

**EN LO PRINCIPAL: RECURSO DE RECLAMACIÓN.
EN EL OTROSI: DELEGA PODER.**

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

RAÚL MONTERO LÓPEZ, abogado, en representación de **JETSMART AIRLINES SPA**, consultante en los autos no contenciosos caratulados “**Consulta de JetSMART Airlines SpA sobre asignación de frecuencias aéreas en Ruta Santiago-Lima**”, Rol NC 524-2023, a este H. Tribunal respetuosamente digo:

Dentro de plazo legal y conforme lo dispuesto por el artículo 27 del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), vengo en interponer Recurso de Reclamación en contra de la **Resolución N° 85/2025**, dictada por V.S. con fecha 10 de enero de 2025 (indistintamente, la “Resolución Impugnada”), mediante la cual V.S. emitió pronunciamiento en relación a la Consulta efectuada por mi representada, relativa a los siguientes aspectos fundamentales:

- i) Cuáles son los criterios básicos que deben contener las bases de licitación realizadas por la Junta Aeronáutica Civil (“**JAC**”) para fomentar la libre competencia en la Ruta Santiago-Lima, de acuerdo a las condiciones actuales de este mercado,
- ii) Si corresponde o no restringir la participación de uno o más incumbentes en dichas licitaciones,
- iii) Si es necesario establecer límites a la tenencia de frecuencias en la señalada ruta, dados los altos porcentajes de frecuencias aéreas 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,
- iv) Si la falta de definición de vigencia o plazo que afecta a algunas frecuencias adjudicadas en esta ruta, se podría constituir en una barrera anticompetitiva adicional, entre otros efectos que V.S. determine, y
- v) Cuáles son las condiciones que las aludidas empresas y autoridades deberán cumplir a este respecto.

Tal como veremos, en dicho pronunciamiento el H. Tribunal declaró que las bases de licitación pública de las frecuencias aéreas de la ruta Santiago- Lima, establecidas

mediante la resolución exenta N° 1220/2023 de la Junta Aeronáutica Civil, de 28 de septiembre de 2023, no generan riesgos significativos que puedan infringir las disposiciones del Decreto Ley N° 211, **en abierta contradicción al reconocimiento expreso efectuado por el propio H. Tribunal en la Resolución Impugnada, en cuanto a que existían problemas de competencia en el mercado relevante de autos.**

Pese a ello, el H. Tribunal finalmente optó por no establecer las condiciones o criterios procompetitivos que las autoridades y empresas debían observar al efecto, en circunstancias que había sido ello expresamente solicitado por JetSMART Airlines SpA en su libelo, lo que constituye una **falta de pronunciamiento respecto de la totalidad del petitorio contenido en la Consulta presentada por mi representada.**

A lo anterior, se suma el hecho de que el H. Tribunal, en la Resolución Impugnada, **ha contradicho de manera expresa e inexplicable su propia jurisprudencia en relación al mercado relevante de autos**, lo que ratifica la necesidad de que dicho pronunciamiento sea rectificado conforme a derecho.

Es en tal escenario que el presente recurso tiene como finalidad que -una vez que V.S. lo tenga por interpuesto y lo conceda para ante la Excma. Corte Suprema- dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo y en ejercicio de sus facultades, modifique la Resolución Impugnada en el sentido de dar respuesta expresa a las preocupaciones manifestadas en la Consulta, ordenar al H. Tribunal que así lo haga o, a lo menos, complementar dicha resolución con los criterios procompetitivos que deben observar las autoridades y los actores del mercado, conforme a los fundamentos de hecho, de derecho y económicos que se indicarán.

Conforme a lo señalado, para el presente recurso de reclamación, se propone el siguiente índice:

I. La Resolución Impugnada	4
II. Antecedentes del presente asunto no contencioso	5
1. La solicitud formulada por JetSMART Airlines SpA	5
2. Principales razones que motivaron la Consulta	6
3. La Resolución Impugnada reconoció los problemas de competencia señalados por JetSMART	11

III. Inconsistencias de la Resolución Impugnada con la jurisprudencia anterior del H. Tribunal y con sus propios considerandos	12
1. <i>La Resolución Impugnada desconoció el carácter de insumo esencial de las frecuencias aéreas</i>	13
2. <i>La Resolución Impugnada estableció una supuesta sustituibilidad entre las frecuencias otorgadas por las autoridades de ambos países, desconociendo que una aerolínea chilena no puede acceder a frecuencias peruanas</i>	15
3. <i>La Resolución Impugnada estableció una supuesta sustituibilidad entre las frecuencias otorgadas por la autoridades de ambos países, desconociendo además las serias barreras operativas, logísticas y comerciales que implican para una aerolínea peruana (titular de frecuencias peruanas) competir en igualdad de condiciones con un aerolínea chilena (titular de frecuencias chilenas) en la ruta Santiago Lima.</i>	18
a) <i>Ineficiencias en el uso de tripulación y costos de pernoche son relevantes e implican una afectación competitiva injusta y artificial para la operación de JetSMART en la ruta Santiago-Lima.</i>	19
b) <i>Impacto de la pérdida de frecuencias chilenas en la asignación de slots en Lima</i>	21
c) <i>Las barreras artificiales para establecer un hub en Lima y su impacto en otras rutas.....</i>	23
d) <i>Otras consideraciones relevantes.....</i>	24
4. <i>La Resolución Impugnada yerra además en señalar que no se habrían acreditado efectos de red en la tenencia de un alto volumen de frecuencias</i>	26
5. <i>La Resolución Impugnada yerra también en señalar que existe una supuesta competitividad del mercado, con base en comportamientos de LATAM en las licitaciones recientes.</i>	29
IV. A mayor abundamiento, la Resolución Impugnada desdijo también la definición de mercado relevante que el mismo H. Tribunal había realizado en otros casos referidos a la Ruta Santiago-Lima	31
V. Aportes de antecedentes entregados en el proceso que ratifican los problemas detectados en la Ruta Santiago-Lima	32
1. <i>Opinión de la Fiscalía Nacional Económica (FNE)</i>	32
2. <i>Opinión de la Junta de Aeronáutica Civil</i>	33
3. <i>Opinión de entidades que defienden los derechos de los consumidores</i>	35
4. <i>Otros aportes de antecedentes</i>	36

VI. Necesidad de actuar y corregir la Resolución Impugnada conforme al presente recurso	37
VII. Conclusión y petitorio	39

I. La Resolución Impugnada

Con fecha 10 de enero de 2025, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) dictó su pronunciamiento sobre la consulta Rol NC N° 524-23, iniciada por JetSMART Airlines SpA para efectos de 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 Junta Aeronáutica Civil infringen las disposiciones del Decreto Ley N° 211.

Al respecto, el TDLC estableció que “*las bases de licitación pública de las frecuencias aéreas de la ruta Santiago- Lima, establecidas mediante la resolución exenta N° 1220/2023 de la Junta Aeronáutica Civil, de 28 de septiembre de 2023, no generan riesgos significativos que puedan infringir las disposiciones del Decreto Ley N° 211*”.

Para llegar a tal conclusión, el TDLC arribó a dos grandes grupos de ideas:

- 1) La mayor parte de los problemas identificados por JetSMART surgen de la aplicación del Decreto Supremo N° 102 de 1981 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que reglamenta las licitaciones públicas para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales (“Reglamento”) y, por tanto, no responden a un ejercicio discrecional de la JAC al momento de elaborar las Bases de Licitación (“BALI”). Además, los que dependen de la discrecionalidad de la JAC fueron analizados por el Tribunal y no suponen riesgos significativos al objeto del Decreto Ley N° 211 (Considerando 165).
- 2) Respecto a los posibles problemas de competencia señalados por distintos intervenientes en materia de regulación sectorial, las autoridades administrativas competentes ya los habrían identificado y estarían tomando acciones para solucionarlos, por lo que no se justifica tampoco realizar una recomendación normativa al respecto (Considerando 166).

Según veremos, tales conclusiones y argumentos no se condicen con la realidad concreta del mercado y con los problemas competitivos que éste presenta, reconocidos expresamente por el mismo H. Tribunal.

II. Antecedentes del presente asunto no contencioso

1. La solicitud formulada por JetSMART Airlines SpA

1. Según consta en el libelo de fojas 6, JetSMART Airlines SpA interpuso ante V.S. el presente asunto no contencioso, con el fin obtener un pronunciamiento de este H. Tribunal en relación a la licitación de frecuencias aéreas que iba a abrir la Junta Aeronáutica Civil el 23 octubre de 2023 respecto de la Ruta Santiago-Lima, en los términos antes indicados.
2. El mismo libelo contenía, además de aspectos específicos a resolver, la petición de que el H. Tribunal “*establezca -si procediere- las condiciones que las empresas afectadas y las autoridades deberán cumplir a este respecto, velando especialmente por que exista un sistema de asignación de frecuencias aéreas que garantice condiciones uniformes, objetivas y no discriminatorias para todos los actores del mercado en la Ruta Santiago-Lima*”¹.
3. Mediante resolución de fecha 2 de octubre de 2023, V.S. dio inicio al presente proceso, con el fin de “*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 D.L. N° 211*”.
4. Si bien la referida licitación finalmente se realizó, dado que V.S. no accedió a las medidas cautelares solicitadas por mi representada e incluso por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (“Conadecus”), **no caben dudas de que el presente asunto no contencioso mantiene plena vigencia en relación las reglas que el mercado relevante de autos debería cumplir respecto de la**

¹ El énfasis en esta y otras citas, es nuestro.

asignación de frecuencias aéreas, sobre todo si se considera que luego se realizó un nuevo proceso licitatorio, en abril de 2024, y que sucesivamente se disponibilizarán otras frecuencias en la ruta Santiago-Lima, con excepción de las frecuencias que no gozan el carácter de “indefinidas”, como son las que en su mayoría detenta la empresa LATAM Airlines Group S.A. (“LATAM”).

