mackenna Rueda
Secretario General
Junta de Aeronáutica Civil
Amunátegui N°139, Santiago.
PRESENTE

Ref.: Consulta Ciudadana: "Propuesta de Reglamento Licitación Pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales"– Respuestas.

De nuestra consideración,

Junto con saludarle atentamente, en representación de **JetSMART Airlines SpA** ("JetSMART"), sociedad del giro de su denominación, RUT 76.574.879-8, venimos en responder en formato pdf, además de haberlo hecho en el Formulario de la Consulta Ciudadana, a las preguntas de esta última.

COMENTARIOS DE JETSMART A PROPUESTA DE REGLAMENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA PARA ASIGNAR FRECUENCIAS INTERNACIONALES A EMPRESAS AÉREAS NACIONALES

A. Comentarios en relación con el Título I, Definiciones

Artículo 1: Se sugiere precisar definiciones, en particular "Asignatario" y "Frecuencia Internacional asignada", de modo que reflejen correctamente la naturaleza jurídica de la asignación, la que consiste en una autorización de uso de una Frecuencia Internacional, y en el caso de una transferencia entre operadores, lo que se transfiere es el derecho a utilizar una Frecuencia Internacional. Esto último también debe aclararse en el Artículo 12 sobre transferencia de frecuencias.

B. Comentarios en relación con el Título II, Asignación de frecuencias

1. Límite de tenencia de frecuencias

Tal como da cuenta la "Consulta de JetSMART Airlines SpA sobre asignación de frecuencias aéreas en Ruta Santiago-Lima", Rol NC 524-2023, seguida ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), muchos actores y autoridades han mostrado preocupación por las condiciones de mercado existentes en esta y otras rutas en las que hay un número restringido de frecuencias y un alto grado de concentración en sólo uno o dos actores.

JetSMART considera que la JAC posee en la actualidad facultades suficientes para aplicar criterios que fomenten la libre competencia en las licitaciones y en cada mercado, de acuerdo a sus condiciones vigentes, sin perjuicio de lo cual la compañía estima relevante que el nuevo Reglamento sea aún más específico en los siguientes aspectos:

- 1) Establecer como límite máximo a la tenencia de frecuencias restringidas en una determinada ruta en que existan 3 o más operadores, el 40% de las frecuencias existentes en esa ruta, con el fin de evitar altos porcentajes de frecuencias aéreas adjudicadas a un mismo actor y efectos de red que se podrían derivar de la adquisición de frecuencias adicionales a las que ya se tienen en una misma ruta. Lo anterior, sería a menos que la aplicación de tal criterio deje sin utilizar frecuencias que son necesarias para el funcionamiento eficiente del mercado respectivo, lo que será decretado por la JAC mediante resolución fundada, para efectos de poner a disposición de los incumbentes el número estrictamente necesario para alcanzar dicho nivel de eficiencia.
- 2) Dependiendo del número de frecuencias restringidas disponibles bajo el correspondiente acuerdo entre Estados, establecer como tenencia mínima 14 frecuencias existentes en esa ruta, a fin de garantizar una operación eficiente y competitiva, de manera que las bases de licitación incentiven y prioricen dicha tenencia mínima, lo que debiera hacerse de manera igualitaria en caso de que existan varios interesados.
- 3) Restringir o rechazar la participación de uno o más incumbentes en una licitación respecto de una ruta en que existan 3 o más operadores, cuando dichas compañías detenten más del 40% de las frecuencias existentes en esa ruta. Lo anterior, a menos que la aplicación de tal criterio deje sin utilizar frecuencias que son necesarias para el funcionamiento eficiente del mercado respectivo, lo que será decretado por la JAC mediante resolución fundada, para efectos de poner a disposición de los postulantes el número estrictamente necesario para alcanzar dicho nivel de eficiencia.
- 4) Definir en lo sucesivo y de manera expresa la vigencia o plazo de todas las frecuencias adjudicadas en una ruta, de modo que no se interprete que existen

asignaciones sin plazo alguno, dado que ello constituye una barrera artificial a la competencia.

- 5) Respecto de las frecuencias asignadas anteriormente, el Reglamento debiese establecer como requisito a los operadores que tengan frecuencias indefinidas y que estén interesados en participar en una licitación, que intercambien un número de frecuencias indefinidas igual a la cantidad de frecuencias a licitar, por frecuencias con vencimiento (o por el número que posean, en caso de ser menor a la cantidad de frecuencias a licitar).
- 6) Establecer la obligatoriedad a la JAC de recurrir ante el TDLC ante cualquier hecho, acto o contrato existente o por celebrarse respecto del cual la autoridad aeronáutica tenga dudas o requiera certeza acerca de si se afecta o no la libre competencia en una ruta en particular.
- 7) Establecer la inmediata suspensión del hecho, acto o convención que haya sido objeto de consulta, de manera que se mantenga la situación existente en el mercado previo a dicho hito. Por ejemplo, que no se asignen frecuencias mientras no se resuelva la consulta y, por tanto, que los operadores vigentes las mantengan hasta que se emita el respectivo pronunciamiento firme o ejecutoriado.
- 8) Introducir el concepto de "nuevo entrante" conforme a criterios objetivos y públicos para fines similares a los establecidos en el estándar previsto en la normativa dictada en Brasil -a la que se hará referencia más abajo- en materia de slots y de asignación de frecuencias internacionales, que estima como nuevo entrante a aquella empresa *"cuya cantidad de frecuencias asignadas para un mercado específico en un país extranjero sea inferior al 15% (quince por ciento) del total de las frecuencias acordadas para la parte brasileña, para este mismo mercado entre Brasil y dicho país"*¹.

¹ Resolución N° 491 de ANAC, artículo 2°, numeral II. En relación a los nuevos entrantes, cabe destacar que el artículo 7° de la Resolución N° 491 de Brasil señala que la distribución de las frecuencias disponibles se realizará otorgando equitativamente hasta el 50% de las frecuencias disponibles, redondeadas al entero inmediatamente superior, "entre las empresas solicitantes participantes, respetando el límite solicitado por cada empresa **y el límite de participación de mercado que caracterice a la empresa como participante entrante**" (énfasis agregado), para luego distribuir las frecuencias restantes equitativamente entre todas las empresas solicitantes, respetando el límite solicitado por cada una de ellas.

- 9) Definir el concepto y las reglas aplicables a un "grupo empresarial", para efectos del Reglamento. A modo ejemplar, JetSMART estima que no debiera considerarse como nuevo entrante a un operador aéreo perteneciente al mismo grupo empresarial de otro.

2. Ofertas en base a porcentaje de uso

JetSMART destaca el hecho que la propuesta de Reglamento, tomando la experiencia en telecomunicaciones, señale que cada frecuencia en licitación se asignará al operador aéreo que proponga como oferta el mayor porcentaje de uso de todas las frecuencias aéreas internacionales de que sea asignatario en la ruta respectiva, incluyendo las que se le asignen en la licitación de que se trate (artículo 5°).

Sin embargo, en el **Artículo 5**, debe revisarse la fórmula planteada en el segundo párrafo: *"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."*

Dado que las ofertas son por cada frecuencia, en forma sucesiva, sin conocerse las ofertas de los demás participantes sino hasta finalizada la licitación, los participantes usualmente desarrollan sus ofertas en base a teoría de juegos, y no necesariamente la última frecuencia asignada será aquella en la que el adjudicatario ofreció el porcentaje más alto de utilización. Como alternativa, se propone que el porcentaje de utilización a aplicar sea el correspondiente a la oferta más alta con la que ese operador se haya adjudicado una frecuencia en la misma licitación.

3. Plazo de asignación de frecuencias

El **Artículo 8** de la propuesta de Reglamento señala que las frecuencias serán asignadas por el plazo de 8 años desde la fecha del acto de apertura de las ofertas.

Sin embargo, no se aprecia por qué motivo sería necesario modificar el plazo de 5 años previsto por la regulación actual, en circunstancias que éste se estima como plazo razonable y suficiente, en el contexto que todas las frecuencias tengan un plazo definido de asignación.

