

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCION N° 9/ 2005

Santiago, catorce de julio de dos mil cinco.

VISTOS:

1.- Que el Plan de Autorregulación actualmente vigente, aprobado por la H. Comisión Resolutiva por Resolución N° 496, de fecha 28 de octubre de 1997, recaída en la causa Rol N° 486-95 C.R., considera los aspectos que se detallan en los siguientes párrafos.

En primer término, se clasifican aquellas rutas nacionales en las cuales otra línea accede con al menos una frecuencia diaria como mercados competitivos, y aquellas rutas que no cumplen con esta condición como mercados no competitivos. Esta clasificación es realizada por la Junta de Aeronáutica Civil, y debe ser entregada a Lan Chile S.A. (Lan) y Transporte Aéreo S.A. (Lan Express), en adelante también "las empresas" o "las aerolíneas" dentro de los últimos 5 días hábiles de cada mes.

En segundo lugar, las aerolíneas se encuentran sujetas a la obligación de que la tarifa promedio mensual por kilómetro (*yield*) cobrada en los mercados no competitivos no sea superior, en el mismo período, a la tarifa cobrada en los mercados competitivos. Para asegurar el cumplimiento de este punto, se comparan los *yields* efectivos de rutas competitivas y no competitivas en tramos de distancia equivalentes, que se definen por distancias en tramos de 200 kilómetros.

En caso de no existir rutas competitivas de distancia equivalente, se utiliza la tarifa promedio por kilómetro de los grupos de rutas competitivas consideradas en los tramos de distancia inmediatamente anterior y siguiente. En caso que tampoco existan tramos equivalentes en esos tramos, se consideran como referencia las tarifas de ciertas rutas internacionales: Santiago - Buenos Aires, Santiago - Montevideo, Santiago - Lima, Santiago - Sao Paulo, Santiago - Río de Janeiro.

Cuando se utilicen como referencia las tarifas de rutas internacionales, éstas se deben dividir por 0,862 a fin de corregir el efecto del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Además, mensualmente, se debe comparar para cada tramo de distancia, la tarifa promedio por kilómetros de los últimos seis meses cobrada en los mercados internacionales de referencia, con el valor promedio por kilómetro cobrado en los mercados no competitivos, en el semestre respectivo. La tarifa nacional no

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competitiva no debe sobrepasar en más de un 22,1% la tarifa promedio por kilómetro cobrada en las rutas internacionales señaladas.

2.- Que por Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, la H. Comisión Resolutiva ordenó, en el resuelvo segundo de aquella, “a las empresas Lan Chile S.A. y Lan Express S.A., para que dentro del plazo de 90 días siguientes a la notificación de la presente resolución, propongan las modificaciones que estime necesarias al Plan de Autorregulación vigente de modo 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 445, debiendo someter su aprobación a la Comisión Preventiva Central.”.

3.- Que, mediante presentación de fecha 29 de abril de 2004, las aerolíneas sometieron ante la H. Comisión Preventiva Central la aprobación de modificaciones al Plan de Autorregulación tarifaria, dando así cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución N° 723, antes citada.

La propuesta de modificaciones al Plan de Autorregulación presentada por Lan Airlines S.A. y Transporte Aéreo S.A., contiene los siguientes puntos.

3.1.- Dado que las condiciones de competencia de un mercado no dependen de ellas, ya que son determinadas por terceros operadores y, por ende, es una condición que les es ajena, las empresas consideran que requieren de un tiempo de ajuste para no incumplir el Plan de Autorregulación sin haber modificado sus tarifas en caso que un vuelo competitivo se transforme en no competitivo, o viceversa.

Por ello, solicitan que la Junta de Aeronáutica Civil les informe de la clasificación de las distintas rutas a más tardar el día 20 de cada mes.

Además, solicitan se les exija un desajuste máximo de 10% al tercer mes y el cumplimiento estricto del Plan al cuarto mes.

3.2.- Puesto que la información sobre las tarifas promedio mensual por kilómetro es conocida por las empresas con exactitud una vez finalizado el mes siguiente al medido, pueden producirse desajustes marginales al Plan que son impredecibles. Por ello, proponen permitir un margen de error de 2%.

3.3.- La regulación que determina que las tarifas de una ruta no competitiva se comparen con las tarifas de rutas competitivas en los tramos de distancia anterior y siguiente, ha provocado problemas de interpretación con la FNE, toda vez que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ésta la aplica considerando los tramos como alternativos, a diferencia de Lan y Lan Cargo, que opinan que deben considerarse en conjunto.