5. Cabe reconocer que el H. Tribunal, en su resolución de inicio, estimó que -respecto de la falta de definición de vigencia o plazo que afecta a algunas frecuencias adjudicadas en dicha ruta- “*su revisión requeriría iniciar un expediente de recomendación normativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 N° 4 del Decreto Ley N° 211*”, y si bien no compartimos tal parecer -porque las amplias facultades provistas por dicho DL a V.S. le permiten abordar y resolver dicho problema específico- entendemos que ha circunscrito el ámbito del presente asunto no contencioso **a todos los demás aspectos planteados por JetSMART, de modo que -en definitiva- han debido ser objeto del pronunciamiento de la Resolución Impugnada.**

2. *Principales razones que motivaron la Consulta*

6. Tal como se advirtió en la Consulta y luego se constató en este mismo expediente, finalmente JetSMART perdió -en octubre de 2023- 9 de sus 14 frecuencias en la Ruta Santiago-Lima, pese a que inició el presente proceso con anticipación a esa fecha y solicitó medidas cautelares para evitar tal perjudicial situación.
7. Mi representada fue clara en indicar en su libelo que tal efecto podría producirse frente a un sistema basado únicamente en quién oferta **la mayor suma de dinero** para adjudicarse las frecuencias aéreas, dado que las bases correspondientes no consideraban condiciones que protegieran la libre competencia, de modo que las frecuencias a licitar podrían ser obtenidas por un operador que sólo pretendiese **acapararlas** para dificultar o impedir el desempeño de otros competidores en la señalada ruta, con los consecuentes efectos adversos para el mercado y especialmente para los consumidores.
8. Mi representada fue clara además en poner en evidencia que tanto LATAM como SKY Airlines cuentan con frecuencias asignadas en forma directa y que supuestamente serían de **duración indefinida**, por lo que no tendrían una fecha de vencimiento, situación que -en opinión de JetSMART- también podría ser objeto de un

pronunciamiento expreso por parte de V.S. en el presente asunto no contencioso, de modo de mejorar las condiciones procompetitivas que deberían existir en la Ruta Santiago-Lima.

9. Mi representada, adicionalmente, fue clara en dar cuenta de que la actual interpretación que hace la JAC de la **regla de abandono de frecuencias** prevista en el *Reglamento de Licitación de Frecuencias Aéreas* tampoco permite asegurar el eficiente uso de las frecuencias y facilita el acaparamiento de las mismas, dado que las empresas aéreas pueden cumplir fácilmente con el requerimiento de operar todas sus frecuencias al menos una vez dentro de una semana en cada semestre.
10. H. Tribunal, el riesgo de acaparamiento de frecuencias o de limitación de acceso a las mismas para nuevos entrantes es concreto, dado que -como se anticipó- el reglamento sobre licitación pública para asignar frecuencias internacionales señala que la JAC “*(...) asignará la o las frecuencias disponibles a la empresa que haya ofrecido la mayor suma de dinero por cada una de ellas (...)*”, cuando existan dos o más interesados.
11. En los hechos, el poder económico o capacidad financiera de una aerolínea nacional - unido a una **mayor disposición a pagar de los incumbentes** como consecuencia natural de los **efectos de red** característicos de la industria aeronáutica- es el elemento competitivo más relevante en nuestro sistema de adjudicación de frecuencias aéreas internacionales.
12. De este modo, H. Tribunal, ya era claro al momento de interponer la Consulta de autos que el hecho de que LATAM contase con 44 frecuencias sin plazo de vencimiento y SKY Airlines con 19 con la misma condición, sobre un total de sólo 84 frecuencias, permitía ya en ese momento a dichas empresas efectuar ofertas de mayor valor para adjudicarse frecuencias adicionales en las licitaciones convocadas por la JAC, tal como en definitiva ocurrió en la licitación de octubre de 2023.
13. Lo anterior, en circunstancias que -cada 5 años- JetSMART requiere hacer nuevos e importantes aportes para tratar de mantener sus frecuencias, ya que no cuenta con tal insumo esencial de manera previa y que -bajo el supuesto de que existirían frecuencias indefinidas- le permita evitar el alto costo y riesgo que le significa participar en un

escenario tan desigual e incierto como el descrito, en el que existe una clara distorsión de la competencia.

14. Las empresas que cuentan con frecuencias sin plazo de vencimiento no sólo tienen la ventaja de no tener que ofertar sumas de dinero en cada licitación arriesgando la pérdida de todas sus operaciones en la Ruta, sino que están artificialmente en mejor posición para presentar una oferta económica mayor por las frecuencias adicionales que sí tienen vencimiento y que por lo mismo deben ser licitadas periódicamente, dado que durante años no han debido hacer pago alguno por mantener las frecuencias indefinidas que ya tienen en su poder.
15. Así las cosas, el efecto que produce la existencia de 63 frecuencias asignadas sin fecha de vencimiento, de un total de 84, debería ser una de las materias centrales a ser consideradas por parte de V.S. al momento pronunciarse sobre el presente asunto no contencioso, conforme a las condiciones existentes en la Ruta Santiago-Lima, ya sea decretando directamente medidas correctivas sobre esta materia, o fijando criterios o condiciones procompetitivos sobre los demás asuntos señalados en la Consulta de JetSMART.
16. Por lo demás, cabe reconocer que el carácter de “indefinidas” de ciertas frecuencias no nace de un determinado precepto reglamentario, sino que de una interpretación que hizo la JAC al Reglamento, cuando éste fue modificado para establecer que las frecuencias aéreas pasarían a tener una vigencia de 5 años; ya que ese organismo decidió -de manera errada, en nuestra opinión- que esa vigencia se aplicaría únicamente a las frecuencias que se adjudicasen en el futuro y no a las que ya estaban adjudicadas, lo que otorgó una enorme e injustificada ventaja competitiva a LATAM y SKY Airlines.
17. H. Tribunal, el hecho de que -en el extremo- la asignación de una frecuencia aérea se entienda que tiene una duración indefinida y que, por lo mismo, no estaría sujeta a un determinado plazo de vigencia, significaría que **tal indefinición temporal convertiría a la correspondiente concesión de un recurso escaso y esencial para competir en una ventaja competitiva perpetua**, que nunca tendría fin y al que jamás podrán acceder otros competidores. A nuestro entender, los conceptos “indefinido” y “perpetuo” no son sinónimos y este H. Tribunal tiene suficientes atribuciones para contribuir a su esclarecimiento

18. Por otra parte, es importante reconocer el claro impulso a la intensidad competitiva que el ingreso y presencia de JetSMART ha provocado en esta ruta desde 2017. Tal como consta en autos, dicho hito coincide con una notable reducción de las tarifas y con un aumento de la calidad del servicio, situación que precisamente es la esperable en un escenario de mayor competencia, que es necesario proteger.
19. Es más, hasta antes de la licitación de octubre de 2023, el ingreso de JetSMART a la ruta había generado un notable cambio en las participaciones de mercado, especialmente en el segmento del transporte de pasajeros, ya que el actor dominante en éste detentaba, en el año de la entrada de mi representada, cerca del 69% del *market share*, lo que -medido en número de pasajeros- fue disminuyendo hasta llegar a un 58%.
20. Cabe agregar que, desde su entrada al mercado, JetSMART ha sido insistente en manifestar su interés en participar en la asignación de todas las frecuencias que han sido disponibilizadas por la JAC en la Ruta Santiago-Lima, lo que ratifica el deseo de mantener o aumentar intensidad competitiva que mi representada ha procurado imprimir en esta y otras rutas.
21. Sin embargo, no ha existido hasta la fecha un pronunciamiento respecto de cuáles son las reglas procompetitivas que han de ser aplicadas en los procesos licitatorios que se convoquen al efecto, conforme a las condiciones actuales del mercado, ni sobre qué sucederá con aquellas frecuencias que supuestamente tendrían el carácter de indefinidas.
22. En dicho contexto, el pronunciamiento que V.S. pudiere hacer en estos autos permitiría contar con reglas claras y realistas que tiendan a proteger la intensidad competitiva que la Ruta Santiago-Lima desde siempre ha requerido, sin que existan barreras artificiales que la entrablen.
23. Para ello, resulta imprescindible que todos los interesados puedan participar en igualdad de condiciones en la adjudicación de frecuencias, por tiempos limitados y definidos, de manera tal que se incentive que los incumbentes busquen siempre hacer un uso eficiente de ellas, se impida el acaparamiento de este recurso escaso y esencial, e incluso se fomente la posibilidad de que ingresen nuevos actores al mercado.

24. Cabe hacer presente al H. Tribunal que estas mismas preocupaciones fueron manifestadas por JetSMART Airlines SpA a la Junta de Aeronáutica Civil mediante diversas cartas enviadas especialmente durante el año pasado, todas acompañadas a este expediente, destacando en particular la de 22 de agosto de 2023, en la cual se solicitó a dicha autoridad que diese inicio a un asunto no contencioso ante V.S. y autorizare de manera provisoria continuar en el intertanto nuestras operaciones en la Ruta Santiago-Lima, sin que diese lugar a tal solicitud.
25. Adicionalmente, cabe señalar que el H. Tribunal no analizó este escenario considerando un elemento de hecho que grafica nítidamente los defectos regulatorios e institucionales descritos a lo largo del expediente: las frecuencias adjudicadas a LATAM en la licitación de octubre 2023 prácticamente no fueron utilizadas, según se puede apreciar en el siguiente cuadro:²

Promedio mensual de uso semanal de frecuencias Santiago/Lima – LATAM 2024												
Frecuencias	En	Feb	Mar	Ab	May	Jun	Jul	Ag	Sept	Oct	Nov	Dic
Chilenas	24/56	20/56	17/56	55/56	16/56	29/56	26/56	22/56	25/56	51/56	20/56	33/56
Peruanas	32/40	37/40	40/40	2/40	36/40	22/40	38/40	37/40	36/40	10/40	37/40	24/40

* El número de la izquierda corresponde a la cantidad de frecuencias utilizadas y el número de la derecha al de frecuencias disponibles.

26. Si bien en ciertas semanas de abril y octubre 2024 -temporada baja- LATAM incrementó al máximo el uso de sus frecuencias chilenas, ello no se explica por un alza en la cantidad real de vuelos realizados, ya que, como contrapartida, el uso de sus frecuencias por el lado de su filial peruana se redujo de manera significativa.
27. De este modo, LATAM -sin aumentar la cantidad de sus vuelos Santiago-Lima- ha podido aprovechar la actual aplicación de la normativa en materia de abandono de frecuencias, que le permite utilizar sólo una vez cada 26 semanas todas sus frecuencias.³

² Información elaborada a partir de los datos obtenidos de [Flight Radar](#).

³ Decreto 102 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que reglamenta de licitaciones Públicas para Asignar Frecuencias Internacionales, artículo 7: “Si una empresa chilena no opera regularmente, por un lapso

3. *La Resolución Impugnada reconoció los problemas de competencia señalados por JetSMART*

28. Como se ha anticipado, son diversos los pasajes en que el H. Tribunal constató que efectivamente existen problemas competitivos en la Ruta Santiago-Lima, sin perjuicio de que, en paralelo, V.S. intentó justificar consideraciones en el sentido contrario, las que -según veremos más adelante- contradicen incluso la misma jurisprudencia de los órganos de defensa de la libre competencia en Chile.

