

REPUBLICA DE CHILE

COMISION RESOLUTIVA

RESOLUCION N° 723 /

Santiago, treinta de enero de dos mil cuatro.

Vistos:

1°.- A fs. 4 rola el requerimiento que presentara la Fiscalía Nacional Económica en contra de Lan Chile S.A y Lan Express, en adelante "Lan", señalando, como antecedentes previos, que mediante las Resoluciones N° 446 y 496, de esta Comisión Resolutiva se aprobó la compra, por parte de Lan Chile de Ladeco y fijó un plan de autorregulación tarifaria y que, mediante el requerimiento pone en conocimiento de esta Comisión, los incumplimientos al referido plan en que ha incurrido Lan Chile.

Previo a lo anterior, efectúa un análisis económico y del marco regulatorio del mercado aéreo

Dentro de los antecedentes económicos, analiza:

- **mercado relevante** e indica que es el servicio de transporte aéreo nacional de pasajeros, que comprende varias rutas e itinerarios desde y hacia los distintos puntos del país.
- **los agentes y su participación** y señala que son cuatro empresas las que proveen el servicio, a saber, Lan Chile S.A., con una participación de 20,5%; Lan Express S.A., con una participación de un 68% lo que sumado a lo anterior arroja un 88,5%; Sky Service, con una participación de un 11,3% y Aerovías Dap, con una participación de 0,2%.
- en cuanto a las **características** de este mercado señala que no cuenta con barreras para el ingreso de nuevos agentes, ya que, conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley 2564, de 1979, las empresas aéreas extranjeras pueden ingresar libremente al mismo, con la excepción del artículo 2°, inciso 5°, del mismo cuerpo legal, que permite a la Junta de Aeronáutica Civil terminar, suspender o limitar los servicios de cabotaje de las empresas extranjeras entre puntos del territorio

nacional, si en su país de origen no se otorgan derechos equivalentes a las empresas chilenas.

- en cuanto a las **características de la demanda** indica que está formada por los habitantes de Chile que por diferentes motivos se desplazaron por medio aéreo, que tiene características de elasticidad y atonicidad.

- en cuanto a la **oferta** señala que se encuentra altamente concentrada en dos empresas relacionadas, Lan Chile y Lan Express que ostentan una participación de mercado del 88,5%.

- en cuanto a los **planes tarifarios** añade que se constata la existencia de diferentes grupos de consumidores y que conocen de la demanda de cada grupo y las empresas de transporte recurren, para la determinación de sus tarifas, a la discriminación de segundo grado, con lo que persiguen y obtienen cobrar diferentes tarifas a diferentes consumidores (o diferentes tarifas al mismo consumidor, por prestaciones de calidad diferentes, con costos levemente diferentes) dando origen a un complejo sistema la determinación de tarifas, y que, el mecanismo permite extraer el máximo posible de excedente de los consumidores y ha tenido como justificación la óptima utilización de recursos.

- En el caso de Lan Express hay 18 planes y en el caso de Sky 3 planes

Añade que el marco regulatorio es el siguiente:

1.- Resolución N° 445, que aprobó la compra de Ladeco, por Lan Chile;

2.- Resolución N° 496, que aprueba el plan de autorregulación;

3.- Resolución N° 591, que previene a las compañías aéreas que deberán establecer tarifas que respondan a un valor en ningún caso inferior al determinado en su estructura de costos, sin perjuicio de las tarifas promocionales;

4.- Resolución N° 615, que señala que las tarifas que actualmente cobran y tiene registradas ante la Junta de Aeronáutica Civil respecto de las diferentes rutas aéreas nacionales solo podrán ser modificadas previo informe a la Fiscalía Nacional Económica, acompañando los antecedentes que las justifiquen;

5.- Resolución N° 618, que señala que las citadas empresas no podrán incrementar o hacer más gravosas las restricciones para acceder a las tarifas más económicas de la ruta nacional, como tampoco alterar las rutas nacionales que actualmente atiendan ni las frecuencias y horarios de ellas como no sea circunstanciadamente o

por razones de estacionalidad, justificando las modificaciones que eventualmente introduzcan;

6.- Resolución N° 621, que señala que las empresas Lan y Ladeco no podrán disminuir en perjuicio de sus usuarios sus vuelos o frecuencias en las rutas nacionales sin autorización de esta Comisión.