En el párrafo segundo del mismo Artículo 8 debe aclararse donde indica "El período previo al comienzo efectivo de las operaciones en la ruta de que se trate", que se refiere al inicio de las operaciones de las frecuencias adjudicadas. En este sentido es necesario establecer un plazo para que los operadores puedan comenzar a comercializar y utilizar las frecuencias que se les asignen, a fin de que las reglas de utilización y abandono sean aplicables sólo

una vez vencido dicho plazo, contado desde la adjudicación respectiva. Al efecto, se solicita considerar el mecanismo y plazo contenido en el proyecto de modificación de Reglamento que fue originalmente consultado en el 2018: "*Cuando se asigne una nueva frecuencia se otorgará un plazo de doce semanas para que la empresa asignataria comience a utilizarla. Dicho periodo no será considerado para el cálculo del abandono de frecuencias*".²

C. Comentarios en relación con el Título III, Garantía de seriedad de la oferta

No tenemos comentarios en relación a esta materia.

D. Comentarios en relación con el Título IV, Reducción de frecuencias

El **Artículo 11** de la norma consultada dispone que cuando sea necesaria la reducción del número de frecuencias internacionales asignadas en una ruta internacional determinada, la Secretaría General de la Junta de Aeronáutica Civil informará esta circunstancia a los asignatarios para que de común acuerdo renuncien voluntariamente a una o más frecuencias. Si ello no fuere posible o las renunciaciones resultaren insuficientes, se les restarán frecuencias proporcionalmente al total que mantenga cada uno en la respectiva ruta. Si la cantidad de frecuencias a reducir para un operador no es un número entero, se aproximará al entero superior.

De manera coherente con los criterios propuestos ante la JAC y ante el TDLC, JetSMART estima necesario establecer incentivos para eliminar las frecuencias indefinidas existentes en el mercado y que afectan su competitividad. En tal sentido, solicitamos que el citado Artículo 11 disponga que la renuncia o reducción de frecuencias se aplicará primeramente respecto de la o las frecuencias internacionales asignadas con fecha más antigua.

Asimismo, debiera aclararse que esta regla debiera ser aplicable que siempre que sea necesaria la reducción del número de frecuencias internacionales asignadas, tanto la renuncia voluntaria como la reducción impuesta por la autoridad. En todos estos casos la renuncia o reducción de frecuencias debiera efectuarse respecto de la o las frecuencias internacionales asignadas con fecha más antigua.

² Cabe hacer presente que la norma de Brasil, a la que se alude más adelante, establece un plazo de 9 semanas para estos efectos. Además, como en dicha norma la medición de las 26 semanas es móvil, con mediciones trimestrales, se establece que, si el período de medición comprendiera algún lapso anterior a la adjudicación, tanto en dicho lapso como las 9 semanas siguientes, se considerarán utilizadas las frecuencias.

E. Comentarios en relación con el Título V, Transferencia y renuncia de frecuencias

1) Que transferencia respete límite de tenencia

Si bien en este Título V se recoge lo previsto en el artículo 3º del DL 2564, en cuanto a que los derechos de uso de las frecuencias aéreas pueden ser traspasables, en las mismas condiciones en las que ellas fueron obtenidas, debiera precisarse en la propuesta de Reglamento que ello está condicionado a que se respeten los límites de tenencia aplicables.

2) Que transferencia conlleve porcentaje de uso más alto

En relación al **Artículo 13**, proponemos revisar conveniencia del mecanismo que dispone (citado abajo), ya que podrían transferirse frecuencias adjudicadas con ofertas altas, a un operador con baja exigencia de utilización, y terminar con frecuencias con bajo uso.

"La transferencia de frecuencias aéreas internacionales no alterará los porcentajes de uso que los operadores involucrados en ella se encuentren obligados a cumplir en la ruta respectiva."

Planteamos que se establezca que si se adquiere una frecuencia respecto a la que el operador que la transfiere tenía un porcentaje de utilización mayor al definido para el operador adquirente, este último automáticamente pase estar obligado a cumplir con el porcentaje de utilización mayor respecto de todo su stock de frecuencias de esa ruta.

3) Artículos 14 y 18

Se recomienda precisar la redacción de la frase "... salvo que ellas no sean asignadas a otro operador." en ambos artículos. Para mayor claridad podría indicarse: "salvo que no exista otro operador nacional interesado en la frecuencia" (entendiendo que para confirmar esto la JAC tendría que hacer una licitación según lo establecido en el artículo 2 del nuevo reglamento, en la que no se presente otro operador interesado).

F. Comentarios en relación con el Título VI, Abandono de frecuencias

JetSMART estima como positivo el hecho que la JAC haya perfeccionado la actual regla de abandono de frecuencias contenida en el artículo 7º del DS Nº 102, que dispone que si una empresa no opera regularmente una determinada frecuencia internacional, por un lapso superior a 26 semanas, la JAC podrá considerarla abandonada.

En tal sentido, los artículos 15 y siguientes de la propuesta de Reglamento debieran incentivar de mejor manera el uso eficiente de dichas frecuencias aéreas.

De todos modos, JetSMART estima necesario que se considere en la norma el uso promedio del conjunto de frecuencias asignadas a cada operador, exigiendo como mínimo una **utilización promedio del 90%** durante las 26 semanas anteriores, para que la JAC no declare el abandono. Consistentemente con ello, LATAM también ha sostenido, en su aporte de antecedentes a la causa Rol NC-524-2023 TDLC, que una utilización del 90% sería razonable.

Con el fin de que la JAC mantenga la libertad para fijar porcentajes de uso más bajos en otras rutas que no sean las de alta demanda como Santiago-Lima, proponemos que el Reglamento contemple que se establezca **el 90%** (sin distinción de rutas), y agregue una "válvula de escape" para que la JAC por resolución fundada pueda modificar dicho porcentaje para una o más rutas específicas, pero que en ningún caso podrá ser inferior al 70%.

Tal como se indicó en la respuesta anterior, se propone que respecto de los operadores que sólo tengan frecuencias "definidas" en la ruta en cuestión, en caso de verificarse el abandono, el operador conserve el 25% de las frecuencias que correspondería devolver bajo las reglas propuestas.

En relación a las reglas propuestas por JetSMART, cabe destacar el criterio expresado por la Agencia Nacional de Aviación Civil de Brasil. En concreto, la **Resolución Nº 491**, de 5 de septiembre de 2018, que "*Establece requisitos y procedimientos para empresas brasileñas de transporte aéreo en relación con la designación y utilización de frecuencias con el propósito de llevar a cabo servicios aéreos regulares internacionales*", también fija un criterio de 90% de uso efectivo de frecuencias, el que de no ser alcanzado configura una baja utilización que puede dar lugar a una reasignación de frecuencias, en caso no existir cielos abiertos³.

En su artículo 11, la referida norma brasileña señala lo siguiente:

"Art. 11. Para mercados en los que no hay frecuencias disponibles, serán considerados con baja utilización:

I - Considerando cada frecuencia individualmente, aquellas frecuencias que fueren utilizadas en menos del 50% (cincuenta por ciento) de las semanas del período de evaluación; y,

³ Disponible en: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2018/resolucao-no-491-05-09-2018>.

II - Considerando el conjunto de frecuencias asignadas a la empresa, aquellas frecuencias que necesiten ser excluidas para alcanzar el nivel mínimo de utilización del 90% (noventa por ciento) del conjunto, durante el período de evaluación”⁴.

Siguiendo un similar criterio, la JAC sometió a consulta pública en el año 2018 el siguiente texto de modificación del Reglamento:

“Artículo único: reemplázase el artículo 7º, por el siguiente:

“Artículo 7º: Si en un periodo de veintiséis semanas un operador nacional no ha utilizado al menos el 90% de las frecuencias de las cuales es titular, la Junta de Aeronáutica Civil podrá declarar abandonadas las frecuencias equivalentes al porcentaje no utilizado. Las frecuencias declaradas abandonadas quedarán sujetas a asignación en conformidad a lo dispuesto en el presente reglamento.

El periodo indicado en el inciso precedente se contará a partir del último día de la semana anterior a la solicitud de abandono presentada por un operador aéreo ante la Secretaría General de la Junta de Aeronáutica Civil.

Para calcular el porcentaje de utilización se comparará el número total de frecuencias que la empresa tenía derecho a operar con las frecuencias efectivamente operadas en dicho período.

Cuando se asigne una nueva frecuencia se otorgará un plazo de doce semanas para que la empresa asignataria comience a utilizarla. Dicho periodo no será considerado para el cálculo del abandono de frecuencias.

Una vez notificada la declaración de abandono de una frecuencia, la empresa afectada dispondrá de cuatro semanas para adaptar sus itinerarios y dejar de utilizar la frecuencia declarada en abandono.

Para los efectos del presente artículo por semana se entenderá un período de siete días, del lunes al domingo.””

