

ANT.: Investigación sobre cumplimiento del Plan de Autorregulación Tarifaria de LAN Airlines S.A. y LAN Express S.A. Rol N° 1717-10 FNE.

MAT.: Informe de Archivo.

Santiago, 30 MAY 2012

A : FISCAL NACIONAL ECONOMICO
DE : JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES

I. ANTECEDENTES

1. A fines de 1993, la empresa LAN Chile S.A. –hoy LAN Airlines S.A. (“LAN”)–, presentó una consulta a la H. Comisión Preventiva Central (la “**Comisión Preventiva**”), a fin de obtener la aprobación de la adquisición de un porcentaje mayoritario de las acciones de la compañía de aeronavegación comercial Líneas Aéreas del Cobre S.A., antes Ladeco, hoy LAN Express S.A. (“**LAN Express**”), que convertirían a LAN en controladora de LAN Express¹.
2. Mediante Resolución N° 445, de fecha 10 de agosto de 1995 (la “**Resolución 445**”), la H. Comisión Resolutiva (la “**Comisión Resolutiva**”) aprobó la citada operación de adquisición, sometiendo a LAN y LAN Express al cumplimiento de un plan de autorregulación tarifaria para mercados aéreos nacionales de pasajeros (el “**Plan de Autorregulación**” o “**Plan**”) al que ambas empresas habían ofrecido someterse, previamente, ante la Comisión Preventiva. Asimismo, se establece que dichas empresas deberán registrar ante la Junta de Aeronáutica Civil (la “**JAC**”), las modificaciones tarifarias y el plazo de vigencia de las mismas.
3. A través de la Resolución N° 496, de 28 de octubre de 1997 (la “**Resolución 496**”) la Comisión Resolutiva estableció la obligación de la JAC de informar a

¹ Sin perjuicio que, la denominación “LAN Airlines S.A.” y “LAN Express S.A.” son razones sociales de data reciente, para efectos de orden y referencia, en lo sucesivo, nos referiremos a las sociedades predecesoras LAN Chile S.A. y Ladeco, bajo la nomenclatura actual que ostentan sus continuadoras legales.

dicha Comisión, o a la Fiscalía Nacional Económica, cualquier eventual incumplimiento a las obligaciones de registro de tarifas por LAN y LAN Express, disponiendo que el citado Plan de Autorregulación propuesto por las partes de la operación tendría carácter permanente:

"[...] sin perjuicio de la fiscalización que corresponde ejercer a la Fiscalía Nacional Económica en caso que estas empresas incurran en eventuales conductas anticompetitivas o de abusos de poder de mercado con motivo de la aplicación del mencionado Plan, y de la intervención que corresponde a la Junta de Aeronáutica Civil en el registro de dichas tarifas"

4. En el marco de la fiscalización de las Resoluciones 445 y 496 de la Comisión Resolutiva, en el año 2003, la FNE interpuso un requerimiento en contra de LAN y LAN Express, en atención a una serie de incumplimientos al referido plan en los que habrían incurrido las aerolíneas. La Comisión Resolutiva acogió el requerimiento de esta Fiscalía, aplicando multas y ordenando que las aerolíneas propusieren las modificaciones que estimaren pertinentes al Plan, a fin de garantizar:

"[...] su más plena pertinencia racional y técnica, debiendo estas enmiendas ajustarse a cabalidad a las condiciones señaladas por esta Comisión en su Resolución N° 445, debiendo someter su aprobación a la Comisión Preventiva Central".

5. Mediante Resolución N°9, de 14 de julio de 2005² (la "**Resolución 9**"), el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("**TDLC**") aprobó los ajustes al Plan de Autorregulación efectuados por LAN y LAN Express, cumpliendo lo ordenado por la Resolución N° 723, de la Comisión Resolutiva, ordenando que las aerolíneas realizaran una serie de modificaciones adicionales al Plan³.
6. Además, en dicha oportunidad, la FNE propuso al TDLC ciertas modificaciones adicionales a las propuestas por LAN y LAN Express, las cuales no fueron finalmente acogidas. Una de ellas decía relación con que⁴:

² Resolución complementada por Resolución de fecha 28 de julio de 2005 del TDLC.