Por lo anterior, se propone, en cambio, que si en un tramo de distancia no existe un grupo de rutas competitivas para comparar con las 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.

3.4.- Considerando el alza del IVA de octubre de 2003, y por cambios en la composición de los costos de ambas empresas, se propone que cuando se usen como referencia las tarifas de rutas internacionales, éstas se dividan por 0,877 para corregir el efecto del IVA.

Ya que se solicita modificar este factor de ajuste por el cambio del IVA y cambios en los costos, se propone, además, que la tarifa nacional no competitiva no debe sobrepasar en más de un 19,7% la tarifa promedio por kilómetro cobrada en las rutas internacionales señaladas, en la comparación semestral que se debe realizar de acuerdo al Plan de autorregulación original.

4.- Que, con fecha 30 de abril de 2004 se solicitó informe a la Fiscalía Nacional Económica sobre la materia.

5.- Que, a fs. 29, con fecha 26 de abril de 2005, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) evacuó el informe requerido. Dicho informe contiene las observaciones que se detallan a continuación.

5.1.- Respecto de la solicitud de adelantar la entrega de la definición de rutas competitivas y no competitivas por parte de la Junta de Aeronáutica Civil, la FNE considera atendible la propuesta en la medida que permitirá a Lan Airlines S.A. y Transporte Aéreo S.A. conocer con una mayor anticipación las rutas que se clasificarán como competitivas y no competitivas, facilitándole poder ajustar sus tarifas al Plan de Autorregulación.

Con relación a la propuesta de exigir un desajuste máximo de un 10% al tercer mes de un cambio en la clasificación de una ruta, y un cumplimiento estricto del Plan al cuarto mes, la FNE estima que la mayor anticipación con que se generará la información pertinente desde la Junta de Aeronáutica avala la exigencia de un desajuste al segundo mes de hasta un máximo de 10% y el cumplimiento estricto del Plan al tercer mes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5.2.- Respecto a la propuesta de permitir un margen de error de hasta un 2% en la aplicación del Plan, la FNE la considera atendible.

5.3.- En cuanto a la propuesta de las aerolíneas en cuanto a modificar la regla de comparación de las tarifas en los casos en que no existen rutas competitivas en el tramo de distancia equivalente, la FNE recomienda incorporar esta modificación al Plan. Sin embargo, dado que la alternativa de cálculo propuesta es menos aplicable que la vigente actualmente, ya que la información necesaria no siempre existe, la FNE recomienda mantener las alternativas actuales como aplicables en caso de no ser factible aplicar la nueva alternativa.

5.4.- Sobre la modificación a la corrección del factor de ajuste para las tarifas de vuelos internacionales, la FNE afirma que de la información proporcionada por las empresas, se desprende que la tasa efectiva de IVA que enfrentan es de 13,8% y no de 14% como lo señalan en su propuesta. De acuerdo a la FNE, esto se debe a que no consideraron las ponderaciones de cada ítem dentro del costo total de la empresa en virtud de lo cual, para corregir el efecto del IVA, se debiera dividir por 0,879.

La FNE en su informe propone modificaciones adicionales a las propuestas por Lan Airlines S.A. y Transporte Aéreo S.A., las que se detallan a continuación.

5.5.- 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.

5.6.- Propone que la línea aérea debería informar de inmediato a este Tribunal si la tasa efectiva de IVA que enfrenta varía en más de un 0,5% respecto de la tasa considerada en el Plan.

5.7.- La FNE solicita que Lan Airlines S.A. y Transporte Aéreo S.A. envíen mensualmente la información de los ingresos por vuelo, no sólo los ingresos totales por ruta como lo hacen hasta ahora. Para aumentar la eficiencia del sistema de autorregulación, la FNE afirma que los entes fiscalizadores debieran tener la posibilidad de cotejar la información que proporciona la línea aérea, permitiéndoles tener mejores instrumentos para detectar tempranamente eventuales actos de predación en el mercado, en caso que se requiera investigar tal conducta.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Solicita, además, que la línea aérea le envíe mensualmente la información señalada en un medio magnético, en un formato predeterminado. Esto ya es una práctica común, pero la FNE estima que podría formalizarse.

6.- A fs. 54 se confirió traslado del informe antes señalado a Lan Airlines S.A. y se puso en conocimiento de Sky Airlines, Aerolíneas del Sur, la Junta de Aeronáutica Civil (JAC), Achet A.G. y de la Asociación de Empresas de Aeronavegación Comercial, a fin de que formularen las observaciones que estimaren pertinentes.