Luego de concluido el período de consulta pública, un criterio similar al descrito se aprecia en el proyecto de Reglamento elaborado en 2019 por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, el que fue aprobado por la JAC en su sesión 1900 de 29 enero 2019 y que -en lo atinente- señala lo siguiente:

⁴ Traducción libre.

"Artículo 17º- Si en un periodo de veintiséis semanas un operador aéreo nacional no ha operado al menos el setenta y cinco por ciento de las frecuencias internacionales de las cuales es titular en una ruta determinada, la Junta de Aeronáutica Civil podrá declarar abandonadas las frecuencias internacionales equivalentes al porcentaje no operado. Las frecuencias internacionales declaradas abandonadas pasarán a considerarse frecuencias internacionales disponibles y quedarán sujetas a asignación en conformidad a lo dispuesto en el presente reglamento"(...).

Adicionalmente, con el fin de promover la libre competencia y reducir el desequilibrio competitivo que genera la existencia de frecuencias indefinidas, es conveniente para el mercado que el nuevo Reglamento haga una distinción entre operadores que cuentan con frecuencias indefinidas y operadores que sólo cuentan con frecuencias sujetas a plazo, en el sentido de que, tratándose de los segundos, sólo se declare el abandono respecto del 75% de las frecuencias equivalentes al porcentaje no operado.

Además, JetSMART es del parecer que la condición de abandono de frecuencias debería dar lugar a un nuevo proceso de licitación, en el que -manteniendo el criterio previsto en el artículo tercero del DL 2564- la aerolínea que perdió dichas frecuencias quede inhabilitada de participar (sólo por esa vez e independientemente del número mayor de frecuencias que se liciten), a fin de incentivar el uso eficiente y efectivo de este recurso escaso. Este punto pareciera estar adecuadamente recogido en el Artículo 18 de la propuesta de Reglamento.

Asimismo, JetSMART estima adecuada la norma del inciso final del Artículo 16 de la propuesta de Reglamento en el sentido de que la declaración de abandono afectará a la o las frecuencias asignadas con mayor antigüedad del operador respectivo, ya que ello incentiva la competencia en este mercado.

Por otra parte, parecen adecuadas las normas de fiscalización por parte de la autoridad contenidas en la propuesta de Reglamento, considerando que era necesario establecer períodos acotados para que la JAC fiscalizase el uso que los operadores hayan dado a sus frecuencias en las últimas 26 semanas, teniendo por abandonadas las frecuencias que corresponda y licitando las abandonadas en el período anterior. Esto pareciera estar adecuadamente recogido en el Artículo 16 en relación al Artículo 15 de la propuesta de Reglamento dando a entender que la fiscalización se hará una vez al mes y que las frecuencias se tendrán por abandonadas mediante la aplicación de las operaciones señaladas en el primero de esos artículos.

Asimismo, nos parece adecuado el mecanismo de publicidad de la declaración de abandono establecida en el mismo Artículo 16.

G. Comentarios en relación con el Título VII, Término del uso de las frecuencias

No tenemos comentarios en relación a esta materia.

H. Comentarios en relación con las Disposiciones transitorias

La disposición transitoria señala que 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, pero a los asignatarios de dichas frecuencias aéreas les será aplicable lo dispuesto en el Título VI sobre abandono para efectos de lo cual la Secretaría General de la Junta de Aeronáutica Civil determinará mediante resolución fundada, los porcentajes de uso de las referidas frecuencias que se deberán cumplir en cada ruta.

Proponemos que se aplique lo ya dicho anteriormente respecto del porcentaje de uso, en el sentido de que la regla general sea que se establezca un mínimo de uso de un 90% para tales asignatarios (sin distinción de rutas), y se agregue una "válvula de escape" para que la JAC por resolución fundada pueda modificar dicho porcentaje para una o más rutas específicas (pensando en rutas que, a diferencia de Santiago-Lima, no sean de alta demanda), pero que en ningún caso podrá ser inferior al 70%.

Sin otro particular y quedando a disposición de esa Secretaría General,

Saluda atentamente a usted,

Felipe Cousiño Prieto
pp. JetSMART Airlines SpA



Santiago, 19 de agosto de 2024

Sr. Martin Mackenna
Secretario General
Junta de Aeronáutica Civil
PRESENTE

REF.: LATAM Airlines Group S.A. en respuesta a Consulta Ciudadana sobre Propuesta de Reglamento Licitación Pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales.

De mi consideración:

Por medio de la presente acompañamos a usted nuestros comentarios respecto a la propuesta mencionada. Como hemos expresado anteriormente, LATAM Airlines Group S.A. (“LATAM”) tiene la convicción de que el sistema aeronáutico chileno funciona de manera correcta y es sumamente competitivo. Por décadas el desarrollo de la industria aeronáutica en nuestro país se ha basado en una política de cielos abiertos, la promoción del transporte de un número creciente de pasajeros, el libre ingreso de operadores y una reducida intervención estatal.

Nuestra convicción se sustenta en abundantes datos que hemos aportado de forma reiterada en nuestro diálogo con múltiples autoridades, incluida la Junta Aeronáutica Civil (“JAC”). Bajo cualquier métrica relevante, los pasajeros chilenos se han beneficiado del desarrollo de nuestra industria aeronáutica y del crecimiento de las aerolíneas basadas en Chile, derivado del actual mecanismo de asignación de frecuencias.

Es por ello que vemos con preocupación la propuesta de reglamento objeto de esta consulta ciudadana (la “Propuesta”), que va en el sentido contrario de las asentadas políticas de Chile en materia aeronáutica. La Propuesta amplía de forma desmedida las facultades de la JAC, otorgándole un enorme rol de controlador de todas las operaciones aéreas internacionales y generando burocracia adicional en un mercado altamente regulado. A nuestro juicio, la Propuesta crea condiciones que disminuirán el tráfico aéreo internacional, agregarán incertidumbre a la operación de las aerolíneas chilenas, disminuirán la inversión y empujarán a las aerolíneas a mover sus activos a países donde existan regulaciones objetivas y razonables.

A pesar de que la misión de la JAC es gestionar políticas públicas que promuevan el desarrollo del transporte aéreo, con el fin de que existan más servicios, más eficientes, accesibles y de calidad; la Propuesta de nuevo reglamento apunta en la dirección contraria. Generará graves efectos indeseados para el transporte aéreo chileno, entre los cuales destacamos:

1. **Incertidumbre de uso y arbitrariedad del control.** Mensualmente la JAC podrá quitar frecuencias a los operadores chilenos cuando no cumplan con los porcentajes mínimos que la

misma JAC arbitrariamente decida. Bajo la Propuesta esto incluso podría ocurrir en rutas donde existan cielos abiertos, frecuencias disponibles, o no haya otras aerolíneas interesadas por volar.

2. **Crea un sistema burocrático y engorroso.** Durante todo el año la JAC deberá estar revisando todas las operaciones internacionales donde existan frecuencias asignadas, lo que supone recursos adicionales del Estado, ontológicamente escasos, para establecer este control innecesario.
3. **Desincentiva la oferta de las aerolíneas chilenas.** Se propone como criterio de asignación el porcentaje de uso de las frecuencias. Al priorizar ese criterio, resultarán ganadoras las aerolíneas que vuelen con aviones más pequeños y ofrezcan menos asientos. El resultado (indeseado) es que disminuirá la oferta de asientos (pasajeros transportados) de parte de las aerolíneas chilenas.
4. **Alto grado de incertidumbre y poca transparencia.** No existe claridad sobre la forma en que la JAC fijará los porcentajes de uso de frecuencias para cada ruta o las razones por los que éstos podrían luego cambiar. La Propuesta tampoco considera la estacionalidad de la industria aérea (*i.e.*, periodos de alta y baja temporada).
5. **Le impone cargas innecesarias a una entidad pública, que además son absolutamente desproporcionadas al fin perseguido.** La función de control que se pretende imponer es *innecesaria*, pues la Ley de Aviación Civil ya faculta a la JAC para declarar abandonadas frecuencias cuando no exista operación regular por 6 meses. Es la propia JAC la que decidió tomar un criterio laxo, al definir como operación regular una operación cada 26 semanas. Esa interpretación de la JAC podría cambiar sin necesidad de modificar el Reglamento.
6. **Desincentiva la inversión.** Las incertidumbres y falta de transparencia que genera el reglamento impide, o al menos desincentiva, invertir en Chile *vs* otros países. Los activos en esta industria son esencialmente móviles, por lo que la competencia regulatoria es una realidad incuestionable. Malas regulaciones desvían activos e inversiones a Estados con mejores regulaciones.