Tratándose de modificaciones de rutas, frecuencias u horarios que se fundamenten exclusivamente en razones operativas o circunstanciales, podrán efectuarlas de inmediato sin perjuicio de informar a esta Comisión dentro de los 10 días de cada mes respecto de las modificaciones del mes anterior.

En el caso de que tales modificaciones se fundamenten en razones de estacionalidad, deben informarlas con una antelación mínima de 20 días hábiles;

En relación al Plan de Autorregulación, describe el plan y señala que fundamentalmente se basa en los números 13.3 y 13.4 del considerando 13 de la Resolución N° 445, que señalan.:

13.3.- las empresas asociadas registrarán ante la Junta de Aeronáutica Civil el alza de sus tarifas en las rutas no competitivas con una anticipación mínima de 20 días obligándose a mantenerlas vigentes a lo menos, durante igual lapso de tiempo contados desde el registro. Tratándose de rutas competitivas tanto la anticipación como el registro será de 10 días. Asimismo, las reducciones tarifarias deberán seguir igual procedimiento y se registrarán con 20 días de anticipación, debiendo regir por igual lapso.

13.4.- Las empresas asociadas deberán proporcionar toda información que la Junta de aeronáutica Civil les requiera a fin de que ese organismo pueda ejercer el control y seguimiento del sistema de autorregulación y poner bajo conocimiento de la Comisión Preventiva Central cualquier incumplimiento o alteración del referido sistema.

Las líneas nacionales que compitan con Lan Ladeco en el mercado interno podrán tener acceso al centro de mantenimiento de Lan en condiciones no discriminatorias, para lo cual la asociación Lan Ladeco deberá mantener permanentemente informado a los usuarios de los costos de la operación.

A su vez, la Resolución N° 496 aprobó el referido plan que consiste en lo siguiente:

Definición de mercados:

Competitivos aquellos en los cuales otra línea aérea diferente accede a lo menos con una frecuencia diaria.

No competitivos aquellos que no cumplen con la condición descrita

Regulaciones tarifarias. Tarifas máximas en rutas no competitivas y que deben cumplirse mensualmente son:

Regulación 1

Alternativa 1 : Lan Ladeco se obligan a que la tarifa promedio mensual por km (yield) cobrado a cada grupo de rutas no competitivas dentro del país, no sea superior a la correspondiente tarifa promedio mensual por km cobrada en el grupo de rutas competitivas de distancias equivalentes dentro del país, en igual período.

Alternativa 2: si no existe un grupo de rutas competitivas de distancia equivalente a un grupo de rutas no competitivas, se usará la tarifa promedio por km de los grupos de rutas competitivas consideradas en los tramos de distancia inmediatamente anterior y siguientes

Alternativa 3 : cuando tampoco existan tramos equivalentes en estos rangos, se usará el precio promedio cobrado en Chile, de los mercados internacionales de referencia señalados por la Comisión resolutive y que corresponden a las rutas Santiago- Buenos Aires, Santiago-Montevideo; Santiago- Lima, Santiago- Sao Paulo; Santiago- Río.

Regulación 2

Mensualmente se comparará por cada tramo de distancia, la tarifa por km. promedio de los últimos 6 meses cobradas en Chile en los mercados internacionales de referencia, con el valor promedio por km. cobrado en los mercados no competitivos en el semestre respectivo. La tarifa promedio de los mercados de referencia no puede ser inferior en un 5% a la tarifa promedio semestral cobrada por km en Chile por Lan- Ladeco en las rutas no competitivas de un mismo tramo de distancia. Cuando se use como referencia las tarifas de rutas internacionales, estas se dividirán por 0,862 para corregir el efecto IVA.