7.- A fs. 65 la empresa Sky Service S.A. expuso sus observaciones sobre la materia.

8.- A fs. 162 Lan Airlines S.A. y Transporte Aéreo S.A. evacuaron el traslado del informe del Fiscal Nacional Económico. Dicho traslado contiene las observaciones que se detallan a continuación.

8.1.- Las aerolíneas afirman que la propuesta de la FNE de exigir un desajuste al segundo mes de hasta un 10% y un cumplimiento estricto del Plan al tercer mes, es inoperante ya que, aún cuando la Junta de Aeronáutica informe la clasificación de mercados el día veinte del mes precedente, sólo es posible determinar la tarifa media cuando ya se ha iniciado el mes subsiguiente al medido, es decir, algunos días antes que los *yields* son enviados a la JAC. Si los cambios necesarios son realizados en el momento en que son conocidas las tarifas medias, estos cambios empezarán a regir diez o veinte días después, de acuerdo a la obligación de registrar las tarifas. Además, parte importante de los boletos se venden anticipadamente; por esto, Lan Airlines S.A. y Transporte Aéreo S.A. solicitan que se mantengan los plazos planteados originalmente.

8.2.- Respecto de la modificación del factor de ajuste de las tarifas de rutas internacionales, las aerolíneas afirman que la tasa efectiva de IVA entregada en la propuesta de modificación fue calculada con la totalidad de los decimales, mientras que la del informe de la Fiscalía no incluye todos los decimales, lo que provoca la diferencia. Por ello, solicitan que se acepte el factor de corrección definido por ellos.

8.3.- En cuanto a las modificaciones adicionales al Plan de Autorregulación propuestas por la FNE, Lan Airlines S.A. y Transporte Aéreo S.A. consideran que aquella no está autorizada para proponer modificaciones al Plan diferentes de las propuestas por ellos, ya que este hecho vulneraría gravemente la naturaleza autorregulatoria del Plan.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.4.- Respecto de la propuesta de la FNE de calcular los *yields* por tramo utilizando promedios ponderados, las empresas afirman que no es conveniente, ya que la aplicación de promedios simples ha permitido en la práctica que los mercados, independientemente de la densidad, sean considerados igualmente relevantes para el cumplimiento del Plan. Si se cambiara la metodología a promedios ponderados, los mercados menos densos perderían relevancia frente a los mercados principales. Que cabe tener presente que los mercados menos densos son, en su mayoría, no competitivos, por lo que si se produjesen alzas en las tarifas medias por kilómetro en estos mercados, las variaciones prácticamente no se percibirían.

Por otro lado, señalan que aplicar promedios ponderados dificulta el cálculo, ya que se debería estimar la cantidad de pasajeros por mercado. El sistema de *revenue management* que usan Lan Airlines S.A. y Transporte Aéreo S.A. para el manejo de sus vuelos, no contempla la estimación de pasajeros a nivel agregado por mercado.

Que, además, el margen de error de 2% propuesto está pensado para la aplicación de promedios simples en el cálculo del *yield* promedio por tramo; si se utilizaran promedios ponderados, el margen de error necesario sería mucho mayor.

8.5.- En relación con la solicitud de la FNE de que las empresas estén obligadas a informar al Tribunal si la tasa efectiva de IVA que enfrentan en los vuelos internacionales varía en más de 0,5%, las empresas aclaran esta observación, especificando que se está hablando de puntos porcentuales y no de variación porcentual. Como ejemplo, dado que la tasa actual es de 14%, una variación porcentual de 0,5% implica un alza a 14,07%, lo que las empresas consideran irrelevante.

8.6.- Sobre la solicitud de la FNE de que las empresas entreguen mensualmente los ingresos por vuelo y no sólo los ingresos totales por ruta, las empresas argumentan que esta información no permitiría ser cotejada con la proporcionada actualmente ni aumentaría la eficiencia del sistema de autorregulación, ya que un mismo vuelo puede comprender tanto rutas competitivas como no competitivas. Además, las empresas afirman que la definición de “vuelo” se considera imprecisa, ya que se puede entender viaje de ida, o de ida y vuelta, por número de vuelo o por hora de salida. Del conjunto de rutas que componen los ingresos por vuelo, afirman que no se obtendría información de utilidad.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Lan Airlines S.A. y Transporte Aéreo S.A. sostienen que no disponen de la información exacta de ingresos por vuelo, y que obtenerla implicaría desarrollar un sistema que, debido a su complejidad, sería extraordinariamente oneroso y de dudosa utilidad, ya que en la práctica no entregaría información adicional ni a la Fiscalía ni a ellos mismos.

