

Fusión LAN TAM: un acto de fe imposible (parte 5)

Finalmente el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) aprobó la fusión entre LAN y TAM, condicionando ésta a medidas mitigatorias a cumplirse por la entidad fusionada. Lo que llama la atención del fallo es que la argumentación previa es muy crítica de los principios defendidos por ambas aerolíneas así como respecto a la validez de sus antecedentes aportados o de aquellos manifiestamente omitidos. Lo que sorprende es que aún con esa argumentación la mayoría de los miembros del TDLC termina aprobando la operación, sujeta a condiciones. El voto minoritario que definitivamente la rechaza considera que la operación tiende a afectar negativamente la competencia en la industria aérea a pesar de las medidas mitigatorias envueltas y que las potenciales ganancias de eficiencia probablemente no serán traspasadas a los consumidores en una proporción relevante debido a la ausencia de suficiente intensidad competitiva.

La argumentación del fallo destaca resumidamente que:

1. El problema no es de concentración en algunas rutas específicas sino más bien de redes que se puedan efectivamente desafiar de manera competitiva.
2. Es incorrecto aseverar que las tarifas aéreas cobradas por LAN en el mercado doméstico chileno sean inferiores a las prevalecientes en el mercado de Estados Unidos, tal como lo presentó LAN, sino que ocurre justamente lo contrario, aún antes de la fusión propuesta.
3. Que el Plan de Autoregulación de LAN para el mercado doméstico usa como referencia de precios competitivos para aquellas rutas no competitivas mercados donde el propio LAN tiene una dominante participación, lo que los constituye en pobres aproximaciones de precios competitivos para fijar precios máximos.
4. Que LAN ha entregado a la Junta de Aeronáutica Civil (JAC) que vela por el cumplimiento del Plan de Autoregulación información tarifaria “poco confiable” consistentemente inferior a la efectiva, a pesar de lo cual se cumple formalmente.
5. Que la predominancia aérea externa de la empresa fusionada sí hace más predominante la posición de LAN en el mercado doméstico chileno.
6. Que existe una historia de LAN de incumplimientos de las leyes de libre competencia del país y en el exterior, como es el caso de Estados Unidos y la Unión Europea.
7. Que los Acuerdos de Código Compartido, nunca bien explicitados por las partes, pueden fácilmente transformarse en una fuente de coordinación que atente contra la libre competencia.
8. Que el fragmentado mercado aéreo latinoamericano, donde mayormente se dan los viajes a y desde el exterior de los chilenos, adolece de fuertes imperfecciones y protecciones que hacen difícil replicar redes aéreas que compitan entre sí.
9. Que la presente fusión elimina a un actor relevante que podría haber contribuido a disciplinar competitivamente a LAN en Chile y fuera de Chile, particularmente en Latinoamérica.
10. Que la tendencia a una consolidación de la industria aérea se ha dado y continuará su curso.

11. Que el TDLC no podría mejorar las condiciones de competencia post fusión más allá de las previamente existentes.
12. Que las medidas mitigatorias permitirían cumplir con la restricción anterior.
13. Que se vuelve a pedir al Ejecutivo que impulse una apertura unilateral de los cielos chilenos.

La argumentación del voto minoritario destaca que con la fusión se elimina al único operador que podría disciplinar competitivamente a LAN hoy, controlando entre ambas el 77% del mercado doméstico y el 76% de las rutas entre Chile y Sudamérica, donde se da la mayor parte de los viajes a y desde el exterior de los chilenos; que no es prudente aprobar una fusión de esta naturaleza mientras no existan avances en el proceso de liberalización con apertura de cielos en el mercado aéreo sudamericano; que las multas no son ni han sido un desincentivo para que LAN incurra en prácticas contra la libre competencia; que un Plan de Autoregulación donde la fijación de precios máximos nace de mercados donde LAN tiene 77% de participación es poco probable que genere tarifas competitivas que restrinjan aquellas en rutas “no competitivas”, a pesar de cambios en las fórmulas de cálculo; que la única medida de verdad, dado el contexto histórico de LAN y la imperfecta organización de esta industria en Sudamérica, es que ésta sea rechazada y que los cielos chilenos pasen a ser efectivamente abiertos. Las medidas mitigatorias no resolverían el problema de fondo de falta de competencia.

Dentro de las medidas mitigatorias destaca la apertura forzada del tramo Santiago Lima, hoy mayormente monopolizado por LAN, así como su renuncia a una de las dos grandes alianzas aéreas y a Acuerdos de Código Compartido extra alianza, como una manera de incentivar la creación de una red alternativa en Latinoamérica que se levante frente a LAN y TAM fusionados, como podría ser Avianca – TACA y alguna de las mayores líneas aéreas norteamericanas de las que LAN TAM debería prescindir, American Airlines o United Continental. El voto minoritario cuestiona que esta nueva red efectivamente compita con la establecida por LAN TAM y más bien terminen cooperando en un contexto duopólico.

La pregunta que queda por resolver es si el Tribunal debe volver al estado anterior de competencia, cualquiera haya sido, o si debe restablecer ésta en su plenitud, independientemente de la operación envuelta. La propia opinión mayoritaria reconoce que el Plan de Autoregulación no opera y que en la práctica el mercado doméstico chileno genera tarifas superiores a las competitivas, como aquellas existentes en el mercado doméstico de Estados Unidos. El hecho que ya exista un Acuerdo de Código Compartido de LAN con TAM y un verdadero portfolio de acuerdos de ambas compañías con terceros de cuyo impacto no se haya estado realmente consciente no lo constituye en un derecho adquirido que no se pueda cuestionar en el Tribunal. En este sentido, se observa al Tribunal mostrando un respeto a estos supuestos derechos, ya sea de autoregulación o acuerdos de código compartido, entre otros, que va más allá de lo prudente. El voto minoritario opta derechamente por restablecer la competencia.

Aprobar esta fusión implica un acto de fe enorme por parte de la opinión mayoritaria. Que el ejecutivo implemente al más breve plazo la apertura de cielos unilateral del país es lo mínimo que uno podría pedir para que esta decisión no termine dañando al país. Lo siguiente debería ser aumentar las penas por actos contra la libre competencia, pues está visto que las sanciones siguen siendo no disuasivas. Quizás el mayor aporte indirecto va a estar en tener líneas aéreas

americanas en las alianzas aéreas por nacer para poder acceder al sistema civil y penal americano por infracciones a la libre competencia.

Manuel Cruzat Valdés
23 de septiembre 2011