Indica los ***Incumplimientos del plan de autorregulación entre enero de 1998 y agosto de 2002***, los que se consignan en la tabla 2 y señala que existen diferentes causas u orígenes de estos incumplimientos de tal modo que unos son de responsabilidad exclusiva de Lan Chile y otros no, y establece criterios que permite diferenciar los incumplimientos de aquellos que tienen justificación y aquellos que carecen de ella.

Criterios para considerar **no sancionables** los siguientes incumplimientos:

1.- los desajustes del yield efectivo respecto del máximo permitido, que fueron menor al 2%;

2.- los que se producen debido a la entrada o salida de otra línea aérea la mercado, que no deberían prolongarse por más de 3 meses, considerando que ya en el segundo mes es posible realizar cambio en la política tarifaria, que se observan al tercer mes.

Ahora bien, sí existen 35 incumplimientos que **son** de responsabilidad exclusiva de Lan , 35 tramos en los que no se cumplió una de las dos regulaciones exigidas, no existiendo ocasión en que en un tramo se incumpliera las dos regulaciones tarifarias..

Añade que los incumplimientos no justificables se concentran en el primer tramo, ocurriendo más del 70% de los casos y de los 25 eventos registrados, 24 corresponden a la aplicación de la regulación 2.

Que el porcentaje de incumplimientos respecto del total de tramos revisados corresponde al 7,5% y se obtiene de dividir los 35 incumplimientos por los 467 tramos revisados.

A su vez, se estima que los beneficios que Lan Chile y Lan Express han obtenido con ocasión de estos incumplimientos ascienden a US\$ 69.295

Agrega los incumplimientos del plan de autorregulación en el período comprendido entre Agosto de 2002 y Febrero de 2003.

Señala que los incumplimientos y el porcentaje por tramo sin justificación y se observa que se han incrementado a un 8,7% y si se agrega la información de los meses de enero y febrero de 2003, se eleva al 9%.

Estos incumplimientos significaron mayores ingresos para Lan de US\$ 147.001 y en total en el período revisado ascienden a US\$ 216.296, con un tipo de cambio a \$ 710 y una UTM de \$29.830, se obtiene que alcanzaron a UTM 5.150.

Concluye señalando que para el período enero de 1998 y agosto de 2002 se detectó que:

- el número de incumplimientos ascienden a 73 de los cuales 38 se justifican y 35 no, lo que equivale al 7,5% de las veces en que se verificó el cumplimiento del plan.
- se concentran en el primer tramo con más del 70% de los casos;

Hubo 15 desajustes entre el 2% y el 10% que son medianamente relevantes y 20 superiores al 10% los que se pueden considerar muy relevantes debido al efecto producido en el patrimonio de los usuarios.

La línea aérea no ha tomado las medidas para corregir los incumplimientos pudiendo hacerlo.

En el período comprendido entre septiembre de 2002 y febrero de 2003 hay incumplimientos que arrojan que en el total del período observado los ingresos de Lan Chile asciendan a US\$ 216.296

Solicita tener por interpuesto el requerimiento por incumplimiento del plan de autorregulación, acogerlo, y, en definitiva condenar a las empresas al pago de una multa proporcional a la magnitud de la infracción y solicita se ajuste al máximo legal, esto es, UTM 10.000

Asimismo solicita como medidas las siguientes:

1.- ordenar a las requeridas que presenten a esta Comisión propuestas concretas tendientes a transparentar su sistema de planes tarifarios, es decir, que las diferencias que éstos presentan sean basadas en criterios de discriminación no arbitrarios, racionales y objetivos a fin de permitir a los usuarios adoptar sus decisiones de consumo debidamente informados.

2.- dada las deficiencias del plan de autorregulación ordenar a las empresas proponer regulaciones complementarias a las contenidas en las resoluciones vigentes, en relación, a la diferenciación por tramos a fin de que sea modificada, que se utilicen promedios ponderados por número de pasajeros.

3°.- A fs. 39 Lan Chile y Lan Express evacuan el traslado y señala primeramente como antecedentes económicos los siguientes.