29. Entre otros ejemplos de este reconocimiento de problemas de competencia en el mercado relevante de autos, cabe destacar los siguientes pasajes de la Resolución Impugnada:
 - a) En el Considerando 156, el TDLC declara que: “*La información contenida en el expediente y lo descrito por diversos intervenientes en la audiencia pública dan cuenta de que la JAC comparte, en gran medida, las aprensiones formuladas por la Consultante respecto de las mencionadas materias. Por ejemplo, en su aporte de antecedentes señala que se encuentra ejerciendo control sobre el uso de frecuencias y que desde hace varios años ha utilizado el mecanismo de licitación para determinar el número de interesados en las frecuencias licitadas*”.

 - b) En el Considerando 166, el mismo H. Tribunal manifiesta que: “*Respecto a los posibles problemas de competencia señalados por la Consultante y los distintos intervenientes en autos que corresponderían a materias de regulación sectorial, las autoridades administrativas competentes los han identificado y está tomando acciones para solucionarlos (...)*”.

 - c) En el Considerando 143, el TDLC señala -en relación a los efectos de red invocados por la Consultante- que “*no se puede descartar la posibilidad de que estos efectos disminuyan la presión competitiva en los mercados relevantes*”, aunque agrega luego una especie de carga probatoria sobre JetSMART que de modo alguno es acorde con un procedimiento no contencioso como el de autos, en el que el TDLC

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”.

posee plenas facultades para requerir mayores antecedentes que permitan evaluar la importancia de estos efectos en la competencia.

30. Es más, el mismo H. Tribunal reconoce que existen en este mercado problemas respecto del plazo indefinido que tienen algunas frecuencias aéreas asignadas a los principales actores:

“A mayor abundamiento, a pesar de que el objeto de este proceso excluye lo planteado por la Consulta respecto al plazo indefinido de algunas frecuencias chilenas, es relevante señalar que tal tema también está contenido en la propuesta de nuevo reglamento que se ha descrito en los párrafos anteriores y que la propia JAC reconoció que ello constituye un problema (aporte de antecedentes JAC, folio 102, pp. 40-41). Por tanto, el inicio de un nuevo procedimiento de acuerdo con el artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 sería también ineficaz e innecesario si tuviese un alcance más amplio que el de este procedimiento, en línea con la pretensión original de la Consulta” (Consid. 161).

31. Más allá de iniciar o no un procedimiento de recomendación normativa, situación que mi representada no estima incompatible con el presente proceso -conforme a las facultades legales que el TDLC posee-, lo cierto es que a lo menos el H. Tribunal debió haber señalado los criterios y condiciones procompetitivos que las autoridades y actores de este mercado debieran seguir en su actuar, ante la evidente conjunción de problemas que el mismo TDLC reconoció que existen en la Ruta Santiago-Lima.
32. Así le fue claramente solicitado en la Consulta de autos y, sin embargo, V.S. no se pronunció respecto de dicha solicitud expresa de JetSMART.

III. Inconsistencias de la Resolución Impugnada con la jurisprudencia anterior del H. Tribunal y con sus propios considerandos

33. Lo señalado hasta ahora es especialmente grave, si se considera que los intentos desarrollados por el TDLC en su fallo, para abstenerse de aplicar medidas o al menos indicar las condiciones procompetitivas que se debieran seguir en este mercado, son abiertamente inconsistentes con el mérito de la Consulta de autos y, lo que es peor, con

decisiones que el mismo H. Tribunal ha dictado previamente en este mismo mercado, tal como pasamos a reseñar a continuación.

1. *La Resolución Impugnada desconoció el carácter de insumo esencial de las frecuencias aéreas*

34. En el considerando 83° de dicho pronunciamiento, el TDLC señaló que:

“(...) si bien en la ruta Santiago- Lima las frecuencias aéreas son indispensables para el servicio de transporte aéreo, ello no implica que las frecuencias chilenas otorgadas por la JAC sean un insumo esencial, al existir también aquellas otorgadas por la Dirección General de Aeronáutica Civil de Perú”.

35. Ello contradice derechosamente lo señalado por el H. Tribunal a lo largo de su historia, precisamente en relación al mercado aéreo.

36. En efecto, la jurisprudencia recaída en este mercado ha sido clara en establecer que las frecuencias aéreas constituyen un *insumo esencial* para la provisión de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga⁴. Concretamente, en la **Sentencia N° 44-2006** de V.S. se señala expresamente lo siguiente, haciendo incluso un símil con el mercado de las telecomunicaciones:

“Tercero: Que, según lo dispuesto en el artículo 1° del citado Decreto Supremo N° 102, se entiende por frecuencia “la operación regular de un vuelo semanal en una ruta determinada”. Muchas de estas frecuencias están restringidas y deben obtenerse por medio de negociaciones con el Estado contraparte. Incluso, en algunos casos no hay frecuencias disponibles.

*“Así, la frecuencia es un **insumo esencial** para que las aerolíneas chilenas puedan efectuar la provisión de servicios de transporte aéreo de pasajeros o de carga hacia y desde el exterior. **Esta situación es similar al de telefonía móvil y al de***

⁴ En términos sencillos, un insumo esencial consiste en una “*instalación o infraestructura necesaria para llegar a los clientes y/o permitir a los competidores ejercer su actividad empresarial. Una instalación es esencial si su duplicación es imposible o sumamente difícil debido a obstáculos físicos, geográficos, legales o económicos*”. Dirección General de Competencia de la Unión Europea, Glosario de la política comunitaria de competencia. 2003.

radiodifusión, en la que los prestadores del servicio requieren de un insumo esencial como es el espectro radioeléctrico ”.

37. En un sentido similar, el H. Tribunal ha señalado además en su **Resolución N° 37-2011** que los derechos de vuelo o frecuencias restringidas constituyen barreras a la entrada a este mercado -particularmente, de carácter legal o normativo-, lo que refuerza el hecho de que contar con frecuencias en una ruta que carezca de cielos abiertos es esencial para que exista competencia en ella y que, por el contrario, su concentración en actores dominantes podría perjudicar el proceso competitivo en este mercado.
38. En dicho contexto, resulta muy relevante identificar y luego tener presentes los principios que debieran regir el actuar de la JAC en la realización de los próximos procesos licitatorios que pudiere efectuar sobre esta misma materia, considerando al efecto no sólo la normativa que le es aplicable de manera directa, sino también los preceptos legales, constitucionales y jurisprudenciales vigentes en materia de libre competencia.
39. La Resolución Impugnada es muy desafortunada a este respecto, al desconocer los mismos criterios señalados por el H. Tribunal con anterioridad, para efectos de basar la no intervención del TDLC en el mercado relevante de autos, en circunstancias que V.S. ha debido fijar los criterios procompetitivos que tanto las autoridades como los competidores en dicho mercado deben cumplir ante las distorsiones competitivas detectadas.
40. A mayor abundamiento, cabe precisar que *incluso en el extremo que se considere que las frecuencias peruanas son sustitutas de las frecuencias chilenas, ello de modo alguno descarta el carácter de insumo esencial de las frecuencias aéreas en la Ruta Santiago-Lima*, dado que tal discusión sólo implicaría aumentar o reducir el número vigente de frecuencias aéreas restringidas, pero de modo alguno desvirtúa su calidad de imprescindibles e irrepliables por parte de competidores que no cuenten con ellas.

2. *La Resolución Impugnada estableció una supuesta sustituibilidad entre las frecuencias otorgadas por las autoridades de ambos países, desconociendo que una aerolínea chilena no puede acceder a frecuencias peruanas*

41. H. Tribunal, a diferencia de lo señalado en la Resolución Impugnada, cualquier autoridad o actor del mercado sabe que los derechos de tráfico otorgados por la autoridad peruana sobre la ruta Lima-Santiago, no son sustitutos de los otorgados por la autoridad chilena para la ruta Santiago-Lima.

42. Una de las principales razones de esto es el hecho de que -regulatoriamente- **las aerolíneas chilenas no pueden acceder a derechos de tráfico peruanos**, lo cual obliga a constituir una aerolínea en Perú, con los enormes costos que ello lleva asociados.

43. En términos muy sencillos, el proceso de establecer una aerolínea en el Perú no es algo simple ni inmediato, dado que toma aproximadamente 18 meses desde que se constituye la entidad respectiva hasta que se obtiene el Certificado de Operador Aéreo (“AOC”), requiriéndose durante este período una serie de pasos complejos, que involucran la contratación de expertos locales, asesores legales y contables, equipos de cumplimiento normativo y tripulaciones. Además, existen costos asociados a constituir la entidad conforme a la normativa peruana, abrir y operar cuentas bancarias, registro e internación de aeronaves, seguros, vuelos de demostración, instrucción a tripulaciones, ventas y marketing, entre otros. Según nuestra experiencia, una estimación muy conservadora de tales costos debiera bordear los USD 2 millones.

44. Desde un punto de vista legal, cabe recordar primero que, en el mundo, los derechos de tráfico aéreo se determinan principalmente por Convenios Bilaterales o Multilaterales. Tratándose de Perú, los derechos de tráfico se otorgan además en virtud de diferentes consideraciones legales, económicas y sociales⁵.

⁵ Así, de acuerdo a la Ley de Aeronáutica Civil peruana (Ley N° 27.261):

“Artículo 98º.- De los criterios para el otorgamiento de derechos aerocomerciales En el otorgamiento de Permisos de Operación para prestar el servicio de transporte aéreo internacional, la Dirección General de Aeronáutica Civil tendrá en cuenta los siguientes criterios:

*a) Que se asegure a los transportadores aéreos **nacionales** el libre ejercicio de los derechos de sobrevuelo y de aterrizaje técnico sin fines comerciales (Primera y Segunda Libertad del Aire);*

45. Ahora bien, respecto al marco jurídico que enmarca las relaciones aeronáuticas entre Chile y Perú, como es sabido, desde hace muchos años se predeterminó el número de frecuencias y rutas troncales, excluyéndose taxativamente los derechos de tráfico de 8va. Libertad (cabotaje para empresas extranjeras). Este es un estándar característico del Perú, en cuanto se trata de una actividad comercial que no está autorizada a ninguna aerolínea extranjera en dicho país. En tal sentido, si una empresa desea utilizar derechos de tráfico nacional, debe constituir una entidad peruana y mantener el control real y efectivo en empresas peruanas, para que el Estado les otorgue la posibilidad de operar dentro del país. Lo mismo sucede para el otorgamiento de derechos de tráfico internacional desde el Perú hacia otros países⁶.

b) Que la demanda de transporte aéreo entre el territorio peruano y el de un determinado país se atienda, en lo posible, con transportadores de ambos países, sujetándose la capacidad que se autorice, a razones de interés público y, supletoriamente, a las necesidades presentes y futuras de los tráficos embarcados en el territorio peruano que sean desembarcados en aquel país o viceversa (Tercera y Cuarta Libertad del Aire). El mismo criterio se aplicará respecto de los tráficos que realice todo transportador extranjero desde terceros países a la República del Perú y viceversa (Quinta Libertad del Aire);

c) Que los tráficos regionales y fronterizos sean, en lo posible, atendidos por transportadores peruanos y del país de que se trate, de conformidad con los instrumentos internacionales. Asimismo se podrá establecer un régimen especial en caso sea necesario;

d) Que el otorgamiento de todo derecho aerocomercial a un transportador extranjero se sujeté a lo establecido en los acuerdos, convenios o instrumentos internacionales, o en ausencia de éstos se condicione a la equitativa reciprocidad o a una compensación económica equivalente para la República del Perú, y e) Que se promueva la consolidación, la continuidad y el desarrollo de los servicios de transporte aéreo, en beneficio y seguridad de los usuarios”.