³ Entre otras, las siguientes: 2° Agregar el numeral 10, en acápite III.1: "Se aceptará un desajuste máximo de un 10% al segundo mes de que una ruta competitiva se transforme en no competitiva o viceversa, debiendo procederse al cumplimiento estricto del Plan de Autorregulación al tercer mes". 3° Agregar el numeral 11, al acápite III.1: "Se aceptará un desajuste de hasta un 2%, del cumplimiento del Plan de Autorregulación"; y 3° Agregar al numeral 1, acápite III.1: "En el evento que en un tramo de distancia no exista un grupo de rutas competitivas para comparar con las rutas no competitivas, se calculará el *yield* competitivo que había tenido ese tramo de distancia, sobre la base de la relación histórica existente entre la tarifa de ese tramo y los tramos anterior y siguiente, en los 3 meses precedentes, con un rango histórico de 6 meses. En Resuelvo de Resolución N° 9/2005.

⁴ Sin perjuicio que ese H. Tribunal no acogiere las modificaciones adicionales propuestas por esta Fiscalía, consta en voto disidente del Ministro Sr. Serra, quien "[...] *estuvo por imponer, como*

“De acuerdo a la FNE, el promedio de los *yields* por tramo debería obtenerse ponderando el *yield* de cada ruta por la proporción de pasajeros que representa la ruta dentro del total de pasajeros del tramo respectivo. La FNE afirma que la necesidad de realizar esta modificación es compartida por la JAC”.

II. OBLIGACIONES DE LAN Y LAN EXPRESS DE CONFORMIDAD AL PLAN DE AUTORREGULACIÓN

7. El Plan de Autorregulación consiste en una regulación tarifaria, a través de la cual se establecen tarifas máximas en rutas no competitivas bajo un esquema de cumplimiento mensual. Tanto la Resolución 445 como la 496, ambas de la Comisión Resolutiva, así como la Resolución 9, del TDLC, ordenaron diversas modificaciones y ajustes al referido Plan, y asimismo, establecieron su carácter permanente.
8. De conformidad a la Resolución 445, las siguientes son las obligaciones de LAN y LAN Express:
 - a) Registrar ante la JAC el alza de sus tarifas en las rutas no competitivas con una anticipación mínima de 20 días, obligándose a mantenerlas vigentes a lo menos, durante igual lapso de tiempo contados desde el registro. Tratándose de rutas competitivas tanto la anticipación como el registro será de 10 días. Asimismo, las reducciones tarifarias deberán seguir igual procedimiento y se registrarán con 20 días de anticipación, debiendo regir por igual lapso; y
 - b) Proporcionar toda la información que la JAC les requiera a fin de que ese organismo pueda ejercer el control y seguimiento del sistema de autorregulación y poner bajo conocimiento de la Comisión Preventiva cualquier incumplimiento o alteración del referido sistema. Las líneas aéreas que compitan con LAN y LAN Express en el mercado interno, de acceder al Centro de Mantenimiento de LAN, en condiciones no discriminatorias, para lo cual la asociación LAN – LAN Express deberá

condición previa a la aprobación del nuevo Plan de Autorregulación, el uso de promedios ponderados en los tráficos de las rutas usadas en el cálculo de los yields de referencia. En la actualidad se utilizan promedios simples, y tal como señala la FNE, el hecho que existan rutas con tráficos de pasajeros muy disímiles permitiría a las aerolíneas ajustar a la baja los precios en aquellas rutas de menor tráfico, de forma de poder cobrar precios mayores en las rutas de más alto tráfico”.

mantener permanentemente informado a los usuarios de los costos de operación del Centro y los servicios que éste proporciona.

9. Adicionalmente, de conformidad a lo establecido en la Resolución 496 de la Comisión Resolutiva y la Resolución 9 del TDLC, el referido Plan se compone, en términos generales, de las siguientes regulaciones tarifarias:

a) Regulación N°1:

- i) Obligación a que la tarifa promedio mensual por kilómetro ("*yield*") cobrado a cada grupo de rutas no competitivas dentro del país, no sea superior a la correspondiente tarifa promedio mensual por kilómetro cobrada en el grupo de rutas competitivas de distancias equivalentes dentro del país, en igual período;
- ii) Si no existe un grupo de rutas competitivas para comparar con las rutas no competitivas, se calculará el *yield* competitivo que habría tenido ese tramo de distancia, sobre la base de la relación histórica existente entre la tarifa de ese tramo y los tramos anterior y siguiente, en los tres meses precedentes, con un rango histórico máximo de seis meses;
- iii) Cuando tampoco existan tramos equivalentes en estos rangos, se usará el precio promedio por kilómetro cobrado en Chile de las rutas de referencia.