3. 1.- el desarrollo y características del mercado aéreo comercial demuestran que existen condiciones de competencia independientemente de las participaciones que tienen las empresas que en él se desenvuelven, con un crecimiento sostenido del 10% como tasa promedio anual entre 1990- 2002.

3.2 - El mercado, tal como lo señalo la Fiscalía Nacional Económica, no cuenta con barreras para el ingreso de nuevos agentes, ya que no existen barreras legales, tampoco existen requisitos respecto de la propiedad o control de la empresa, pudiendo pertenecer en un 100% a capitales extranjeros; además no se requiere de una inversión importante ya que existe un amplio y competitivo mercado de arriendo o leasing de aviones, los sistemas de distribución y ventas se contratan con proveedores internacionales, el mantenimiento de la flota y demás servicios son provistos por terceros.

Añade que la distribución de los productos de las líneas aéreas operan a través de sistemas transparentes, ya que existe un amplio y fácil acceso a la información de los diferentes mercados aéreos y de la competencia, la administración de los aeropuertos están en manos de operadores independientes de las aerolíneas, los costos de entrada y salida al mercado doméstico son perfectamente abordables por cualquier empresa.

Que por otro lado, el hecho de que existan 18 planes tarifarios demuestra la eficiente utilización de un modelo de gestión de ingresos, siendo la tendencia mundial la existencia de numerosos planes.

Analiza las supuestas infracciones al plan imputadas por al Fiscalía Nacional Económica y señala que se ha dado cumplimiento sustancial al mismo e indica para los mismos períodos que indica la Fiscalía Nacional Económica:

enero de 1998- agosto de 2002

_ de los 35 casos de desajustes señalados en el requerimiento, éstos no pueden ser atribuidos a Lan quien ha cumplido dentro de sus reales posibilidades.

Analiza los tramos e indica.

tramo de 0-200 Km.: De los 25 casos consignados 24 corresponden a lo que la Fiscalía denominada regulación 2 y uno a lo que se denomina regulación 1, lo que implica que la comparación debió efectuarse con los mercados internacionales de referencia., que como lo reconoce la propia Fiscalía no son comparables ya que la comparación de yield de distancia tan disímiles introduce distorsiones que la invalida debido a que una parte de los costos no tiene relación directa con la distancia y que ésta se profundiza cuando es menor.

Sucede entonces que si la comparación se hubiese efectuado con una ruta internacional de similares características, esta regulación se habría cumplido en la totalidad de los casos.

Entonces si se depuran los 24 eventos de desajustes, el número se reduce de 35 a 11 y el efecto sobre los ingresos disminuye a US\$ 38.404

- tramo 1800-2000kms: el cual está compuesto sólo por la ruta Concepción- Punta Arenas y por ende no tiene rutas competitivas de distancia equivalentes para hacer la comparación y debe hacerse entonces de acuerdo a la regulación 1 alternativa 2, Santiago- Arica, Santiago, Punta arenas, pero son rutas de densidades muy diversas y escapa entonces a las reales posibilidades de cumplimiento.

Entonces el número se reduce de 35 a6 y el efecto sobre los ingresos disminuye a US\$ 22.079.

- tramo 200- 400 Km.: en este caso los desajustes se deben a cambios en la oferta de la competencia y a que se retiró un operador en la ruta Santiago- La Serena, lo cual hizo cambiar el mercado de competitivo a no competitivo.

Si se depuran los 35 desajustes, con 4 caos , quedan un remanente de 2 casos y se reducen los ingresos a US\$ 2.942.

En relación a la interpretación de la alternativa 2 de la regulación 1 señala que la efectuada por la Fiscalía es errónea ya que estima que se puede aplicar cuando existe un grupo de rutas competitivas anteriores o siguientes, en tanto Lan estima que se aplicar cuando exista un grupo de rutas anterior y siguientes, lo que se evidencia del claro tenor literal de la disposición del plan y esta discrepancia hace que la Fiscalía considere 2 caos de desajustes dentro del total de los 35 que señala. Si se depuran los 35 desajustes, se concluye que no existe ningún desajuste en el período que no haya tenido justificación.