“Artículo 99º.- Del otorgamiento de rutas, frecuencias y derechos aerocomerciales internacionales

99.1 El otorgamiento de rutas, frecuencias o derechos aerocomerciales que corresponden al Estado Peruano se realizará, a criterio de la Dirección General de Aeronáutica Civil, mediante asignación directa, distribución proporcional o concurso público, de acuerdo a las condiciones que establezca la reglamentación respectiva. En el caso de que los derechos aerocomerciales, rutas y frecuencias existentes sean menores a los que soliciten 2 (dos) o más empresas aéreas, éstos se asignarán mediante concurso público, de acuerdo a las condiciones y procedimientos que fije la reglamentación.

99.2 Las personas jurídicas peruanas que requieran de un Permiso de Operación Internacional para efectuar el servicio de transporte aéreo regular de pasajeros, carga y correo deberán estar explotando un servicio similar de transporte aéreo nacional”.

⁶ Al efecto, el artículo 79 de la Ley de Aeronáutica Civil del Perú establece:

“Artículo 79º.- De la Aviación Comercial Nacional

79.1 La Aviación Comercial Nacional está reservada a personas naturales y jurídicas peruanas.

46. Los plazos para establecer una aerolínea peruana y obtener un Permiso de Operación Regular Nacional e Internacional suelen alargarse, si se considera que en Perú no se otorga el permiso internacional si no ha operado antes el nacional. Los requisitos para tales efectos son múltiples, pero básicamente dicen relación con acreditar capacidad legal, técnica y financiera⁷.
47. Siendo aún más específicos, para que una aerolínea pueda operar en el Perú debe obtener primero la Autorización Administrativa con los derechos y rutas (Permiso de Operación) y certificarse operacionalmente, lo que incluye 5 etapas en las que se debe cumplir con los requisitos definidos por la autoridad aeronáutica peruana⁸.
48. Lo descrito muy sucintamente pone en evidencia la absoluta improcedencia económica y práctica de estimar que las frecuencias peruanas y chilenas son sustitutas entre sí, dado que -en esta materia- la Resolución Impugnada hace caso omiso tanto de los trámites, como de los plazos y requisitos que implica operar en un país y otro, y en especial respecto de las condiciones de entrada suficiente y oportuna para que ingresen más competidores en cada uno de dichos mercados, los que en definitiva exigen la existencia de empresas distintas, con sus propias autorizaciones, certificaciones, regulaciones y frecuencias.

79.2 Se considera persona jurídica peruana a aquella que cumple con los siguientes requisitos dentro de su constitución societaria:

- a) Tener establecido su domicilio principal en el territorio de la República;*
- b) Por lo menos la mitad más uno de los directores, gerentes y personas que tengan a su cargo el control y dirección de la sociedad deben ser de nacionalidad peruana o tener domicilio permanente en el Perú, y*
- c) La propiedad de la persona jurídica deberá ser sustancialmente nacional. Por lo menos un 51% (cincuenta y uno por ciento) del capital social de la empresa debe ser de propiedad peruana y estar bajo el control real y efectivo de accionistas o socios de nacionalidad peruana con domicilio permanente en el Perú. La reglamentación deberá establecer el plazo de vigencia de esta limitación”.*

⁷ El detalle del cumplimiento de estos aspectos están contenidos en las Regulaciones Aeronáuticas del Perú (RAP) N° 121: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6732899/320365-rap-121-rev-16-17-18-20-original-rd-n-031-2004-mtc-12-rd-n-052-2006-mtc-12-rd-n-068-2006-mtc-12-rd-n-004-2007-mtc-12-rd-n-172-2007-mtc-12-historico.pdf?v=1722640047>.

⁸ Véase al efecto en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6114121/5405719-capitulo-2-proceso-de-certificacion-de-explotadores-aereos%282%29.pdf?v=1718808611>.

3. *La Resolución Impugnada estableció una supuesta sustituibilidad entre las frecuencias otorgadas por la autoridades de ambos países, desconociendo además las serias barreras operativas, logísticas y comerciales que implican para una aerolínea peruana (titular de frecuencias peruanas) competir en igualdad de condiciones con un aerolínea chilena (titular de frecuencias chilenas) en la ruta Santiago Lima.*
49. La Resolución del TDLC, además, yerra al establecer, en su considerando 137, una especie de innovación en la definición del mercado relevante al involucrar dentro de un mismo análisis tanto las frecuencias otorgadas por la JAC en Chile como aquellas que otorga su par en el Perú.
50. En efecto, el pronunciamiento en comento expresa que:

“(...) los antecedentes acompañados al expediente dan cuenta de que el riesgo de acaparamiento de frecuencias chilenas sería bajo, atendido que existe un sustituto cercano con las frecuencias peruanas, que han permitido la continua operación de la ruta Santiago-Lima por parte de JetSMART luego de la pérdida del 64% de sus frecuencias chilenas en 2023”.

51. Agrega el Considerando 77 del fallo que:

*“Así, la sola enunciación acerca de que el uso de una u otra frecuencia conlleve ciertos desafíos logísticos no es por sí mismo argumento suficiente para desestimar el hecho de que las aerolíneas pueden desenvolverse en el mercado aguas abajo con ambos tipos de frecuencias. Para desvirtuar lo anterior, sería necesario demostrar que los mencionados desafíos logísticos implican costos u otras condiciones que lleven a una imposibilidad de competir —o al menos una **posición competitiva sustancialmente desmejorada**— en el mercado aguas abajo, respecto de lo cual no existen antecedentes en el expediente”.*

52. Pues bien, a lo largo del expediente se ha demostrado que el principal motivo por los que las frecuencias peruanas no puedan ser consideradas como equivalentes a las otorgadas por la JAC en Chile, es la serie de razones operativas, logísticas y comerciales, que impiden a sus titulares -operadores peruanos como JetSMART Perú-

competir en igualdad de condiciones con operadores chilenos como LATAM Chile y SKY Chile, lo que ha sido completamente ignorado por V.S.

53. Dentro de estas razones, cabe destacar tres de las más relevantes invocadas a lo largo de este expediente: (i) las ineficiencias y costos derivados del uso de frecuencias peruanas, (ii) la pérdida que sufrió JetSMART Chile de sus *slots* en el aeropuerto Jorge Chávez de Lima, y (iii) las barreras artificiales para desarrollar un *hub* o centro de conexiones en Lima.
 - a) *Ineficiencias en el uso de tripulación y costos de pernoche son relevantes e implican una afectación competitiva injusta y artificial para la operación de JetSMART en la ruta Santiago-Lima*
54. A lo largo del expediente se ha demostrado que uno de los principales motivos por los que las frecuencias peruanas no son equivalentes a las otorgadas por la Junta de Aeronáutica Civil en Chile, es el impacto económico para JetSMART derivado de los costos de pernoche y de las ineficiencias en el uso de las tripulaciones.
55. En efecto, la necesidad de operar vuelos desde Santiago en horarios matutinos, utilizando frecuencias peruanas, operadas por JetSMART Perú, genera -a lo menos- los siguientes costos adicionales:
 - a. **Incremento en el uso de la tripulación y contratación de personal adicional:** Regulatoriamente, los vuelos operados por JetSMART Perú bajo frecuencias peruanas tienen que emplear tripulación peruana⁹, de modo que los vuelos programados desde Santiago a Lima en horarios matutinos diarios -que son de alto valor comercial- requieren que la tripulación peruana haya llegado a Santiago el día anterior, a fin de que esté disponible y descansada, y se dé cumplimiento con las normas sobre tiempo de descanso aplicables. Lo anterior, por tanto, hace necesario contratar y desplegar personal adicional de

⁹ Esta dificultad se sustenta en los artículos **75** de la [Ley de Aeronáutica Civil peruana](#) (Ley N° 27.261) y **147** del [Reglamento de la Ley de Aeronáutica Civil](#), que establecen que **solo se puede contratar personal extranjero no residente en casos excepcionales** y por un plazo máximo de **seis meses**, prorrogables bajo ciertas condiciones, siempre y cuando no se afecte el empleo de personal aeronáutico peruano. Asimismo, la Regulación Aeronáutica Peruana - [RAP 61](#) requiere requisitos adicionales para obtener y convalidar dicha licencia en Perú. Además, el [Decreto Legislativo N° 689](#) limita la contratación de personal extranjero en Perú, mientras que la Decisión N° 545 de la Comunidad Andina de Naciones permite excepciones bajo rigurosas excepciones.

nacionalidad peruana, lo que incrementa considerablemente los costos operativos y logísticos de JetSMART¹⁰.