Por último, el considerando 4° de la Propuesta señala que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia habría sugerido incorporar reglas de adjudicación y abandono de frecuencias que promuevan una mayor competencia y corrijan una supuesta concentración del mercado aeronáutico. Sin embargo, omite que en realidad el H. Tribunal está *actualmente* estudiando el mercado aeronáutico y el mecanismo de asignación de frecuencias vigente en virtud de un procedimiento de consulta que se encuentra pendiente y cuya resolución definitiva debería dictarse en los próximos meses. Estimamos aconsejable esperar el pronunciamiento del H. Tribunal especializado en materias de libre competencia antes de avanzar con la Propuesta.

A. Comentarios y propuestas respecto a secciones específicas de la Propuesta

1. Definiciones (artículo 1°)

Sugerimos adicionar una definición respecto a las rutas restringidas activas, proponemos la siguiente definición: “**Ruta restringida activa:** para estos efectos, es la ruta internacional donde por imposición de restricciones de otro(s) país(es), el número de vuelos por semana (frecuencia) que las aerolíneas chilenas pueden realizar está limitado y adicionalmente no hay frecuencias disponibles para ser asignadas a aerolíneas chilenas”.

Así mismo, sugerimos que los artículos referidos al abandono de frecuencias y al artículo transitorio, solo apliquen respecto a las rutas restringidas activas.

2. Asignación de frecuencias (artículos 2° a 8°)

El artículo 4° regula la asignación de frecuencias cuando concurre un solo oferente. Como en todas partes del mundo, y como establece el reglamento actual, a dicho actor se le otorga la frecuencia solicitada.

Sin embargo, solo por el hecho de asignarse esa frecuencia que nadie más quiere operar, la Propuesta generaría un cambio en las condiciones de uso de todas las frecuencias que previamente tenía el operador en esa ruta. Por lo tanto, si el porcentaje de uso exigido en una licitación es superior al que ya tenía el operador, es muy probable que desista de participar. Con ello la frecuencia no sería asignada, perjudicando la posibilidad de aumentar la oferta de vuelos en esa ruta.

Los artículos 4° y 5° regulan la forma de asignación en el caso de que los intereses de los operadores superen las frecuencias disponibles en la licitación. En ese evento el principal criterio de asignación sería el porcentaje de uso de frecuencias ofrecido para la ruta en cuestión.

El problema de este criterio es que no toma en consideración el tamaño de los aviones con los que se propone operar la ruta. Es decir, permitiría asignar frecuencias a operadores que ofrezcan menos asientos, al operar las rutas en aviones con menor capacidad. Ello es fácilmente demostrable con un ejemplo práctico.

Ejemplo 1 - Licitación bajo nueva Propuesta

Oferente	Oferta (% uso)	Tipo de Avión	Asientos	Asientos ofrecidos por año
Aerolínea 1	90%	Boeing 737	126	117.936
Aerolínea 2	85%	Airbus A321	220	194.480

En este caso la aerolínea 1 sería adjudicada, a pesar de que la aerolínea 2 ofrecía un 65% más de asientos en la ruta.

No conocemos otro país del mundo que utilice este criterio. Revisando los reglamentos de varios países, vemos que en general la asignación de frecuencias restringidas son decisiones de las autoridades analizando de forma integral las propuestas de las aerolíneas, que generalmente indican múltiples elementos:

- Frecuencias
- Avión y asientos
- Horarios
- Conectividad que ofrecen

Esos criterios se observan, al menos, en los siguientes países:

- USA
- Colombia
- España
- Ecuador

Por otra parte, el artículo transitorio de la Propuesta le permitiría a la JAC incluso establecer porcentajes de uso de frecuencias para aquellas asignadas con anterioridad a elaboración de la Propuesta y la eventual entrada en vigencia del nuevo reglamento. Cambiar las condiciones de uso tendría el efecto indeseado de reducir la cantidad de asientos que se ofrecen, por la vía de operar aviones de menor capacidad para así

cumplir con el porcentaje solicitado; porcentaje que además parece ignorar que el mercado aéreo tiene estacionalidades (temporadas de alta y baja demanda).

Por todo lo anterior, y para colaborar con la autoridad, LATAM realiza la siguiente propuesta:

Nos parece esencial que los criterios de asignación sean objetivos y no discriminatorios. El mecanismo de asignación actual (mayor oferta económica) cumple con esos criterios y es un buen indicador del real interés por operar la ruta.

De todas formas, sería factible complementar ese criterio con indicadores técnicos como (i) calidad del servicio propuesto, (ii) conexiones ofrecidas y (iii) capacidad de las aeronaves, entre otros.

3. Transferencia y renuncia de frecuencias (artículos 12° al 14°)

Creemos que se debe modificar el artículo 14°, porque penaliza a la aerolínea que renuncia a una frecuencia, impidiendo que participe en igualdad de condiciones en una futura licitación.

El mercado aéreo es muy dinámico, con múltiples factores que pueden afectar la demanda de manera inesperada, lo que puede llevar a la necesidad de reducir la oferta temporalmente. El artículo propuesto aplica el mismo castigo para una renuncia de buena fe que para el caso que de abandono por no uso, lo que ciertamente carece de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo demás, no sería esperable que una aerolínea renuncie a una frecuencia si se expone a la misma sanción que tendría en caso de que se le declare abandonada.

4. Abandono de frecuencias (artículos 15° al 18°)

Los artículos 15° y 16° detallan el proceso mensual de revisión que haría la JAC. El proceso tiene varios problemas:

- La Propuesta afectará a todas las rutas internacionales, aun cuando existan cielos abiertos, frecuencias disponibles o no existan más aerolíneas interesadas.
- La aplicación del porcentaje de uso en todas las rutas puede generar que las aerolíneas chilenas reduzcan su oferta en hasta 1 millón de asientos al año y en 200 vuelos de carga exclusiva (cuando ni siquiera existe un operador chileno distinto de LATAM con aviones de carga exclusiva).
- Se afectará gravemente la inversión en Chile, resultando previsible que se trasladen aeronaves y empleos hacia países con regulaciones más eficientes y razonables. Además, la Propuesta genera un alto grado de incerteza y de falta de transparencia en la definición y cambios de los porcentajes de uso.
- Las aerolíneas solo tendrán certeza para vender hasta 60 días hacia adelante, que es el plazo que da la JAC para dejar de operar frecuencias declaradas abandonadas.
- Se genera una carga burocrática enorme, tanto en la JAC como en todas las aerolíneas de bandera chilena, para poder revisar permanentemente todas las operaciones internacionales de manera semanal.

Por lo demás, la Propuesta no tiene relación con las mejores prácticas de otras jurisdicciones. En las normas de países como Estados Unidos, España, Perú, Colombia o Ecuador, entre otros, se observan dos cosas:

- Las frecuencias son asignadas de manera indefinida.
- Ningún país tiene un mecanismo parecido al propuesto respecto de todas las frecuencias internacionales.

Finalmente, la JAC ha mencionado el caso de Brasil como referencia. Sin embargo, el proceso para declarar abandonadas frecuencias por bajo uso en Brasil (i) solo puede llevarse a cabo cuando no hay

ninguna frecuencia disponible para operar la ruta en cuestión, y no en todos los casos como propone la JAC; y (ii) solo se realiza dos veces al año, y no doce veces al año como propone la JAC.

Por todo lo anterior, y para efectos de colaborar con la autoridad, LATAM realiza la siguiente propuesta:

En primer lugar, si la preocupación de la JAC es la ruta Santiago – Lima, hacemos presente que: (i) actualmente existen frecuencias disponibles para ser licitadas; y (ii) de estimarlo necesario, la JAC podría ajustar su interpretación administrativa sobre qué representa una operación regular para la declaración de abandono de frecuencias. Por ejemplo, podría decidir que cada 6 meses, (i) se deben operar todas las frecuencias, al menos en un mes; y, además, (ii) se debe volar la ruta en al menos tres de los seis meses en revisión. Asimismo, estimamos conveniente que el mecanismo de abandono de frecuencias solo opere cuando se cumplan dos condiciones copulativas: (i) que no existan frecuencias disponibles en la ruta, y (ii) que exista otra aerolínea chilena (a) interesada en operarla y (b) que demuestre capacidad técnica para ello.