Período septiembre 2002 a febrero 2003

tramo 0 – 200 kms : se señala que se habrían producido 2 desajustes, los cuales, no son tales, ya que se basan en la errónea interpretación de la alternativa 2 de la regulación 1 que efectúa la Fiscalía.

Tramo 200- 400 km: en relación al desajuste de la regulación 1 se inicia en agosto de 2002 como consecuencia de un cambio en la oferta de la competencia, siendo mercados competitivos en este tramo;

Tramo 400-600: se producen por el inicio de las operaciones de una empresa de la competencia entre Santiago y el Norte , pasando a ser competitiva la ruta Antofagasta- Santiago

Tramo 600- 800: no existe si se interpretara la alternativa 2 de la regulación 1 del plan en forma correcta como se ha señalado.

Solicita tener por evacuado el traslado declarando que no se ha incumplido el plan, y en subsidio, se regule el monto de la multa considerando las alegaciones anteriores, rebajándola.

4°.- A fs.96 no existiendo hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos se trajeron los autos en relación.

5°.- Con fecha 21 de enero de 2004 tuvo lugar la vista de la causa alegando los abogados de las partes y quedando la causa en estado de fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, para resolver adecuadamente la cuestión debatida, debe tenerse particularmente presente lo dispuesto en la Resolución 445, de esta Comisión, de 1995, la que autorizó a Lan Chile S.A. para comprar la mayoría del capital accionario de Ladeco S.A., disponiendo, como condición esencial para la referida autorización, el cumplimiento de diversas obligaciones por parte de ambas empresas asociadas, de modo tal que no cabe sino entender supeditada la autorización concedida al supuesto del pleno cumplimiento de las condiciones exigidas.

Segundo: Que, entre las condiciones señaladas, la resolución aludida exigió a esas compañías que sometieran a la aprobación de la Comisión Preventiva Central un Plan de Autorregulación tarifario en conformidad con los parámetros generales que señala,

Tercero: Que, mediante la resolución N° 496, de esta Comisión se acogió la reclamación interpuesta por las empresas Lan Chile y Ladeco S.A. en cuanto se declara que el Plan de Autorregulación por ellas propuesto, y previamente rechazado mediante Dictamen 963/191 de 21 de marzo de 1996, de la Comisión Preventiva Central, daba cumplimiento, en lo esencial, a las condiciones fijadas en el considerando decimotercero de la Resolución 445, de 1995, de esta Comisión, resultando conforme con “ los criterios y parámetros generales aplicables a un régimen de autorregulación tarifario para la industria aérea, atendidas las características actuales del mercado nacional”.

Cuarto: Que, en el numeral 2 de la parte resolutive de la Resolución 496, se señala textualmente que “corresponde a las empresas Lan Chile S.A. y Ladeco S.A. velar por el estricto y oportuno cumplimiento del mencionado Plan de Autorregulación Tarifario, sin perjuicio de las facultades que competen a la Fiscalía Nacional Económica y a la Junta de Aeronáutica Civil, en su caso”.

Quinto: Que, en suma, debe entenderse que la asociación o fusión de las empresas Lan S.A. y Ladeco S.A., de suyo conducente a altísimos grados de concentración, sino monopolio, en la oferta de transporte aéreo en rutas nacionales, fue autorizada en atención a la definición y estricto cumplimiento de un Plan de Autorregulación tarifaria que, previa aprobación de los organismos defensores de la libre competencia, establecieran condiciones que previnieran abusos de posición dominante o monopólica a través de medidas que, en síntesis, supusieran la aplicación de tarifas para los tramos no competitivos equivalentes a las ofrecidas en rutas operadas bajo competencia.