- b. **Uso de un avión adicional.** Al intentar operar con frecuencias peruanas desde Santiago en horarios matutinos, se requiere que un avión de JetSMART Perú pernocte en Santiago. Este avión sólo puede operar rutas con frecuencias peruanas y debe retornar a Perú, limitando significativamente su utilización durante el día. Por lo tanto, se necesita destinar un avión adicional de la flota de JetSMART Perú que, al tener restricciones operativas por las frecuencias asignadas, no puede maximizar su utilización como lo haría un avión de JetSMART Chile. Esto resulta en mayores costos por hora de vuelo al distribuir los costos fijos entre menos horas de operación efectiva.
- c. **Pago por estacionamiento nocturno en el aeropuerto de Santiago:** Para garantizar la salida temprana de un vuelo de Santiago a Lima, es necesario que la aeronave de JetSMART Perú pernocte en el aeropuerto de Santiago. En algunos casos, esto conlleva costos adicionales para JetSMART por el estacionamiento nocturno de la aeronave, haciendo más onerosa la operación en esta ruta también por este concepto.
- d. **Gastos en viáticos y hospedaje de la tripulación peruana:** La necesidad de mantener las salidas desde Santiago hacia Lima implica también costos adicionales relacionados con el alojamiento en Chile y viáticos de la tripulación de nacionalidad peruana. Estos gastos no solo incrementan los costos operativos directos, sino que también añaden complejidad logística a la gestión del personal, afectando la eficiencia general de las operaciones a partir de prestaciones laborales y regulatorias adicionales a las que corresponden al uso de frecuencias chilenas.
- e. **Impacto en la eficiencia operativa:** Operar vuelos desde Santiago en horarios matutinos, con un avión de JetSMART Perú, obliga además a la operación en horarios de baja rentabilidad, en atención a que el avión de JetSMART Perú que viajó a Chile no estará disponible para otros vuelos en horarios de alta rentabilidad. La necesidad de ajustar las operaciones a franjas

¹⁰ En cambio, si ese vuelo matutino es operado por JetSMART Chile, con frecuencias chilenas, sería la misma tripulación la que haría el vuelo de regreso de Lima a Santiago, logrando así una mayor eficiencia.

horarias que no son las más atractivas para los consumidores, redundan en una utilización ineficiente de la flota y afecta la capacidad de ofrecer conexiones convenientes a los pasajeros. Además, como ya hemos dicho, lo anterior también puede resultar en tiempos de inactividad prolongados para las aeronaves y tripulaciones, lo que disminuye la eficiencia operativa global de la aerolínea.

b) *Impacto de la pérdida de frecuencias chilenas en la asignación de slots en Lima*

56. Para entender cómo la pérdida de frecuencias chilenas en la ruta Santiago-Lima llevó consecuencialmente a JetSMART Chile a perder a su vez 9 *slots* en el aeropuerto Jorge Chávez de Lima, es fundamental comprender cómo se asignan y cómo se declara el abandono de los *slots* en dicho aeropuerto¹¹, factor que también demuestra que las frecuencias otorgadas por la autoridad peruana no son equivalentes a las chilenas.
57. La obtención de *slots* en el aeropuerto de Lima es un proceso regulado por la Norma Técnica Complementaria N° 001-2022 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Perú (la "Norma Técnica peruana")¹², que se estructura en base a dos temporadas: verano (abril-octubre) e invierno (noviembre-marzo).
58. Los criterios de asignación de *slots* de la Norma Técnica peruana son los siguientes:
 - a. Slots históricos: Son aquellos *slots* del aeropuerto Jorge Chávez que han sido utilizados por las aerolíneas durante la temporada anterior. Sobre ellos recae la prioridad en la correspondiente asignación. Para conservarlos, es necesario haber cumplido en la con la norma "úselo o piérdalo"¹³, que exige un uso mínimo del 80% en la temporada anterior.
 - b. Fondo de reserva de slots: Una vez asignados los *slots* históricos, el

¹¹ Los *slots* corresponden a las ranuras de tiempo o franjas horarias que permiten el despegue o aterrizaje de un avión, en un aeropuerto de alto tráfico.

¹² Disponible en el siguiente link: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3631960/%20Texto%20de%20NTC.pdf?v=1663252478>.

¹³ Acápite 10.7.6.

Coordinador¹⁴ establece un fondo de reserva con los *slots* disponibles que queden. Este fondo se destina a nuevos entrantes y a solicitudes de *slots* adicionales o a cambios que impacten los parámetros de coordinación. El 50% del fondo debe ser asignado a nuevos entrantes, y el 50% restante a los no nuevos entrantes, salvo que las solicitudes de cualquiera de estos grupos sean menores.

- c. Nuevos entrantes: Los nuevos entrantes tienen prioridad en la asignación de los *slots* del fondo de reserva. En términos simples, un nuevo entrante es definido como una aerolínea que no ha operado previamente en el aeropuerto, o que tiene una participación muy reducida.
 - d. Prolongación de operaciones: Dentro de cada categoría (nuevos entrantes, aerolíneas preexistentes y cambios en *slots* históricos), se da prioridad a las solicitudes que busquen prolongar una operación existente de temporada para convertirla en una operación anual.
59. En el caso específico de JetSMART Chile, hasta octubre 2023 la aerolínea operaba la ruta Santiago-Lima con frecuencias chilenas y sus correspondientes *slots* en el aeropuerto Jorge Chávez. Estos *slots* habían adquirido la condición de históricos tras ser utilizados regularmente por JetSMART Chile.
60. Por lo mismo, la pérdida de frecuencias chilenas por parte de JetSMART Chile en la ruta Santiago-Lima afectó directamente los *slots* históricos que la empresa tenía en el aeropuerto de Lima, ya que al dejar de operar en la ruta se le aplicó la regla "úselo o piérdalo".
61. Es importante destacar además que la Norma Técnica peruana prohíbe la cesión o transferencia de *slots* entre aerolíneas, aunque sean relacionadas, lo que impidió que JetSMART Perú pudiera aprovechar esos *slots*¹⁵ o destinarlos en favor de otra empresa del grupo o de un tercero.

¹⁴ Definido en la Norma como la “*persona u organización responsable de la asignación de slots en un aeropuerto de Nivel 3*”.

¹⁵ Acápite 10.7.12.

62. Así las cosas, es imprescindible tener presente que el vínculo intrínseco entre el *slot* del aeropuerto Jorge Chávez y la respectiva aerolínea titular, impide el ejercicio de los derechos de tráfico chilenos en el aeropuerto más importante de Perú, por lo que estamos ante una verdadera barrera de entrada y no con “costos de transición” como señala la Resolución Impugnada en su Considerando 81¹⁶.
- c) *Las barreras artificiales para establecer un hub en Lima y su impacto en otras rutas*
63. Por otro lado, contar con frecuencias chilenas, además de peruanas, es fundamental no sólo para el desarrollo eficiente de la ruta Santiago-Lima, sino también para otras rutas donde Lima desempeñe un papel central como *hub* o centro de conexiones.
64. Las frecuencias chilenas permiten programar vuelos que parten de Chile en horarios estratégicos, por ejemplo, llegando a Lima a primeras horas del día. En este caso, llegar temprano a Lima es crucial para facilitar conexiones eficientes hacia otros destinos. En contraste, las frecuencias peruanas, al operar en la dirección opuesta, no ofrecen la misma flexibilidad horaria para aprovechar el *hub* de Lima con pasajeros provenientes de Chile en las franjas horarias más convenientes.
65. Para concretar un proyecto de esta naturaleza, es necesario contar con una amplia disponibilidad de rutas y flexibilidad horaria, de modo de sincronizar los vuelos que entran y salen del aeropuerto de Lima, optimizando las conexiones.
66. Por ejemplo, para desarrollar una ruta como Concepción-Cuzco, el itinerario del vuelo sería: Concepción-Santiago-Lima-Cuzco. Esto requiere una gran flexibilidad horaria y la capacidad de operar vuelos que lleguen temprano a Lima, lo que resulta ineficiente operacionalmente bajo el régimen vigente de asignación de frecuencias.
67. De este modo, un eventual *hub* en Lima no podría ser “abastecido” -en las mismas condiciones- con pasajeros provenientes de Chile en franjas horarias estratégicas, de

¹⁶ En concreto, el referido considerando señala, erradamente, que: “*A mayor abundamiento, varios de los costos logísticos señalados por JetSmart —en particular su alegación respecto a la pérdida de slots— serían costos de transición y no necesariamente diferencias de costos inherentes a operar con frecuencias chilenas o peruanas (...)*”.

alto valor comercial, lo que impediría alcanzar el volumen de usuarios necesario para su sostenibilidad financiera.

68. Así es como las barreras artificiales del proceso de adjudicación de frecuencias chilenas no solo dificultan el desarrollo de la ruta Santiago-Lima, sino que su impacto negativo puede crecer exponencialmente hacia otras rutas.
69. De este modo, resulta absolutamente forzado intentar sostener que la operación de las frecuencias peruanas pueda sustituir de manera viable la operación de las frecuencias chilenas.

d) *Otras consideraciones relevantes*

70. El Considerando 134 recogió, además, una interpretación esgrimida por la empresa LATAM mediante un escrito rolante a fojas 227, en el sentido de contextualizar erradamente una entrevista que el CEO de JetSMART, don Estuardo Ortiz, dio al diario El Mercurio de Santiago con fecha 10 de diciembre de 2023.
71. En efecto, las palabras del Sr. Ortiz dan cuenta de una clara crítica a las deficiencias regulatorias del sistema de asignación de frecuencias imperante en Chile, de manera consistente con todo lo que ha sido expuesto y aportado por JetSMART en este asunto no contencioso.
72. Además, las referencias hechas en relación al impacto que habría tenido la licitación de octubre de 2023, a dos meses de sucedida ésta, **tuvieron por objeto primordial transmitir certeza y seguridad a los clientes de JetSMART** que tenían pasajes comprados para esta ruta, en el sentido de que los viajes continuarían realizándose de acuerdo a su itinerario original, en virtud de autorizaciones extraordinarias concedidas por las autoridades aeronáuticas de ambos países (expresamente reconocidas por LATAM en este expediente, aunque extrañamente desconocidas por LATAM Perú ante el INDECOPI)¹⁷.

¹⁷ A menos de un mes de la licitación de octubre de 2023, LATAM Perú denunció inexplicablemente a JetSMART ante el INDECOPI por una supuesta infracción de competencia desleal por operar en la ruta Santiago - Lima sin contar con derechos de tráfico, acusándola gravemente de engañar a los consumidores y al mercado, tras la licitación llevada a cabo en octubre 2023. Sin embargo, JetSMART Chile contaba con permisos especiales y transitorios otorgados por las autoridades aeronáuticas de ambos países, lo cual **era públicamente conocido por LATAM Chile**, como se desprende con claridad de su presentación de fojas 83, página 23.