En caso de que la JAC persevere con los criterios de abandono de la Propuesta, sugerimos considerar que hay múltiples destinos en donde la demanda está sujeta a un grado importante de estacionalidad. De ese modo, es indispensable no establecer una medición que fuerce a las aerolíneas a mantener una oferta uniforme durante todo el año, a fin de que los operadores puedan cubrir las necesidades de transporte conforme a las estacionalidades propias de cada ruta.

Asimismo, estimamos que la Propuesta debiese incorporar razones de fuerza mayor que restrinjan la operación de las aerolíneas. Estos eventos pueden forzar a los operadores aéreos a reducir temporalmente sus operaciones, por causas que exceden su control (e.g., huracanes, terremotos, restricciones sanitarias, etc.). Las razones de fuerza mayor, a nuestro juicio, deberían eximir a las aerolíneas de su obligación de cumplir con un porcentaje de uso mínimo de frecuencias.

Por último, es esencial que la Propuesta establezca un sistema de medición de uso de frecuencias simple y claro, de forma que no existan divergencias en cuanto a su interpretación, propósito o ejecución.

Sin otro particular, le saluda atentamente,

DocuSigned by:

Jose Miguel Valenzuela Roubillard

060748561414 Jose Miguel Valenzuela R.

Gerente Derechos de Tráfico y Libre Competencia
LATAM Airlines Group S.A.

COMENTARIOS PROPUESTA REGLAMENTO DS 102 MTT

Cuestión previa

Por medio de la presente y dentro de plazo Sky Chile (“SKY”) formula sus observaciones al borrador de reglamento (“Propuesta”) que modifica el Decreto N°102, de 1981, que reglamenta la licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales (“DS 102”), iniciada el 30 de julio de 2024, por la Junta de Aeronáutica Civil (“JAC”) y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (“MTT”).

La JAC y el MTT han planteado una Propuesta que contiene un cambio radical a las reglas de adjudicación y uso de frecuencias, apartándose abiertamente de la forma en la que ha operado el mercado durante décadas. Se aparta de las reglas que han promovido un mercado competitivo, cuya competencia ha aumentado, disminuyendo correlativamente la concentración, durante los últimos años. Se aparta, además, de la jurisprudencia constante y uniforme del TDLC en cuanto a que las licitaciones deben resolverse “principalmente” por criterios económicos, lo que sería lo más eficiente desde un punto de vista competitivo.

En este contexto, llama la atención que la Propuesta se haya publicado con un escaso tiempo para formular comentarios y analizar sus efectos a largo plazo. A su vez, que este proceso regulatorio se haya iniciado sin fundamentar ni justificar los nuevos criterios. Dada la entidad de las modificaciones parece razonable que la JAC y el MTT hubiesen compartido el análisis económico o de mercado que sirve de base para justificar que los criterios de adjudicación de frecuencias aéreas restringidas bajo oferta y compromiso de un porcentaje de uso es en definitiva un mecanismo de asignación más eficiente -en el mediano y largo plazo- que el de oferta económica aplicado hasta ahora. De existir, resulta extremadamente necesario que la JAC y el MTT publiquen los análisis económicos que justifican los cambios de criterio, junto con su metodología, para que los interesados puedan formular sus comentarios informadamente.

En este contexto, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se encuentra actualmente conociendo la consulta de JetSMART sobre asignación de frecuencias aéreas en Ruta Santiago-Lima¹. En dicho procedimiento de consulta no contencioso la JAC acompañó e hizo expresa referencia a la Propuesta.

A su vez, debe también considerarse que la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) está realizando una investigación a los mercados que operan con frecuencias aéreas restringidas². A propósito de la consulta de JetSMART, la FNE realizó un detallado aporte de antecedentes y señaló que **existen elementos de la normativa sectorial que preocupan a la FNE y deben ser revisados en profundidad desde una perspectiva de libre competencia**³.

¹ Rol NC-524-2023.

² Investigación sobre frecuencias aéreas internacionales restringidas. Rol N° 2755-24 FNE.

³ Al respecto, véase el aporte de antecedentes de la FNE en causa Rol NC-524-2023 del TDLC, párrafo 66: “No obstante, existen elementos de la normativa sectorial que preocupan a esta Fiscalía y deben ser revisados en

Por tanto, parece irrazonable que se dicte un nuevo reglamento sin antes tener a la vista las conclusiones y recomendaciones que las autoridades de libre competencia dictarán en el corto plazo respecto del mercado aéreo.

Es imperante que dichas conclusiones y recomendaciones sean tomadas en cuenta por la autoridad aeronáutica al momento de evaluar el diseño regulatorio de la licitación de frecuencias aéreas restringidas a operadores nacionales. Al menos, pareciera necesario que, en función de los principios de coordinación y unidad de acción de los órganos administrativos y de eficacia en la función pública, el MTT someta la Propuesta de reglamento a un análisis previo de la FNE.

Adicionalmente, la forma en la que se estructura esta Propuesta contiene una serie de elementos que pueden ser cuestionados en cuanto a su legalidad. En primer lugar, la creación de atribuciones para la JAC vía reglamentaria, lo que no se permite bajo nuestra Constitución Política de la República. En segundo lugar, la afectación de derechos adquiridos mediante la aplicación retroactiva de los actos administrativos (lo que incluye a los reglamentos).

Por último, SKY comparte los objetivos declarados por la autoridad, esto es: **(i)** incentivar una oferta más eficiente de servicios de transporte aéreo, **(ii)** favorecer una mayor competencia y **(iii)** corregir la concentración evidenciada en algunas rutas internacionales y los bajos niveles de uso que tienen algunos operadores aéreos asignatarios de frecuencias restringidas. Sin embargo, tal como se explicará, se aprecia que la Propuesta tiene una serie de elementos que pueden resultar contrarios y afectar seriamente el cumplimiento de dichos objetivos en el mediano y largo plazo.

I. La Propuesta adolece de problemas de legalidad, y contiene una serie de inconsistencias que obstan a su debida implementación.

1. El nuevo criterio de asignación propuesto contiene inconsistencias regulatorias.

Los artículos 5 y 6 de la Propuesta reemplazan el mecanismo de asignación de frecuencias aéreas que existe actualmente (licitación por oferta económica), estableciendo una regla que implica licitar públicamente las frecuencias aéreas restringidas y adjudicarlas a aquel

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”.

operador que presente la oferta más alta de compromiso de porcentaje de uso de todas sus frecuencias, incluida aquella por la cual está ofertando⁴.

El impacto de estas nuevas reglas en la operación aérea y en la dinámica del mercado puede ser muy importante. No queda claro que la JAC y el MTT hayan evaluado esta modificación en base a estudios, análisis comparativos y/o informes de mercado exhaustivos, que permitan concluir que el mecanismo de asignación por porcentaje de uso generaría eficiencias. A nuestro modo de ver, y por los argumentos que se expondrán, este diseño regulatorio es inconsistente, y tiene la aptitud de terminar favoreciendo al actor dominante y perjudicando seriamente la operación de SKY.

a. **Bajo las reglas propuestas, los actores del mercado pueden llegar a tener que operar con distintos porcentajes de uso de sus frecuencias en una misma ruta.**

- El diseño regulatorio que se propone implica que los operadores se vean obligados a distintos porcentajes de uso de sus frecuencias, lo que genera un desequilibrio competitivo artificial y distorsiona las condiciones del mercado.
- No todas las licitaciones son igual de competitivas. Existen diversas razones que pueden hacer más o menos competitiva una determinada licitación, como, por ejemplo, la cantidad de frecuencias disponibles para asignar. En este sentido, dado que los operadores quedarán obligados al porcentaje de uso de frecuencia que hayan ofertado para la última frecuencia adquirida, y que dicho porcentaje será aplicable a todas sus frecuencias asignadas con anterioridad, el sistema se desvirtúa cuando, por ejemplo, un operador resulta adjudicado en una licitación muy competitiva con un alto porcentaje de uso, mientras que otro resulta adjudicado en una licitación poco competitiva con un porcentaje de uso menor.
- Un operador dominante, con muchas frecuencias (y bajo porcentaje de uso actual), podría abstenerse de participar, evitando aumentar su porcentaje de uso, en desmedro de los competidores con menos frecuencias, que tendrán que empujar al alza. Esta situación es posible con el diseño regulatorio que se propone, y entendemos que es contraria a lo que la autoridad busca lograr con esta regulación.
- Bajo el escenario descrito, en el que no existen incentivos para que un operador dominante participe de nuevas licitaciones, los operadores desafiantes que requieren crecer en el mercado con nuevas frecuencias, como es el caso de SKY,

⁴ En caso de empate, los operadores deberán formular ofertas económicas en sobre cerrado, resultando adjudicatario aquel operador que presente la oferta más alta. En este caso, el porcentaje de uso al que se obliga el operador asignatario será el que ofertó en el empate.