Señalan que los boletos físicos se encuentran a disposición de la FNE para cotejar la información que se requiera, como ha sido hasta ahora.

8.7.- Por último, Lan Airlines S.A. y Transporte Aéreo S.A. hacen presente dos cuestiones adicionales referidas al nuevo Plan de Autorregulación propuesto.

En primer lugar, las empresas solicitan que las modificaciones al Plan de Autorregulación entren en vigencia a los seis meses contados desde su aprobación por el Tribunal, ya que dichas modificaciones suponen el diseño y la implementación de procedimientos que deben ser verificados, lo cual requiere un tiempo para efectuar los ajustes del caso.

En segundo lugar, exponen que ellas se reservan en forma expresa el derecho a solicitar nuevas adecuaciones al Plan o a reformularlo sobre nuevas bases o parámetros, cuando las circunstancias lo aconsejen, proponiendo fórmulas que aseguren el propósito de la H. Comisión Resolutiva plasmado en la Resolución N° 445, de 10 de agosto de 1995.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el Decreto Ley N° 211 que aprueba la legislación sobre protección de la libre competencia en las actividades económicas, tiene por objeto prevenir y sancionar las conductas que tiendan a eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia, infracción que se consuma aún cuando las conductas no hayan producido en el hecho sus efectos.

SEGUNDO: Que, en este orden de cosas, mediante la Resolución N° 723, de 30 de enero de 2004, la H. Comisión Resolutiva ordenó a Lan Chile S.A. y Lan Express S.A. (hoy Transporte Aéreo S.A.), que propusieran las modificaciones que estimasen necesarias al Plan de Autorregulación vigente de modo de garantizar su más plena pertinencia racional y técnica.

TERCERO: Que, por otro lado, es interés de este Tribunal que el Plan de Autorregulación sea efectivamente cumplido por las empresas y que éste no contenga desajustes que, eventualmente, puedan llevar a su incumplimiento.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CUARTO: Que, consecuentemente con lo anterior, a fin de que el Plan de Autorregulación sea operativo, como, asimismo, lograr su efectiva fiscalización por los organismos correspondientes, se estiman necesarias las modificaciones que se detallan en la parte resolutive de este fallo.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en el Auto Acordado N° 2, de 19 de mayo de 2004, de este Tribunal, **se resuelve:**

Aprobar los ajustes al Plan de Autorregulación autorizado por la H. Comisión Resolutiva por Resolución N° 496, de fecha 28 de octubre de 1997, y que afecta a las empresas Lan Airlines S.A. y Transporte Aéreo S.A., en su calidad de continuadoras legales de las empresas originalmente obligadas a su cumplimiento Lan Chile S.A. y Ladeco S.A., con la condición de realizar las siguientes modificaciones al mismo:

1°.- En el acápite III.3, reemplazar la frase “durante los últimos cinco días hábiles” por la frase “a más tardar el día veinte”.

2°.- Agregar el siguiente numeral 10, nuevo, al 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 siguiente numeral 11, nuevo, al acápite III.1: “Se aceptará un desajuste de hasta un 2%, del cumplimiento del Plan de Autorregulación.”.

4°.- Agregar el siguiente tercer párrafo al numeral 1 del acápite III.1, pasando el actual párrafo tercero a ser cuarto: “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 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.”.

En todo lo demás, subsistirá la vigencia del Plan de Autorregulación aprobado por la citada Resolución N° 496, de la H. Comisión Resolutiva.

Las empresas consultantes deberán, dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación de la presente resolución, remitir a este Tribunal el texto refundido del Plan de Autorregulación con las modificaciones precedentes incorporadas en el mismo.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Se previene que el Ministro Sr. Serra, no obstante concurrir a lo resuelto, estuvo por imponer, como 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.

Notifíquese a Lan Airlines S.A., a Transporte Aéreo S.A., a la Junta de Aeronáutica Civil, a la Dirección General de Aeronáutica Civil y a la Fiscalía Nacional Económica.

Rol C N° 33-04

Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic y Sr. Pablo Serra Banfi. Autoriza, Jaime Barahona Urzua, Secretario Abogado.