73. No cabe duda entonces de que LATAM -y también la Resolución Impugnada- sacó de contexto dichas declaraciones, tal como evidencia la sola lectura de la referida entrevista, en la que el CEO de JetSMART señaló con claridad que:
- (i) *"...A pesar de la pérdida de rutas para el tramo Santiago-Lima, JetSmart tiene derechos de tráfico para operar ese trayecto desde Perú, por lo tanto, esto no tiene ningún impacto en el negocio. Las podemos operar todas desde Perú, hubiéramos preferido tener rutas desde Chile, pero no a cualquier costo. La lástima es que se perdió esa aeronave y cientos de empleos, porque en vez de estar basado en Chile, estará basado en Perú..."*¹⁸.
 - (ii) *"...Hay frecuencias asignadas a operadores chilenos que no vencen nunca, y otras que sí vencen. Las nuestras todas vencen. La pregunta es por qué existe una diferencia en los derechos de tráfico..."*.
74. Especial énfasis dio el CEO de JetSMART en esa entrevista al hecho de que "...el mecanismo para asignarlas [las frecuencias aéreas en esta ruta] es en base a quién pague más. Sin ninguna otra consideración", agregando que:
- (i) *"...el precio de mercado, de lo que nosotros pagamos en su momento por la licitación, está entre \$30 millones y \$40 millones por frecuencia. Y en esta licitación otros operadores pagaron \$300 millones por frecuencia..."*.
 - (ii) *"...Como inversionistas extranjeros nos interesa que se tomen en cuenta normativas de competencia. Y no solamente se le venda al que pague más..."*.
 - (iii) *"...la regulación debe ir al servicio de los consumidores, y no de alguna u otra aerolínea. Y eso significa igualdad de condiciones y no discriminación entre operadores..."*.

¹⁸ Una de las aeronaves de JetSMART, antes basada en Chile, tuvo que ser trasladada a Perú en enero de 2024, debido a la pérdida de las 9 frecuencias chilenas.

75. A tal interpretación errada de V.S. se agrega el hecho de que el H. Tribunal supone que JetSMART Chile es una misma empresa con JetSMART Perú, en circunstancias que cada una se rige por regulaciones distintas y debe obtener asignaciones de frecuencias por separado, las que no necesariamente son simétricas ni equivalentes a las que pudiere obtener en otro país, lo que no hace sino reforzar la equivocada apreciación de la realidad que ha hecho el TDLC en la Resolución Impugnada.
76. Por último, no está de más señalar que -en los hechos- poder operar todas las frecuencias peruanas de modo alguno significa poder operarlas en los horarios que sean más atractivos para los consumidores, que es precisamente el problema que se produjo por la pérdida de las frecuencias chilenas en el caso de mi representada.
4. *La Resolución Impugnada yerra además en señalar que no se habrían acreditado efectos de red en la tenencia de un alto volumen de frecuencias*
77. El Considerando 143 del fallo del TDLC señala que: “*Sin perjuicio de que es verosímil que existan efectos de red como los descritos en los párrafos precedentes, la Consultante no aportó antecedentes concretos que permitan evaluar la importancia de estos en la competencia en los mercados relevantes definidos en la sección anterior*”.
78. Nada más alejado de la realidad del caso, sobre todo si se consideran, por ejemplo, las conclusiones a las que arriba el informe económico elaborado por la empresa consultora Alfa Centauro, que rola a **folio 119¹⁹** y que ratifica fundadamente las preocupaciones manifestadas por JetSMART. Además, **los efectos de red han sido reconocidos reiteradamente por la jurisprudencia del H. Tribunal como un factor que podría afectar la entrada de competidores a este mercado.**
79. Así, en la **Resolución N° 37** de 2011, el H. Tribunal señaló, a propósito de la operación de concentración entre las empresas LAN y TAM, lo siguiente:

“50. (...) el mercado relevante de producto en la consulta de autos no sólo se define por un determinado par Origen-Destino, sino que también está condicionado por **efectos de red**, los que adquieran distintos grados de

¹⁹ Individualizado en la Resolución Impugnada como “**Informe Alfa Centauro**”.

importancia según cuál sea el tipo de consumidor, esto es, consumidores más sensibles al tiempo, por un lado, y consumidores más sensibles al precio, por otro”.

“63. Hay coincidencia entonces, entre las principales agencias de protección de la competencia, en el hecho de que, aun adoptando un análisis simplificado de pares de origen y destino para determinar el mercado relevante en una operación de concentración, no es correcto abstraerse de la característica de industria de red que tiene la aviación comercial al momento de analizar la potencial entrada de competidores ante eventuales conductas anticompetitivas de los incumbentes”.

80. Además, en su considerando 51, la **Resolución N° 37** precisa que los *efectos de red en las decisiones del consumidor* son:

*“(...) más importantes para el segmento de consumidores que son más sensibles al tiempo, en el que predominan viajeros de negocios que suelen requerir muchas veces coordinar varios destinos, incluso en un mismo viaje, y contar con flexibilidad para cambiar sus horarios de viaje. Así, respecto de estos últimos, la densidad de la red –esto es, la cantidad de vuelos diarios en cada ruta y sus respectivas conexiones- ofrece ventajas que serán **difícilmente replicables por aerolíneas con redes de menor densidad**. Es decir, la densidad de la red en oferta juega un rol preponderante como medida de calidad de servicio en esta industria”.*

81. Las referidas circunstancias de mercado han debido ser relevantes al momento de resolver V.S. el presente asunto no contencioso, dado que -al menos en la ruta entre Santiago y Lima- existen claros riesgos anticompetitivos producto del eventual aumento de frecuencias asignadas a los incumbentes que ya son dominantes en ese mercado, lo que ha generado un claro aumento del grado de concentración de este mercado y riesgos concretos de exclusión en contra de actuales actores que poseen una menor participación de mercado y de desincentivos para que ingresen nuevos actores a dicho mercado.
82. Sin embargo, la Resolución Impugnada hizo caso omiso de este problema, en circunstancias que -a lo menos- ha debido establecer las condiciones que debieran

cumplir tanto las autoridades como las empresas que forman parte del mercado relevante objeto del presente asunto no contencioso.

83. A mayor abundamiento, **el H. Tribunal ha contradicho sus propios criterios relativos a que los efectos de red conllevan una mayor disposición a pagar para los incumbentes en un sistema de asignación como el actual**, lo cual es parte muy relevante de los defectos del mercado, en perjuicio de empresas pequeñas y nuevos entrantes.
84. Así, en la **Sentencia N° 44-2006**, V.S. fue muy clara en sostener lo siguiente:

“Vigésimo segundo: Que, en términos generales, la industria aeronáutica puede ser descrita como un sistema de rutas que conectan los aeropuertos en distintas ciudades dentro del país y con el resto del mundo. La característica principal de este tipo de industrias es que los ingresos y los costos de transportar pasajeros y/o carga en las diferentes rutas son interdependientes, y esto como resultado de la presencia de economías de densidad, de escala y de ámbito”;

“Vigésimo quinto: Que, en general, las economías precedentemente descritas determinan el número de competidores que pueden operar una ruta específica (mediante la comparación de la escala mínima eficiente con la demanda de mercado). A su vez, las economías de densidad y de ámbito generan incentivos a las aerolíneas para fusionarse y realizar alianzas conjuntas con otras aerolíneas, de manera de aumentar el número de rutas y de frecuencias por ruta ofrecidas. En esta situación, la entrada de una empresa pequeña con un número bajo de rutas y frecuencias es improbable, dado que se requiere la oferta de un rango amplio de rutas y frecuencias de una sola vez, en particular, para los destinos más demandados;

“Trigésimo sexto: Que, en relación con lo expresado precedentemente, sin entrar aún en consideraciones de costos, este Tribunal es de la convicción que el acervo de frecuencias restringidas disponible para una aerolínea afecta directamente la disposición a pagar de la misma por una frecuencia adicional en una licitación. Por ejemplo, un vuelo que se origina en Santiago y puede recoger pasajeros en Sao Paulo para luego seguir con destino

Madrid, enfrentará una demanda conjunta más alta y, por lo tanto, será más rentable que un vuelo que se inicie en Santiago con destino directo Madrid. Así, al licitarse una frecuencia a Madrid, la línea aérea que tenga frecuencia a Brasil, con derechos de 5^a y 6^a libertades, enfrentará una demanda conjunta más alta y, por tanto, tendrá una mayor disposición a pagar por la frecuencia licitada;

“Como resultado de las asignaciones pasadas en forma directa o vía licitación, y de la fusión Lan-Ladeco, Lan Chile posee actualmente el 87,5% de las frecuencias internacionales restringidas asignadas y el 100% de las frecuencias internacionales restringidas en uso, además casi en su totalidad de duración indefinida. En la instancia que se requiera realizar ofertas monetarias, la disposición a pagar de esta aerolínea por una nueva frecuencia será mayor que la de una empresa entrante que carezca de tal acervo de frecuencias restringidas, incluso en el caso de una aerolínea entrante con similar capacidad financiera a la de LAN;

“Vigésimo sexto: Que, además de las economías descritas en los considerandos precedentes, existen otros factores que tienden a aumentar el poder de mercado de las empresas establecidas y que, por tanto, afectan su disposición a pagar por una frecuencia adicional, como son la presencia dominante de una aerolínea en el aeropuerto de una ciudad, los programas de pasajeros frecuentes, la propiedad de los sistemas computacionales de reserva, la participación en la propiedad de los aeropuertos y las alianzas entre aerolíneas”.

85. En dicho contexto tan claro y evidente, no se entiende por qué motivos la Resolución Impugnada ha sido tan diametralmente lejana a lo que el mismo H. Tribunal ya había resuelto en relación a esta industria.
5. *La Resolución Impugnada yerra también en señalar que existe una supuesta competitividad del mercado, con base en comportamientos de LATAM en las licitaciones recientes.*

86. Entre sus distintas consideraciones, la Resolución Impugnada llega a sostener que el comportamiento de los actores del mercado en las más recientes licitaciones demostraría que se trata de un mercado competitivo.
87. Así, por ejemplo, en el Considerando 135, el H. Tribunal destaca que en la última licitación de la JAC realizada el 25 de abril de 2024, “*se licitaron dos frecuencias aéreas previamente declaradas abandonadas respecto de SKY. Ambas se asignaron a JetSmart, con ofertas de LATAM sustancialmente menores a las de la Licitación que tuvo lugar en octubre de 2023, conducta inconsistente con un posible acaparamiento*”.
88. En un sentido similar, el Considerando 136 agrega que: “*incluso durante la misma Licitación en consulta las ofertas de LATAM fueron a la baja en su monto. Así, luego de adjudicarse la décima frecuencia en tal proceso, LATAM redujo su oferta para la frecuencia siguiente en un 78%, estrategia que sería inconsistente con un objetivo exclusorio*”.
89. Tales reflexiones son muy coincidentes con la presentación efectuada por la empresa LATAM a fojas 157 de autos, en la que dicha compañía llega a afirmar que nada impediría que JetSMART vuelva a adjudicarse frecuencias chilenas.
90. Lo anterior, sin embargo está muy alejado de la realidad, puesto que en tanto se mantengan las condiciones vigentes en el mercado, incluido el límite del 75% que actualmente se le permite a LATAM por una decisión previa de V.S., así como las laxas reglas de abandono actuales determinadas por la JAC, el hecho de que mi representada pueda acceder a nuevas frecuencias dependerá -en la práctica- casi exclusivamente de la voluntad de sus competidores.
91. En efecto, cuando en octubre de 2023 LATAM ofreció precios muy superiores a los de las licitaciones anteriores, por frecuencias que a todas luces no necesitaba para mantener su promedios de vuelos, logró que JetSMART perdiera una cantidad importante de frecuencias; a su vez, en abril de 2024, cuando LATAM optó por hacer ofertas más bajas, permitió que JetSMART la superase y recuperase al menos un par de frecuencias.
92. En cualquier caso, es importante tener presente que los problemas de libre competencia sobre los que consultó mi representada no se refieren a las condiciones competitivas de

las licitaciones de frecuencias en sí mismas, sino que a los efectos adversos que causan dichas licitaciones en el mercado relevante principal, esto es, en el transporte de pasajeros y carga entre Santiago y Lima, toda vez que las actuales bases de esas licitaciones no impiden la concentración de frecuencias ni los consecuentes efectos exclusorios.