Si solo se presenta un operador a la licitación pública, el mismo resultará adjudicatario de la licitación sin necesidad de ofertar, pero el porcentaje de uso al que se obliga será el establecido por la autoridad en las bases de la licitación correspondiente.

se verán enfrentados en licitaciones y deberán empujar al alza el porcentaje de uso al que estarán obligados. El desequilibrio competitivo es claro, con los consecuentes costos económicos que trae a la operación aérea.

- Otra inconsistencia respecto de los incentivos que existen para participar en nuevas licitaciones es que, al producirse la adjudicación de nuevas frecuencias, las frecuencias que un operador ya tenía asignadas quedarán sujetas a un nuevo porcentaje de uso definido por el porcentaje establecido para las nuevas frecuencias. Esto puede tener como consecuencia que los operadores aéreos no quieran afectar las frecuencias ya asignadas, y por tanto las nuevas licitaciones no sean competitivas.
- b. **El mecanismo de asignación mediante compromiso de uso de las frecuencias no considera la estacionalidad de la demanda.** Como es de conocimiento para la autoridad, la demanda por vuelos aéreos es esencialmente estacional. Establecer una obligación de porcentaje de uso de las frecuencias que no considere la estacionalidad implicaría agregar ineficiencia a la operación de los vuelos, y no dejaría espacio a los operadores para ajustar su oferta en virtud de los cambios que puedan existir en la demanda de vuelos aéreos por estacionalidad o eventos extraordinarios.
- c. **Resulta imposible asegurar un porcentaje de uso a ocho años plazo.** Además de la estacionalidad, la demanda, los costos, y varias otras condiciones de la industria (apertura de nuevas rutas, mayor capacidad en aeropuertos, alianzas estratégicas, entre otras condiciones), son esencialmente variables en el tiempo. Así como las condiciones de mercado varían en el tiempo, el porcentaje de uso que puede darse a las frecuencias también es variable, dado que responde al dinamismo de la industria en un momento determinado. Por ende, no es viable hacer una planificación de uso de las frecuencias para un periodo de tiempo tan extenso, considerando que el plazo de asignación de las frecuencias se aumenta a 8 años. Hacerlo generaría un alto grado de incertidumbre y un encarecimiento de la operación.

En base a lo anterior, son variados los argumentos que se oponen al cambio regulatorio presentado por la JAC y el MTT, y no hemos tenido a la vista un respaldo económico razonable que avale las eficiencias y la conveniencia de esta regla para el mejor desempeño del mercado. En caso de contar con estudios, resulta indispensable que la autoridad los comparta, ello en virtud de los principios de publicidad y transparencia de los actos administrativos, del deber de información en los procesos de consulta pública y del principio de contradictoriedad de los procedimientos administrativos.

2. La Ley de Aviación Comercial considera la oferta económica en licitaciones.

Adicionalmente a las inconsistencias regulatorias de la Propuesta, lo cierto es que la legislación vigente contempla como mecanismo de asignación la oferta económica, lo

que pondría en duda que pueda implementarse un mecanismo, mediante reglamento, que elimine completamente el factor económico de la licitación.

En efecto, la Ley de Aviación Comercial, en su artículo 3°, después de referirse a la licitación pública en el inciso primero, en su inciso segundo dice que “*Las sumas provenientes de dichas asignaciones ingresarán a fondos generales de la Nación (...)*”. La Ley también señala, en el mismo artículo 3°, que “*Si las frecuencias que deban suprimirse hubieren sido adquiridas por medio de licitación, se restituirá el monto de lo pagado por la frecuencia que se reduce, (...)*”. Esto implica que las licitaciones deben considerar pagos económicos, contrario a lo que la autoridad aeronáutica pretende regular mediante esta Propuesta.

3. Improcedencia de la modificación de exigencia de uso de frecuencias para aquellas frecuencias adjudicadas antes de la entrada en vigencia del nuevo reglamento.

El artículo 11 transitorio de la Propuesta señala que, para las frecuencias adjudicadas previamente, la JAC fijará su porcentaje de uso mediante “resolución fundada”.

A su vez, este cambio de criterio no solo se realiza respecto de la regla de uso efectivo, sino que también se modifica la forma de contabilizar el plazo sujeto a revisión: con la regulación actual la revisión se hace en un plazo de 6 meses, y con la Propuesta dicha revisión se cambia a un plazo de 26 semanas⁵.

No es procedente que la JAC modifique a través de un reglamento la exigencia de uso de frecuencias y el plazo de supervisión aplicable para aquellas que han sido adjudicadas previamente, ya que la asignación previa entiende incorporada la regulación aplicable al momento de su otorgamiento. Debe considerarse que la regulación vigente fue la considerada por las partes al solicitar frecuencias aéreas y presentar sus respectivas ofertas.

Por ende, aplicar una nueva regulación infringiría la prohibición de irretroactividad de los actos administrativos establecida en el artículo 52 de la Ley 19.880, afectando las situaciones jurídicas consolidadas de los adjudicatarios. En efecto, el otorgamiento de la frecuencia es un acto administrativo que otorga derechos, los que se rigen por la regulación vigente a la época de su otorgamiento.

En relación con este punto, debe considerarse que el criterio de uso regular que la JAC ha utilizado para aplicar la regla de abandono de frecuencias ha estado presente en múltiples actos administrativos, y fue utilizado recientemente por la JAC al declarar el abandono de dos frecuencias asignadas a SKY, mediante Resolución Exenta N°71 del 12

⁵ Siendo un plazo de semanas, es aún más complejo incorporar en el análisis las variables de la demanda y los aspectos estacionales de la industria, lo que, según fue descrito, dificulta la operación y el monitoreo del uso efectivo.

de enero de 2024. El mismo criterio fue explicado por la JAC al TDLC en el año 2005, en el contexto de una demanda presentada por SKY, y recientemente en la audiencia pública de la Consulta Rol NC N° 524-2024.

4. Discrecionalidad en la determinación del porcentaje de uso.

La Propuesta otorga a la JAC amplias facultades para determinar el porcentaje de uso mínimo que se exigiría a los operadores aéreos, sobre sus frecuencias ya otorgadas previamente. Esto, además de adolecer de problemas de retroactividad, también puede ser cuestionado desde el punto de vista de reserva legal.

El Decreto Ley 2564⁶ o Ley de Aviación Comercial, señala en su Artículo 3°, inciso quinto, que *[e]l reglamento establecerá los casos en que se entenderá abandonada una frecuencia en una ruta determinada para los efectos de que la Junta de Aeronáutica Civil disponga su asignación a otro operador*. Esto implica que, según la Ley de Aviación Comercial, es el reglamento (por ende, el MTT y el Presidente de la República, que deben dictarlo), el que debe regular el abandono, y no la JAC, mediante *resolución fundada*. Al respecto, debe considerarse que según el artículo 65 número 2 de la Constitución Política de la República, la determinación de funciones o atribuciones de los servicios públicos es materia de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, y, por ende, no puede ser materia de reglamento, al estar sujeto a reserva legal.

A diferencia de lo que propone la autoridad, lo único que sí puede hacer en esta Propuesta es fijar los casos en los que se declarará el abandono de las frecuencias aéreas restringidas en una ruta determinada, pero en caso alguno dichos casos pueden quedar sujetos al ejercicio de una facultad o potestad discrecional de la JAC, ni aún a pretexto de que sean determinados mediante resolución fundada, dado que la creación de esta nueva facultad infringiría la reserva legal.

Ahora bien, para el caso de que se decida perseverar con la Propuesta, desoyendo el mandato de reserva legal para la creación de potestades públicas, resulta imperante que la Propuesta establezca los criterios que la JAC considerará para determinar los porcentajes de uso en las rutas que corresponda, quedando esta última obligada a dar cumplimiento a dichos criterios y a respaldar suficientemente los porcentajes que imponga. Esto no solo dará razonabilidad y predictibilidad a la determinación de los porcentajes, contribuirá a generar consistencia temporal entre las distintas autoridades, y permitirá un control efectivo de las decisiones adoptadas, sino que también colaborará con mitigar la excesiva litigiosidad que una potestad así de amplia probablemente generará.