Sexto: Que, pesa sobre las empresas objeto del presente requerimiento, la obligación de dar estricto cumplimiento al Plan de Autorregulación aprobado por la resolución 496, en actual vigencia, lo que deriva no sólo del texto expreso de la misma ya citado, sino, además, de las siguientes circunstancias y consideraciones:

a) que han sido las propias empresas obligadas a su cumplimiento quienes han propuesto el referido Plan, por lo que debe presumirse que ellas han reconocido y aceptado que éste era materialmente susceptible de ser cumplido estricta, oportuna e íntegramente, sin que pueda excusarse lo anterior por deficiencias en el diseño u operatividad del aludido Plan, puesto que éstas, de existir, sólo serían imputables a las empresas requeridas.

b) que en esta materia debe entenderse por estricto cumplimiento a lo que en materia civil se entiende por suma diligencia o cuidado, la que se opone a la culpa o descuido levísimo, esto es, la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes. Es precisamente esta esmerada diligencia en el cumplimiento del Plan de Autorregulación la que resulta exigible a la empresa cuya fusión fue autorizada precisamente en atención a aquello.

Séptimo: Que, del análisis de los hechos fluye que los incumplimientos observados al Plan de Autorregulación por parte de Lan Chile S.A. y Lan Express son excepcionales y de menor cuantía, por lo que no cabe imputar a la gestión de estas

empresas la intencionalidad positiva de vulnerar las condiciones del referido plan, cuestión que será debidamente ponderada para determinar la sanción que se aplicará, pero que no alcanza a excusar del todo el estricto cumplimiento exigible en la especie.

Octavo: Que, ha sido alegado por las empresas requeridas que algunos incumplimientos del Plan obedecen a fallas del mismo que hacen materialmente imposible su cumplimiento, y que, adicionalmente, intentar corregir el plan puede derivar en una reglamentación asfixiante y operativa, por lo que solicita no aceptar la petición de la Fiscalía en orden a mejorar el referido Plan.

Noveno: Que, esta Comisión debe rechazar de plano ambas argumentaciones. En efecto, y respecto de la primera, las eventuales fallas de diseño del plan lejos de atenuar la responsabilidad de las empresas requeridas, la agravan, por cuanto ellas cuentan y han contado con los conocimientos y experiencia operativa para evaluar la pertinencia de los contenidos específicos del plan y las variables y parámetros en él utilizados siéndole enteramente imputable cualquier falla que al respecto se alegue. En segundo término, esta Comisión considera inaceptable pretender que, pese a existir desviaciones en el cumplimiento al Plan de Regulación susceptibles de ser explicadas a partir de fallas en el diseño del mismo, se sostenga la inconveniencia de corregir el plan en los puntos pertinentes a pretexto de los altos costos que una regulación de esa especie supondría. Tal pretensión equivale a solicitar autorización para perpetuar incumplimientos al Plan de Autorregulación bajo el argumento de que tales desviaciones tendrían una explicación racional y lógica, virtudes de las que carecería la regulación incumplida, la que, sin embargo, se propone no enmendar. A esa conclusión, que equivale a vulnerar definitivamente el estricto cumplimiento que corresponde dar al Plan de Autorregulación formulado por las empresas requeridas, debe oponerse radicalmente esta Comisión.

Por estas consideraciones, y visto lo dispuesto en los artículos 17° del DL 211, esta Comisión resuelve:

1°.- Hacer lugar al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica solo en cuanto se les aplica a Lan Chile S.A. y Lan Express S.A. sendas multas equivalente a 500 (quinientas) Unidades Tributarias Mensuales.

2°.- Adicionalmente, se ordena a las empresas Lan Chile S.A. y Lan Express S.A. para que dentro del plazo de los 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.

Redacción del integrante Sr. Alejandro Ferreiro Yazigi.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

N° 715-03

Pronunciada por don Domingo Kokisch Mourgues, Ministro de la Excma., Corte Suprema y Presidente de la Comisión, don Alejandro Ferreiro Yazigi, Superintendente de Valores y Seguros, don Bernardo Espinosa Bancalari, subrogando al Vicepresidente Ejecutivo de la Corporación de Fomento de la

Producción, don Miguel Schweitzer Walters, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae y don Francisco Labbé Opazo, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Andrés Bello. No firma el Sr. Espinosa, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse ausente.