IV. A mayor abundamiento, la Resolución Impugnada desdijo también la definición de mercado relevante que el mismo H. Tribunal había realizado en otros casos referidos a la Ruta Santiago-Lima

93. En su Considerando 84, el TDLC estableció como mercado relevante del caso tanto **(i)** aquel compuesto por la asignación de frecuencias para la ruta Santiago-Lima, de parte de las autoridades chilenas y peruanas; como **(ii)** el servicio regular de transporte aéreo de pasajeros en la ruta Santiago-Lima y sus cinco puntos adicionales, sea éste como par origen-destino, o como parte de una ruta con otro origen y/o destino.
94. Tal como se anticipó, tal definición no se condice con lo determinado por el mismo H. Tribunal en casos anteriores, lo que afecta de manera grave la certeza jurídica que debiera existir en esta materia.
95. En efecto, nunca ha existido mayor discusión en sede de libre competencia acerca de que el mercado relevante en materia de frecuencias aéreas, está constituido por **cada par de ciudad de origen y ciudad de destino** (**Sentencia TDLC N° 44**, de 26 de septiembre de 2006; **Sentencia TDLC N° 81**, de 16 de enero de 2009; **Resolución N° 37**, de 21 de septiembre de 2011), incluso descartándose al efecto que los vuelos con escalas sean sustitutos suficientemente cercanos a los vuelos directos como para lograr disciplinar con efectividad un eventual abuso de posición de dominio de una firma²⁰.
96. De este modo, intentar ampliar el mercado relevante a dos ámbitos aparentemente desligados entre sí (asignación de frecuencias más servicio regular) carece de todo sentido económico, jurídico y práctico, y sólo puede entenderse bajo un esquema en que el H. Tribunal ha buscado generar supuestos motivos para abstenerse de dictar criterios procompetitivos en un mercado que los requiere con suma urgencia.

²⁰ Sentencia TDLC N° 81, considerando nonagésimo octavo.

V. Aportes de antecedentes entregados en el proceso que ratifican los problemas detectados en la Ruta Santiago-Lima

97. A lo señalado hasta ahora, se agrega el hecho de que los aportes de antecedentes efectuados por distintas entidades públicas y privadas en el presente expediente, también dieron cuenta de la urgente necesidad de que V.S. se hubiere pronunciado expresamente sobre todos los puntos consultados en el libelo de mi representada, en uso de las facultades que le confiere el artículo 18 N° 2) y 4) del DL 211 y conforme al petitorio de la Consulta.
98. A continuación, se realiza una breve reseña en tal sentido:

1. Opinión de la Fiscalía Nacional Económica (FNE)

99. Con fecha 5 de febrero de 2024 (fojas 95), la FNE entregó su parecer en relación a lo solicitado en estos autos, señalando al efecto que “*sin perjuicio de la valoración que esta Fiscalía tiene o puede llegar a tener respecto de ciertos elementos de la normativa sectorial que pudiesen restringir la libre competencia en la ruta en análisis y que ameritan las acciones que se detallarán en las conclusiones de esta presentación, nuestro aporte de antecedentes se circunscribe a lo resuelto por este H. Tribunal*”²¹. Sin embargo, veremos que ello no ha sido del todo certero.
100. En efecto, la Fiscalía ha señalado que, a su juicio, “*existen elementos de la normativa sectorial que preocupan a esta Fiscalía y deben ser revisados en profundidad desde una perspectiva de libre competencia, de forma de evaluar, luego de recabados los antecedentes pertinentes, la necesidad de recomendar fundadamente modificaciones a la normativa legal y reglamentaria que regula la asignación, uso, abandono y rellicitación 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 análisis. Con ese objeto, con fecha 1 de febrero de 2024 esta Fiscalía abrió la investigación Rol FNEN°2755-24*”²².

²¹ Pág. 2.

²² Pág. 22.

101. Cabe recordar al efecto que la resolución de inicio dictada por el H. Tribunal ha sido clara en establecer que sólo el carácter de indefinidas que tendrían algunas frecuencias aéreas es -según su entender- materia de recomendación normativa, y no los demás puntos que han sido señalados en la consulta de JetSMART Airlines SpA.
102. Con todo, lo señalado por la FNE nos parece una importante aproximación, en cuanto a reconocer las diversas preocupaciones competitivas manifestada por mi representada en la Consulta de autos, de manera que ratifica la urgente necesidad de intervención por parte del H. Tribunal en esta materia, conforme a las atribuciones que el DL 211 le confiere.
103. Adicionalmente, hacemos presente que, en el presente expediente, de modo alguno JetSMART Airlines SpA ha hecho un cuestionamiento en abstracto a las bases de licitación ni a la JAC, ni en forma aislada a la realidad actual del mercado relevante, de manera tal que sólo se ha enfocado en obtener un pronunciamiento de V.S. que replique la visión concreta, dinámica y panorámica del mercado que tuvieron casos tan relevantes como el *Caso 3G* y el *Caso 700 Mhz*.
104. Mi representada ha esperado que el H. Tribunal tuviese esa mirada al momento de resolver el presente asunto no contencioso, conforme a los argumentos que la propia Consulta señala, así como también otros aportes de antecedentes y la información disponible respecto del transporte de pasajeros y carga en la ruta Santiago-Lima, en la que las distorsiones competitivas son evidentes y cada vez más profundas, sobre todo si se considera que existen además diversos casos de otros mercados en los que el H. Tribunal sí ha hecho uso de sus facultades para imponer condiciones que protejan la libre competencia, como ha ocurrido en telecomunicaciones.

2. Opinión de la Junta de Aeronáutica Civil

105. En el orden de ideas señalado, el aporte de antecedentes de la JAC (fojas 102) ha sido mucho más certero y crítico que el de la FNE en relación a situación del mercado relevante de autos, probablemente, dada su interacción habitual con éste y las dificultades competitivas que ha apreciado de manera directa.
106. En efecto, la JAC fue clara en señalar que: “*No sólo existe un problema de competencia derivada de la restricción del número máximo de frecuencias que se pueden realizar,*

sino también del hecho de que parte de esas frecuencias se encuentran asignadas de manera indefinida a determinados actores”²³.

107. Adicionalmente, dicha autoridad expresa que: “*Esta situación genera una serie de ventajas en favor de los operadores que cuenten con frecuencias asignadas de manera indefinida, las cuales se manifiestan en la mayor disposición a pagar que tendrán esos operadores por una nueva frecuencia, respecto de una aerolínea que carezca de tal acervo de frecuencias restringidas*”²⁴.
108. Posteriormente, la Junta declara que: “*Las posibilidades de acción de la JAC, en relación con estas o con cualesquiera otras bases de licitación de frecuencias restringidas, se encuentran sumamente limitadas*”²⁵, agregando que la JAC no solo debe actuar de conformidad con los principios de legalidad o de libre concurrencia, sino también “*en esta materia los principales aspectos del diseño de la licitación, como son el mecanismo de licitación (ofertas en dinero), el mecanismo de asignación (a la empresa que haya ofrecido la mayor suma de dinero) y el plazo por el cual se conceden las asignaciones (cinco años), están expresamente determinadas en la Ley de Aeronáutica Civil y el Reglamento*”²⁶.
109. Este último argumento tiene pleno sentido si se mira desde la perspectiva de la regulación aplicable a la JAC, pero no así si se mira desde la perspectiva del DL 211, que establece facultades suficientes para que este H. Tribunal -o, en su defecto, la Corte Suprema- pueda proteger la libre competencia en los mercados, tal como ha ocurrido en casos de telecomunicaciones, medios de pago y otros, en los que -pese a existir cierta regulación- ésta no ha sido suficiente para velar por la libre concurrencia, o bien las autoridades respectivas no han sido lo suficientemente enérgicas para cumplir con tal principio de orden público económico.

²³ Párrafo 149.

²⁴ Párrafo 151.

²⁵ Párrafo 194.

²⁶ Párrafo 195.

3. Opinión de entidades que defienden los derechos de los consumidores

110. La preocupación por la competencia en la ruta Santiago-Lima, tanto respecto de la situación actual del mercado como especialmente de la licitación que ha dado origen al presente asunto no contencioso, es evidente desde la perspectiva de aquellas personas que utilizan los servicios aéreos en este mercado relevante.
111. Es por ello que el Servicio Nacional del Consumidor (“Sernac”), a fojas 58, fue claro en señalar que, desde la incorporación de JetSMART en el año 2017, se aprecia “*una baja en el nivel de reclamos general para la empresa dominante o con mayor poder de mercado, al incorporarse un nuevo proveedor*”²⁷, lo que da cuenta que la competencia inyectada por mi representada ha aumentado la calidad en este mercado.
112. De manera aún más clara, dicha autoridad expresó su apoyo para “*que exista, dentro de los todos los mercados que sea posible, la mayor cantidad de competidores, de manera que los consumidores puedan a su vez acceder a más y mejores bienes y servicios, y que estos sean más accesibles, eficientes, competitivos, seguros y de calidad*”.
113. Finalmente, el Sernac agrega que: “*El mercado del transporte aéreo en general, y el compuesto por la ruta Santiago-Lima en particular, es uno altamente concentrado, es por ello que consideramos que siempre será beneficioso para los consumidores que se generen todas las condiciones e incentivos necesarios y razonables para permitir el surgimiento o la consolidación de una competencia realmente efectiva*”²⁸, lo que deja muy claro que la existencia de reglas que excluyan a competidores como mi representada u otros, es una preocupación concreta de dicho órgano público.
114. La opinión de la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores (Conadecus) fue aún más categórica, no sólo porque así lo señaló en su aporte de antecedentes de fojas 84, sino porque se hizo parte en autos a fojas 25, solicitando también medidas cautelares urgentes y anticipadas en relación a la licitación adjudicada por la JAC en octubre de 2023, dados los peligros para la libre competencia también observados desde su perspectiva.