⁶ Dicta normas sobre Aviación Comercial, modifica los Decretos con Fuerza de Ley N° 221, de 1931, y 241, de 1960, y deroga los preceptos que señala.

II. Reglas que requieren ser revisadas.

Ahora bien, sin perjuicio de que, como señalamos, la fórmula tiene importantes inconsistencias regulatorias y legales, en el caso de que el MTT quiera persistir con imponerla, estimamos que resulta indispensable corregir los siguientes aspectos:

1. Artículo 11 de la Propuesta. Reducción de la cantidad de frecuencias.

Si bien la Ley de Aviación Comercial deja claro que la reducción del número de frecuencias asignadas a un operador sólo tiene lugar como efecto de “suprimirse frecuencias aéreas” ya acordadas bilateralmente con otro Estado, la Propuesta de reglamento no es igual de clara al respecto. Resulta necesario que se replique el texto de la Ley en el nuevo reglamento para dejar en claro que la facultad de reducción se aplica solo en el caso de supresión de frecuencias, y que no se trata de una facultad que la JAC pueda utilizar discrecionalmente para otros escenarios.

2. Abandono de frecuencias desde la más antigua a la más reciente.

El criterio aplicado por la JAC al momento de declarar el abandono de dos frecuencias de SKY es inconsistente y contradictorio con la lógica de porcentaje de uso de frecuencias que se quiere implementar.

El abandono de frecuencias debe ser aplicado en la lógica contraria, es decir, desde la más reciente a la más antigua en cuanto a su época de adjudicación. Esto, puesto que fueron las “nuevas” frecuencias las que hicieron al operador aumentar su porcentaje de uso, y, a su vez, naturalmente, en caso de no cumplir con el porcentaje de uso, habrán sido estas frecuencias adicionales las que impidieron su cumplimiento.

3. Monitoreo efectivo del uso de las frecuencias.

Para lograr una regla de uso efectivo de las frecuencias que considere adecuadamente la estacionalidad de las rutas, y sin perjuicio de los reparos que se presentan al establecimiento de porcentajes de uso mínimo por operador, el período de monitoreo debe ser ampliado a un plazo total de 12 meses. Este plazo es el mínimo necesario para que la planificación de la operación en una ruta pueda incorporar la estacionalidad respectiva.

Por otro lado, si el objetivo de la JAC es aumentar el dinamismo del mercado mediante la circulación de las frecuencias aéreas restringidas, de manera tal que estas siempre se encuentren en manos del operador más eficiente, entonces la modificación del plazo de asignación y su aumento a 8 años es contraproducente con el efecto que se quiere generar.

A nuestro modo de ver, el plazo actual de 5 años para la asignación de frecuencias aéreas restringidas, junto con un aumento del período de monitoreo a 12 meses, podrían

aminorar algunos de los afectos adversos que se visualizan para la industria en caso de la implementación del Reglamento en la forma propuesta por la JAC y el MTT.

4. Mercado secundario.

El establecimiento de un mercado secundario para que los operadores puedan transferir libremente sus frecuencias puede ser positivo para la dinámica del mercado. No obstante, debe regularse de mejor forma para evitar que se generen contradicciones. Bajo el esquema propuesto, y considerando que los operadores estarán sujetos a un porcentaje de uso de sus frecuencias definido por las licitaciones en las que hayan participado, existen incentivos contradictorios.

Un operador podría no participar de las licitaciones, para efectos de no verse forzado a aumentar el porcentaje de uso al que está obligado, y sin embargo aumentar la cantidad de frecuencias que opera mediante su adquisición en el mercado secundario. Esto, considerando que en virtud del artículo 13 de la Propuesta la transferencia de frecuencias aéreas restringidas no altera el porcentaje de uso al que estén obligados los operadores involucrados en dicha transferencia. Por otro lado, los operadores también podrían adquirir frecuencias en licitaciones “poco competitivas” (por ejemplo, serán menos competitivas las licitaciones que se realicen después de declarado el abandono de una frecuencia, si no se permite la participación del operador que la perdió), modificando el porcentaje de uso al que están obligados por uno menor y más conveniente, y luego desprenderse de la frecuencia adjudicada en la licitación a través del mercado secundario.

En definitiva, el hecho de que el porcentaje de uso de las frecuencias se determine en las licitaciones (por oferta) es contraproducente con un mercado secundario de frecuencias aéreas y podría distorsionar los objetivos que la autoridad plantea en su Propuesta.

III. Conclusión.

Teniendo en consideración los argumentos expuestos en esta presentación, y la prematura etapa de discusión en la que se encuentra la Propuesta de nuevo reglamento, SKY hace presente a la JAC y al MTT la importancia de involucrar a todos los interesados en este proceso, y en particular, la importancia de recibir los comentarios que tanto el TDLC como la FNE están elaborando respecto de este mercado.

Sin perjuicio de ello, si la autoridad decide avanzar con implementar una nueva regulación como la descrita, debe a lo menos corregir todos los elementos que hasta ahora se han presentado como riesgosos o adversariales a los objetivos de la regulación. Para ello, SKY manifiesta desde ya su disponibilidad para colaborar con la autoridad aeronáutica en las distintas instancias que sigan a este proceso de reforma regulatoria.

Fiscalía Nacional Económica

Resolución N° 102

9 de septiembre de 2009

e

Informe de archivo recomendando
cambios normativos

Investigación sobre frecuencias
aéreas internacionales restringidas

RoI N° 2755-24 FNE



Resolución N° 102 / 09-09-2024

El folio ha sido generado electrónicamente.

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

MAT.: Resolución de Archivo.

VISTOS:

1.- La Resolución Exenta N°14 de fecha 1 de febrero de 2024, que dio inicio a la investigación Rol N°2755-24 FNE, 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.

2.- El Informe de Archivo de la División Antimonopolios, de fecha 09 de septiembre de 2024.

3.- El Decreto Ley N°2.564 de 1979, que dicta normas sobre aviación comercial (en adelante "**LAC**").

4.- El Decreto Supremo N°102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (en adelante "**MTT**"), que reglamenta licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales (en adelante "**Reglamento**")

5.- La convocatoria conjunta del MTT y la Junta de Aeronáutica Civil (en adelante "**JAC**"), publicada en el Diario Oficial el 30 de julio de 2024, para participar en el proceso de consulta ciudadana sobre la Propuesta de Reglamento de Licitación Pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales (en adelante "**Propuesta de Reglamento**").

6.- Lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° y 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.



CONSIDERANDO:

1.- Que una restricción habitual en el mercado de transporte aéreo internacional de pasajeros y carga es el establecimiento de un número fijo de frecuencias acordadas bilateralmente entre dos países, las que 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.

2.- Que, respecto a las condiciones de competencia de estos mercados, se observa que: a) existen pocos países con los que se mantienen frecuencias restringidas en 3ª y 4ª libertad, siendo los más relevantes Perú, Francia y Alemania, en número de pasajeros transportados; b) la mayoría de las frecuencias actualmente en uso fueron entregadas sin plazo definido; c) el uso promedio de las frecuencias asignadas es bajo; d) el mecanismo de abandono considera un umbral de uso mínimo aún más bajo y otorga discrecionalidad a la autoridad sectorial respecto de la oportunidad de su verificación, así como de la relicitación de frecuencias disponibles; y, e) que, actualmente, el Estado de Chile no dispone un cantidad relevante de frecuencias disponibles para su reasignación.

3.- Que, conforme al diseño normativo para la asignación de frecuencias aéreas restringidas contenido en el Reglamento vigente, se detectaron riesgos para la libre competencia, relativos a la existencia de la asignación de frecuencias restringidas de forma indefinida, del uso del precio como principal variable de asignación y de la ausencia de un mecanismo eficiente para la declaración de abandono de frecuencias.

4.- Que esta Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente “**FNE**” o “**Fiscalía**”) ya ha señalado, sobre la licitación en base a oferta monetaria, que “(...) *el valor del producto o insumo a licitar depende de la cantidad con que ya cuenta cada empresa, existiendo un claro dominante en la ruta, razón por la cual aquel mecanismo debería ser modificado, incorporando consideraciones de competencia para la industria*”¹, y que en el mismo sentido se ha pronunciado el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia².

5.- Que, tras la revisión de la Propuesta de Reglamento elaborada por el MTT, a través de la JAC, se advierte que parte de estos riesgos son mitigados por el nuevo diseño de asignación y abandono de frecuencias, en particular al considerar el factor de uso como principal variable de adjudicación y mejorar la determinación de umbrales mínimos de uso por ruta para la declaración de abandono.