b) Regulación N°2:

- i) Mensualmente se comparará por cada tramo de distancia, la tarifa por kilómetro promedio de los últimos 6 meses cobradas en Chile en Rutas de Referencia, con el valor promedio por kilómetro cobrado en los Mercados no Competitivos en el semestre respectivo;
- ii) La tarifa promedio de los mercados de referencia no puede ser inferior en un 5% a la tarifa promedio semestral cobrada por kilómetro en Chile por LAN y LAN Express en las rutas no competitivas de un mismo tramo de distancia; y
- iii) Cuando se use como referencia las tarifas de las Rutas de Referencia, éstas deberán corregirse en función de la tasa efectiva del Impuesto al Valor Agregado (IVA) al que estén afectas.

10. Conforme lo ha indicado el TDLC⁵, LAN ha debido establecer y cumplir un Plan de Autorregulación que establece un límite máximo a los *yields* que pueden ser cobrados en las rutas nacionales donde LAN no tiene competencia, esto es, en rutas donde actúa como el único oferente, comparándolos con el promedio simple mensual de los *yields* obtenidos en (a) rutas nacionales en donde LAN tiene (al menos) un competidor con al menos un vuelo diario y, como restricción adicional, (b) algunas rutas internacionales, que se usan como mercados de referencia.
11. Asimismo, el menor de los *yields* promedio simple resultante como precio de referencia en los casos (a) y (b) señalados en el párrafo anterior, define el límite de *yield* máximo que LAN debe cumplir mensualmente, en cada uno de los tramos de distancia en que existan rutas nacionales que sean definidas como no competitivas.

III. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A LAN Y LAN EXPRESS POR LA COMISIÓN RESOLUTIVA Y EL TDLC

12. De conformidad con las obligaciones de información de la JAC, este organismo informa a esta Fiscalía, en forma mensual, el grado de cumplimiento de LAN y LAN Express a las obligaciones derivadas del Plan de Autorregulación.
13. A efectos de fiscalizar el cumplimiento del referido régimen tarifario, la FNE instruyó la investigación Rol 970-07, y, sin detectarse incumplimiento alguno al Plan de Autorregulación, ésta fue archivada en febrero de 2010.
14. Ahora bien, con fecha 29 de junio de 2010, esta Fiscalía resolvió iniciar la presente investigación, Rol N° 1717-10 (la "Investigación"), en atención a lo establecido en un informe encargado por la JAC⁶, el cual revela indicios de que LAN habría utilizado la facultad que ostenta para registrar pasajeros en alguna de las empresas sujetas al Plan de Autorregulación, y el *yield* asociado a ellos, con el objetivo de disminuir los promedios de las tarifas por tramo, tanto en los

⁵ En Resolución N° 37/2011, Numeral 207.

⁶ "Análisis del sistema de autorregulación tarifaria en el mercado del transporte aéreo doméstico", 2010.

mercados competitivos como no competitivos, y exhibir así cumplimiento al referido Plan.

15. Dados los eventuales efectos económicos de la conducta descrita, que le permitirían a LAN y LAN Express impedir imitar mercados competitivos en rutas aéreas con un único operador, esta Fiscalía inició así una nueva fiscalización al cumplimiento efectivo del Plan de Autorregulación.
16. Los antecedentes acompañados mensualmente por la JAC⁷, que comparan las rutas competitivas del mismo tramo, y, a su vez, las rutas de referencia, según lo antes expuesto, reportan expresamente el cumplimiento de LAN y LAN Express al Plan de Autorregulación. En virtud de dicha información, es que a esta Fiscalía le resulta posible concluir, que a la fecha, las compañías han dado cumplimiento al referido régimen tarifario aprobado por la Comisión Resolutiva y ajustado por el TDLC, en los términos citados.