²⁷ Pág. 5.

²⁸ Pág. 5, parte final.

115. Coherente con ello, en su aporte de antecedentes, Conadecus fue directo y concreto, en cuanto a señalar que:
- El TDLC debiera desarrollar una política de límites a la tenencia de frecuencias aéreas, equivalente a lo que el mismo Tribunal ha dispuesto en el caso de las telecomunicaciones, considerando incluso la posibilidad de ordenar el desprendimiento de aquellas frecuencias obtenidas en exceso;
 - El TDLC debiera abordar y resolver el problema de las frecuencias de supuesto plazo indefinido, toda vez que amenaza la libre competencia y perjudica gravemente el interés del país y de los consumidores, y
 - Si la JAC llegare a desarrollar nuevas licitaciones mientras se lleva a cabo esta consulta, el TDLC debiera acoger las medidas cautelares que soliciten las partes afectadas²⁹.
116. Así las cosas, no cabe duda de que la evidencia de que existen problemas competitivos en la ruta Santiago-Lima, especialmente considerando las bases de licitación que dieron origen a este asunto ante V.S., es transversal y profunda, y corresponde al H. Tribunal solucionarla, en uso de las amplias facultades que le confiere el DL 211.

4. Otros aportes de antecedentes

117. A fojas 83 consta la opinión de LATAM Airlines Group S.A., en la que -además de defender de manera evidente su posición dominante en el mercado-, señala que: *“Entre 2010 y 2023 el mercado se ha desconcentrado, LATAM ha perdido participación en más de 30 puntos porcentuales y, además, existe amplia evidencia de entrada y expansión de competidores”*³⁰.
118. Tal argumento es en parte efectivo, precisamente debido a la entrada de mi representada al mercado, pero de modo alguno elimina los riesgos competitivos descritos en la Consulta interpuesta por JetSMART Airlines SpA en este proceso, ante las claras ventajas que una empresa como LATAM detenta en el mercado relevante de autos.

²⁹ Pág. 4.

³⁰ Pág. 58, reiterado en págs. 5, 18, y 27, entre otras.

119. Sin embargo, esta tendencia procompetitiva se vio seriamente revertida y perjudicada a partir de la licitación realizada por la JAC en octubre de 2023, de manera que la referida idea de desconcentración y pérdida de participación de mercado por parte de la empresa dominante en la ruta Santiago-Lima, perdió toda vigencia y validez.
120. Por su parte, el aporte de antecedentes de SKY Airlines (a fojas 101) procuró defender la plena observancia a las bases de licitación al momento de participar en dicho proceso, así como la supuesta improcedencia del abandono de dos frecuencias aéreas semanales en la ruta Santiago – Lima decretado por la JAC. De este modo, dicha empresa no aportó -a nuestro juicio- antecedentes que pudieren ayudar a esclarecer el asunto no contencioso de autos.
121. De todos modos, en sus aportes a la reciente Consulta Ciudadana realizada por la JAC sobre “Reforma al Reglamento de Licitación Pública para asignar frecuencias internacionales a empresas aéreas nacionales”, la misma empresa manifestó su conformidad con la existencia de límites en la asignación de nuevas frecuencias, en los siguientes términos:³¹

“Criterios de adjudicación. Si bien estimamos que el criterio económico es una variable de adjudicación relevante, estimamos que también se puede explorar la conveniencia de incluir condiciones para la adjudicación adicionales como un límite para la tenencia de nuevas frecuencias que resulte aplicable exclusivamente para el actor dominante que tenga más de un 50% de las frecuencias asignadas en dicha ruta. Lo anterior, con el objeto de promover una asignación eficiente y equitativa de las frecuencias y evitar un acaparamiento de frecuencias que podría afectar la competencia en el mercado.”

VI. Necesidad de actuar y corregir la Resolución Impugnada conforme al presente recurso

122. Como se ha desarrollado a lo largo de esta presentación, la Resolución Impugnada requiere ser corregida, en el sentido de que, al reconocer V.S. que existen problemas de competencia en el mercado relevante de autos, confirmados tanto por la JAC como

³¹ Disponible en: <https://www.mtt.gob.cl/wp-content/uploads/2024/05/Respuestas-Consulta-Ciudadana.pdf>, página 7. El énfasis es nuestro.

diversos aportantes de antecedentes, ha debido fijar las medidas procompetitivas que deben cumplir tanto las autoridades como los actores de dicho mercado, tal como se solicitó en la consulta de autos y dispone el DL 211.

123. En efecto, el Legislador es claro en relación a la facultad ejercida por el H. Tribunal en el presente expediente. A saber:

“Artículo 18º.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

*“(...) 2) **Conocer**, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos (...).”*

124. Tal como se aprecia de dicha norma, al conocer de los hechos, actos o contratos consultados, corresponde que el H. Tribunal declare que éstos pueden o no infringir la libre competencia, a partir de lo cual podrá fijar las condiciones que deban ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos, de manera tal que se cumpla con un silogismo que, si bien está inmerso en toda la Resolución Impugnada, no se indica de manera adecuada en su parte resolutiva.
125. En efecto, si bien la Resolución Impugnada -de manera deficiente, según se ha reseñado- ha dado respuesta a lo consultado por JetSMART, en su parte decisoria no ha decretado medidas a aplicar frente a las distorsiones competitivas detectadas en autos, limitándose a declarar al efecto que:

“Respecto a los posibles problemas de competencia señalados por la Consultante y los distintos intervenientes en autos que corresponderían a materias de regulación sectorial, las autoridades administrativas competentes los han identificado y está tomando acciones para solucionarlos, por lo que no se justifica iniciar el procedimiento de recomendación normativa establecido en el artículo 18 N° 4 del D.L 211” (Consid. 166).

126. Por lo anterior, y de conformidad a lo previsto en el artículo 18 N° 2 del DL 211, mi representada estima necesario corregir la Resolución Impugnada, en el sentido de que -habiéndose detectado problemas de competencia en el mercado- ha debido pronunciarse de manera coherente y suficiente respecto de los aspectos contenidos en el petitorio de la Consulta o, a lo menos, ha debido fijar condiciones procompetitivas que debieran ser consideradas tanto por las autoridades (como es el caso de la JAC y el Ministerio de Transportes al momento de preparar la nueva versión del Reglamento), como por los actores que forman parte del mercado y aquellos que pudieren entrar en lo sucesivo.
127. Lo señalado, además, de modo alguno impide que el H. Tribunal haga uso de la facultad de realizar recomendaciones normativas que le confiere el artículo 18 N° 4 del D.L 211, lo que tampoco hizo en la especie, pese a haber reconocido de manera expresa y clara los problemas que la Ruta Santiago-Lima presenta para la libre competencia, lo que mi representada considera también necesario que sea revisado por la Excma. Corte Suprema.
128. A lo señalado a lo largo de este escrito, se agrega un **fundamento histórico** evidente en relación a este mercado relevante. En efecto, pese a haber transcurrido cerca de 20 años desde la dictación -entre otras- de la Sentencia N° 44-2006 y luego la Resolución N° 37-2011, aún no se han adoptado los cambios normativos procompetitivos que necesita la industria, a lo que se agrega la experiencia de tener un borrador de nuevo Reglamento que nunca se dictó (2018); todo lo cual no hace sino resaltar la necesidad de que la Resolución Impugnada sea modificada en los términos que se solicitan mediante este recurso, a fin de que sea plenamente ejecutada mientras se llevan a cabo los referidos cambios normativos por parte de las autoridades pertinentes y sea además incorporada en los reglamentos y normas que se dicten en definitiva.

VII. Conclusión y petitorio

129. A partir de lo expuesto y del mérito de autos, no cabe duda de que el H. Tribunal, habiendo detectado serios problemas de competencia en el mercado, ha dejado en evidencia la necesidad de modificar la Resolución Impugnada, a lo menos, en el sentido de que la Excma. Corte se sirva, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del DL 211, complementar la decisión del H. Tribunal con los criterios procompetitivos que deben observar las autoridades y los actores del mercado o, bien, ordenar a V.S.

que dicte tales criterios y condiciones, sin perjuicio del eventual ejercicio de las facultades previstas en el artículo 18 N° 4 del D.L 211, en caso de estimarse procedente.

POR TANTO, conforme el mérito de autos, las consideraciones de hecho y derecho planteadas en esta presentación y de acuerdo a lo previsto en los artículos 2°, 5°, 18, 27 y 31 del Decreto Ley N° 211 y demás normas aplicables,

A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por interpuesto recurso de reclamación contra la resolución de término dictada por V.S. con fecha 10 de enero de 2025, y concederlo para ante la Excmo. Corte Suprema, con el objeto que dicho Tribunal Superior, conociendo del mismo y en ejercicio de sus facultades, lo acoja en todas sus partes, modificando la Resolución Impugnada en los términos descritos en el cuerpo de esta presentación, a saber, a lo menos, complementando la decisión del H. Tribunal con los criterios procompetitivos que deben observar las autoridades y los actores del mercado o, bien, ordenando a V.S. que dicte tales criterios y condiciones, sin perjuicio del eventual ejercicio de las facultades previstas en el artículo 18 N° 4 del D.L 211, en caso de estimarse procedente.

OTROSÍ: Por este acto, vengo en delegar el poder con que actúo en este proceso al abogado habilitado para el ejercicio de la profesión **CRISTIÁN R. REYES CID**, cédula nacional de identidad N° 12.469.827-8, de mi mismo domicilio para estos efectos, con quien podré actuar conjunta o separadamente y que firma en señal de aceptación.



Powered by
Firma electrónica avanzada
RAUL ANTONIO
MONTERO LOPEZ
2025.01.24 19:48:14 -0300

CRISTIAN
RODRIGO
REYES CID

Firmado digitalmente
por CRISTIAN
RODRIGO REYES CID
Fecha: 2025.01.24
19:32:56 -03'00'