¹ Requerimiento FNE causa C-148-2007 del H. Tribunal, párrafo 3.

² Resolución N°37/2011 H. Tribunal, párrafo 347.

6.- Que, sin embargo, se identifican también aspectos de sus normas que podrían influir en las condiciones de competencia, tanto en los procesos licitatorios como en los mercados de transporte aéreo de las rutas donde estas frecuencias son asignadas, relacionados con el aumento del plazo de asignación de las frecuencias restringidas y la mecánica misma de la licitación.

7.- Que, por tanto, esta Fiscalía estima necesario recomendar al MTT modificar el Reglamento y la Propuesta de Reglamento, con el objetivo de mitigar los riesgos para la competencia identificados.

8.- Que, de implementarse estas modificaciones, es posible descartar la necesidad de reevaluar los umbrales máximos que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 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.

RESUELVO:

1.- RECOMIÉNDESE a S.E. el Presidente de la República, a través del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, en conformidad a lo establecido en la letra q) del artículo 39 del Decreto Ley N° 211 de 1973, la modificación del Decreto Supremo N°102, de 1981, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que reglamenta licitación pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales, en los términos contenidos en el informe que se anexa a esta resolución.

2.- ARCHÍVENSE LOS ANTECEDENTES de la investigación Rol N° 2755-24. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades de esta Fiscalía de seguir velando por la libre competencia en este mercado, y de la posibilidad de analizar la apertura de una investigación, en caso de contar con nuevos antecedentes que así lo ameriten.

3.- REMÍTASE copia de la presente resolución y del Informe de la División Antimonopolios al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y a la Junta de Aeronáutica Civil.

4.- ANÓTESE Y COMUNÍQUESE.

JORGE GRUNBERG PILOWSKY
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
Fiscalía Nacional Económica
Incorpora Firma Electrónica Avanzada

ADS/AFT/ARM





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 N°102, 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- Lima¹, 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° 211²”*.
 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° 2746-23³.

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 Telecomunicaciones⁴ (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 ciudadana⁵, ahora sobre la Propuesta de Reglamento de Licitación Pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales⁶ (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 2024⁷, 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 país⁸. 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 nacionales⁹. Así, la regulación del transporte aéreo puede dividirse en tres áreas principales¹⁰: i) La regulación del mercado, ii) la regulación económica de la infraestructura aeroportuaria y, iii) la regulación técnica y de seguridad¹¹.
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 carga¹².
11. En esta regulación, tal como lo indica el Código Aeronáutico de Chile¹³ y los convenios internacionales¹⁴, 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; Rodríguez 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 internacional¹⁵. 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 Chicago¹⁶, 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 destinos de otro país en un vuelo originado en el propio país
Novena	Transportar pasajeros y/o carga entre dos destinos 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 precios; (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 extranjeros¹⁸.
16. Todo lo anterior, reduce los requisitos de índole administrativo en beneficio de la eficiencia del mercado y el bienestar social¹⁹.
17. Asimismo, existen acuerdos bilaterales de transporte aéreo entre Chile y varios países²⁰ que pueden establecer ciertas limitaciones en el transporte de pasajeros y/o carga²¹. Estas restricciones, afectan las condiciones de competencia en los mercados aeronáuticos internacionales²², circunstancia que justifica su análisis desde una perspectiva de libre competencia²³.
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 operación²⁴.

¹⁸ Así lo 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 frecuencias²⁵, 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 regulador²⁶.
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 aéreo²⁷.
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 servicio³⁰.

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 sorteo³¹.
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 1979³⁷, que dicta normas sobre aviación comercial (en adelante “**Ley de Aviación Comercial**” o “**LAC**”) y en el Decreto Supremo N°102, de 1981³⁸, 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 número 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 disponibles⁴⁰, 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 ellas⁴¹. 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 indefinido⁴².
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 determinarlo⁴³, 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 constatar 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 internacional⁴⁴ 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. Tribunal⁴⁵, 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 Excm. 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 3° 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 bases⁴⁶; 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 Reglamento⁴⁷. 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 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. 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 asignadas⁵².
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 desempate⁵³.

49. También se destaca que la Propuesta de Reglamento aumenta el plazo de asignación de las frecuencias aéreas, de cinco a ocho años⁵⁴.
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 renunciadas 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 utilización⁵⁷.
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 podrá 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 realizado⁶¹.
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 Reglamento⁶², 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 frecuencias⁶³ 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 Latinoamérica⁶⁴.
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 JAC⁷⁰

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 pueden 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 geográfica⁷¹, 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 propios⁷².
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 JAC⁷³

63. En cuanto a la cantidad de rutas restringidas no asignadas a ninguna compañía, de las diligencias realizadas⁷⁴ 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			21	17
Canadá	Cielos abiertos		14	5
Colombia			14	10

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de la JAC⁷⁵

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				17	0	17
Canadá	Cielos abiertos			5	0	5
Colombia				0	7	7

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de la JAC⁷⁶

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 frecuencias⁷⁷ 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			7,1%	20,4%
Canadá	Cielos abiertos		0,0%	0,0%
Colombia			56,2%	35,4%

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de la JAC⁷⁸

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 competente⁷⁹.

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 N° 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 N° 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° 71/2024⁸⁵	12-01-2024	SKY Airline S.A.	Santiago-Lima	2	S/I	S/I

Fuente: Elaboración propia en base a información pública de la JAC⁸⁶⁻⁸⁷

69. En resumen, del análisis realizado, se puede indicar que:
- Existe pocos países con los que se mantienen frecuencias restringidas en 3ª y 4ª Libertad, siendo Perú la principal ruta sujeta a esta restricción.
 - 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 riesgos 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 consultada⁸⁸ y/o usadas en otras jurisdicciones⁸⁹.

72. Con todo, existe un consenso transversal⁹⁰ 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 pionera⁹¹ 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 asignación⁹².

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 de 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 pública⁹³, a quien haya realizado la mayor oferta económica, por el plazo establecido en el Reglamento, esto es, 5 años⁹⁴. 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 tiempo⁹⁷.
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 licitadas⁹⁸, 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 asignación⁹⁹ 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 N° 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 mercado¹⁰⁰. Así, en presencia de fricciones en el mercado¹⁰¹, 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 social¹⁰².
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 mercado¹⁰³. 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 licitante¹⁰⁵. En la literatura consultada y la experiencia de otros mercados se encuentran distintos mecanismos que permiten una asignación eficiente¹⁰⁶: 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 frecuencias¹⁰⁷.
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 licitatorio¹⁰⁹. 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 ruta¹¹⁰.

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 restringidas¹¹¹, 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 JAC¹¹².
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 redundaría en un -eventual- beneficio para los consumidores¹¹³. 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 asignar¹¹⁴. 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 Fiscalía¹¹⁵, 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 competidores¹¹⁶.

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 chilenas¹¹⁷. 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 destino¹¹⁸, dicho operador podría dejar de usar las frecuencias asignadas en el otro país por un período acotado para cumplir el requisito establecido en el reglamento¹¹⁹.
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 meses¹²⁰.

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 asignadas¹²¹. 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 ruta¹²².
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 realizado¹²³. 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 ellas¹²⁴.

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. Tribunal¹²⁵, 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 licitación¹²⁶. 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 mercado¹²⁷ donde existan condiciones que incrementen los riesgos de conductas anticompetitivas tanto del tipo coordinado¹²⁸ 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 económica¹²⁹ como organismos internacionales¹³⁰ 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 licitatorio¹³¹.

¹²⁷ Tal como lo indica el H. Tribunal en su Sentencia N° 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/642830WP0Curbi00Box0361535B0PUBLICO.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.

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 similares¹³².
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 licitar¹³³. 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 coordinación¹³⁴. 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 licitatorios¹³⁵⁻¹³⁶.

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 licitación¹³⁷.

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° 524-23¹³⁸.
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.cnmec.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 JAC¹³⁹

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 conservador¹⁴⁰ se estima que las 157 frecuencias ya asignadas permitirían transportar aproximadamente 2,9 millones de pasajeros al año¹⁴¹. 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 2019¹⁴². 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. Disponible en: <https://www.latamairlinesgroup.net/static-files/e915dee6-3cb9-41d3-9a0e-79b8e430f2e0> [Última visita: 9 de septiembre de 2024]

¹⁴¹ Este número 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