IV. MODIFICACIONES AL PLAN DE AUTORREGULACIÓN EN LA RESOLUCIÓN N° 37/2011 Del TDLC

17. La Resolución N° 37, de 21 de septiembre de 2011 (la "**Resolución 37**"), fue pronunciada por el H. Tribunal con ocasión de la consulta de la Corporación de Consumidores y Usuarios de Chile sobre la operación de concentración entre LAN y TAM Linhas Aéreas S.A. ("**TAM**")⁸. En dicha Resolución, el H. Tribunal resolvió condicionar la aprobación de la operación, al cumplimiento de 14 medidas de mitigación de los riesgos que la citada combinación de operaciones podría generar en el mercado de transporte aéreo.
18. En este contexto, la FNE, en informe evacuado en autos con fecha 5 de abril de 2011⁹, solicitó al H. Tribunal, como una medida de mitigación para prevenir los riesgos de conductas constitutivas de abusos de posición dominante, complementar el Plan de Autorregulación al que se encuentran sujetas LAN y

⁷ Salvo en el mes de agosto de 2011, en el cual la JAC no informó a esta Fiscalía del cumplimiento del Plan de Autorregulación.

⁸ Rol N° NC 388-10 TDLC.

⁹ A fojas 777 de autos.

LAN Express. En particular, esta Fiscalía solicitó que en dicho Plan, para el cálculo del *yield* mensual, se utilizaren promedios ponderados en lugar de simples, así como la inclusión de la ruta Santiago – Bogotá como ruta de referencia, para efectos de comparar rutas competitivas con rutas no competitivas.

19. En este contexto, el H. Tribunal sostuvo que con ocasión del análisis del Plan de Autorregulación efectuado en la Resolución N° 37/2011, había detectado la existencia de diversas falencias en el referido régimen. Entre éstas, el TDLC indicó las siguientes: i) la definición de rutas competitivas; y ii) el uso de promedios simples para realizar la comparación de *yields* entre las rutas competitivas y no competitivas, en lugar de promedios ponderados. En efecto, respecto de esta última falencia, el TDLC señaló lo siguiente:

"Esta forma de promediar permite a LAN obtener *yields* mayores en rutas No Competitivas que tienen una alta densidad de pasajeros, pues al promediarlos en forma directa y simple con rutas con menor densidad de pasajeros y *yields* más bajos, será perfectamente factible cumplir así, en el tramo de distancia que englobe a uno y otro tipo de ruta, con lo establecido en el Plan de Autorregulación".

20. En este orden de cosas, el TDLC constató que LAN ha diferenciado entre los ingresos, por ruta, de LAN y de LAN Express, para luego utilizar el promedio simple entre los *yields* obtenidos por cada una de estas dos empresas en cada ruta. Lo anterior le conferiría a LAN una posibilidad adicional para definir niveles de tarifas de forma estratégica, en tramos de distancia que incluyan rutas con distintas densidades de pasajeros transportados, y lograr cumplir así con el Plan de Autorregulación y, al mismo tiempo, obtener *yields* superiores a los que prevalecerían bajo un contexto más próximo al competitivo¹⁰. En efecto, el TDLC comparó las situaciones expuestas en el siguiente cuadro:

¹⁰ Numeral 220. Resolución N° 37/2011 TDLC.

Cuadro N° 2

Comparación de los *yields* de rutas domésticas competitivas, no competitivas y su promedio simple, para rutas en el tramo de distancia entre 800 y 1000 km. (Enero de 2010)

Carácter	Ruta no direccional		Yield LAN Chile	Yield LAN Express	Pasajeros totales
Competitiva	Santiago	Puerto Montt	[5-10)	[5-10)	45.445
No competitiva	Santiago	Osorno		[10-15)	7.874
No competitiva	Arica	Copiapó	[0-5)	[0-5)	163
Promedio simple rutas competitivas			8,5		
Promedio simple rutas no competitivas			5,8		
Promedio ponderado rutas competitivas			8.3		
Promedio ponderado rutas no competitivas			11,5		

Fuente: Elaboración del TDLC a partir de los datos sobre cumplimiento del Plan de Autorregulación, entregados por LAN a la JAC y aportados a este Tribunal por la FNE a fs. 777. Nota: El promedio ponderado de las rutas no competitivas se obtiene ponderando los *yields* de cada ruta por el número de pasajeros-kilómetros respectivos. También puede obtenerse sumando el total de los ingresos en ese tramo y dividiendo tal suma por el total de pasajeros-kilómetro del mismo.

21. Conforme lo señaló el H. Tribunal, la materialización de la operación de concentración consultada si bien no afecta directamente la competencia en las rutas nacionales, sí tiene la aptitud para alterar el contexto de competencia en dos de las Rutas de Referencia, Santiago-São Paulo y Santiago-Río. En atención a ello, es que el H. Tribunal, a efectos de contrarrestar los riesgos anticompetitivos que podría generar la operación de operación consultada en el mercado de transporte aéreo, estableció la siguiente medida de mitigación, como Condición Quinta:

V.1. LATAM deberá cumplir íntegramente el Plan de Autorregulación aprobado por la Comisión Resolutiva mediante Resolución N° 496 de 1997 y por este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Resolución N° 9/2005, debiendo efectuar las siguientes modificaciones al mismo: (i) para efectos de comparar los *yields* de tramos de Rutas Competitivas y No Competitivas, deberá considerar promedios ponderados por km.-pasajero en vez de utilizar promedios simples; (ii) para los mismos efectos, deberá considerar a LAN Chile y a LAN Express (así como a cualquier empresa perteneciente al grupo LATAM que opere las rutas comprendidas en el Plan) como un mismo grupo económico, obteniendo un único *yield* de dicho grupo para la comparación de rutas nacionales No Competitivas con las denominadas Competitivas, y con las internacionales, y; (iii) en el numeral III.1.8) del Plan de Autorregulación, deberá agregar la ruta Santiago-Bogotá.

V.2. Para estos efectos, LAN deberá presentar ante este Tribunal por vía incidental, para su aprobación, una versión consolidada del Plan de Autorregulación que incluya las modificaciones indicadas precedentemente, dentro de 30 días hábiles contados desde la fecha de perfeccionamiento de la Operación.

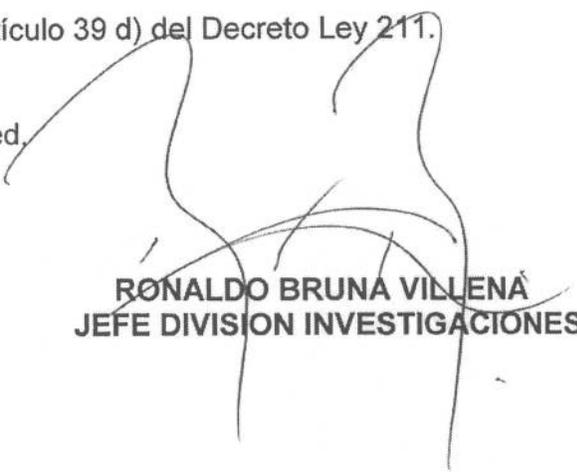
22. Por lo tanto, el TDLC corrigió la falencia que provocaba el uso de promedios simples para realizar la comparación de *yields* entre las rutas competitivas y no

competitivas, situación que esta Fiscalía había advertido previamente y que constituyó el motivo para el inicio de la presente Investigación.

V. CONCLUSIONES

23. De acuerdo al análisis de los antecedentes recabados, esta División estima que, considerando que la Resolución 37 establece modificaciones sustanciales al Plan de Autorregulación, a efectos de evitar la duplicidad de investigaciones respecto de los mismos hechos, en aras a una mayor eficiencia en el uso de los recursos de esta Fiscalía, resulta pertinente archivar los antecedentes relativos a esta Investigación, considerando, además, que dichas modificaciones realizadas al Plan de Autorregulación evitan que se pueda manipular a través de promedios simples el *yield*, motivo del inicio de la Investigación.
24. El archivo de la Investigación resulta procedente en atención a que esta Fiscalía, en lo sucesivo, fiscalizará tanto el cumplimiento de las medidas de mitigación por LAN, y entre ellas, la Condición Quinta de la Resolución 37 que modifica el Plan de Autorregulación, como el debido cumplimiento del Plan y de las obligaciones de información de la JAC, a través de la fiscalización de la Resolución 37, de conformidad al artículo 39 d) del Decreto Ley 211.

Saluda atentamente a usted,


RONALDO BRUNA VILLENÁ
JEFE DIVISION INVESTIGACIONES